

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

25.11.2015

Geschäftszahl

Ra 2015/09/0095

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Rosenmayr, Dr. Bachler, Dr. Dobliger und Mag. Feiel als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag.a Höhl, über die außerordentliche Revision des Mag. H W in S, vertreten durch Dr. Klaus Plätzer, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, Hellbrunner Straße 5, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. September 2015, Zl. W136 2000215- 1/24E, betreffend Disziplinarstrafe der Geldstrafe nach dem BDG 1979 (belangte Behörde vor dem Bundesverwaltungsgericht:

Disziplinarkommission beim Bundesministerium für Inneres; weitere Partei: Bundesministerin für Inneres), den Beschluss gefasst:

Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Begründung

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird zur Vorgeschichte auf das hg. Erkenntnis vom 21. April 2015, Ra 2015/09/0009, mit dem das dort angefochtene Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften (Unterlassung der Durchführung einer mündlichen Verhandlung) aufgehoben worden war, verwiesen.

Das Bundesverwaltungsgericht führte im fortgesetzten Verfahren eine mündliche Verhandlung durch. Der Schuldspruch zu Punkt 4) wurde insoweit abgeändert, als er zu lauten habe:

"(Der Revisionswerber) ist schuldig, er hat mehrere Jahre bis zum 11. April 2012 den Reisepass xxx, gültig bis 23. Juni 2008, ausgestellt auf die österreichische Staatsbürgerin MP, in einem Schrank seiner Diensträumlichkeiten verwahrt, ohne für die Rückstellung des Dokumentes an die Berechtigten oder die zuständige Passbehörde zu sorgen."

Im Übrigen wurden die Beschwerden sowohl des Revisionswerbers als auch des Disziplinaranwaltes als unbegründet abgewiesen und der angefochtene Bescheid bestätigt.

Die Revision sei gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig. Dagegen richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision.

Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen.

Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision gesondert vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.

Der Revisionswerber bringt zur Zulässigkeit vor:

1) Es gebe zu § 79d BDG 1979 betreffend die Grundsätze der IKT-Nutzung sowie die dazu ergangene Nutzungsverordnung, BGBl. II Nr. 281/2009, keine Rechtsprechung. Der Revisionswerber beziehe sich auf diese Bestimmungen.

Es kommt aber hier nicht darauf an, dass - wie der Revisionswerber behauptet - zu § 79d BDG 1979 betreffend die Grundsätze der IKT-Nutzung sowie die dazu ergangene Nutzungsverordnung, BGBl. II Nr. 281/2009, keine Rechtsprechung existiert. Denn der Revisionswerber nennt in der Folge keine Rechtsfrage zu den genannten Bestimmungen, sondern Verfahrensfragen, die losgelöst von den genannten materiellen Normen in jedem anderen Verfahren auftreten könnten.

Sein Vorbringen lautet:

1a) Es sei bei der öffentlichen mündlichen Verhandlung hervorgekommen, dass die "dem Revisionswerber inkriminierten ZMR-Ausdrucke aus dem Akt verschwunden" seien. Es fehle eine "Rechtsprechung über abhanden gekommene Beweismittel".

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu den aus § 46 AVG erfließenden Grundsätzen der Unbeschränktheit und der Gleichwertigkeit aller Beweismittel (vgl. die in Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze I2 (1998), Seite 730, E 1 ff wiedergegebene hg. Rechtsprechung) kommt es nicht darauf an, dass allenfalls Beweismittel abhanden gekommen sind, wenn das Bundesverwaltungsgericht auf Grund schlüssiger Beweiswürdigung, die auf anderen Beweisergebnissen als den abhanden gekommenen Beweismitteln beruht, einen bestimmten Sachverhalt feststellen kann.

1b) Der Revisionswerber bringt vor, die ZMR-Ausdrucke seien entscheidende Beweismittel, ohne sie wäre er nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" nicht zu bestrafen.

Damit wendet sich der Revisionswerber unter dem Gesichtspunkt der Zulässigkeit gegen die vom Verwaltungsgericht vorgenommene Beweiswürdigung. Das Revisionsmodell soll sich nach dem Willen des Verfassungsgesetzgebers an der Revision nach den §§ 500 ff ZPO orientieren (vgl. RV 1618 BlgNR 24. GP, 16). Ausgehend davon ist der Verwaltungsgerichtshof als Rechtsinstanz tätig, zur Überprüfung der Beweiswürdigung ist er im Allgemeinen nicht berufen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24. März 2014, Ro 2014/01/0011). Eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung würde nur dann vorliegen, wenn das Verwaltungsgericht die im Einzelfall vorgenommene Beweiswürdigung in einer die Rechtssicherheit beeinträchtigenden, unvertretbaren Weise vorgenommen hätte (vgl. den hg. Beschluss vom 10. September 2015, Ra 2015/09/0066, mwN). Solches hat der Revisionswerber mit seinem Vorbringen nicht aufgezeigt. Denn das Bundesverwaltungsgericht hat detailliert und schlüssig dargelegt, aufgrund welcher anderer Beweisergebnisse der Sachverhalt festgestellt werden könne und es auf das Vorhandensein der Ausdrucke nicht ankomme.

Im Übrigen ist das Vorbringen des Revisionswerbers nicht nachvollziehbar, weil sich die vom Revisionswerber als abhanden gekommen dargestellten ZMR-Abfragen im uneinheitlich nummerierten Akt der Behörde erster Instanz befinden.

2) Der Revisionswerber bringt vor, das Bundesverwaltungsgericht habe Spruchpunkt 4. "abgeändert, obwohl dieser Spruchpunkt im Rechtsmittelweg gegen den Einleitungsbeschluss von der Berufungskommission beim Bundeskanzleramt rechtskräftig festgelegt wurde und anders lautet." Der Revisionswerber steht auf dem Standpunkt, dass dieser Spruch unabänderlich sei.

Er erkennt, dass es sich nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes beim Einleitungsbeschluss um eine Entscheidung im Verdachtsbereich handelt. Für den Spruch in der das Disziplinarverfahren abschließenden Entscheidung ist einzige Bedingung, dass der Einleitungsbeschluss von seinem sachlichen Inhalt her gesehen nicht überschritten wird (vgl. z.B. die hg. Erkenntnisse vom 31. Jänner 2001, 2000/09/0144, und vom 15. Dezember 2011, 2009/09/0156).

Gegenständlich entsprach Spruchpunkt 4) des Bescheides der Behörde erster Instanz vollinhaltlich dem Einleitungsbeschluss. Das Landesverwaltungsgericht modifizierte diesen Punkt lediglich durch Wegfall eines Teils des darin enthaltenen Vorwurfes. Es wurde der Tatvorwurf daher in rechtlich unbedenklicher Weise eingeschränkt.

3) Der Revisionswerber bringt vor, im Einleitungsbeschluss sei ihm vorgeworfen worden, "er habe es bis dato unterlassen, die mit 06. Mai 2009 wirksam gewordene Änderung seiner am 29. April 2009 gemeldeten erwerbsmäßigen Nebenbeschäftigung ... unverzüglich zu melden." Im Berufungsbescheid sei der Zeitpunkt "bis dato" bestätigt worden.

Wenn in den nachfolgenden Disziplinarbescheiden wieder "bis dato" verwendet werde, so handle es sich jedes Mal um einen anderen Zeitraum.

Damit erkennt er, dass durch die nicht getätigte Meldung ein Dauerdelikt verwirklicht wird, bei dem nicht nur die Herbeiführung des rechtswidrigen Zustandes, sondern auch die Aufrechterhaltung desselben pönalisiert ist.

Es ist ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass die Angaben im Einleitungsbeschluss dazu dienen, die Tat so genau zu kennzeichnen, dass fest steht, welcher konkrete Vorgang den Gegenstand des Disziplinarverfahrens bildet und eine Unterscheidung von anderen gleichartigen Handlungen, die der

Beschuldigte begangen haben kann, möglich ist (Unverwechselbarkeit, vgl. die in Kucsko-Stadlmayer, Das Disziplinarrecht der Beamten⁴, 2010, S 572, Fn 946 zitierte hg. Rechtsprechung).

Im Fall des Vorwurfes eines noch nicht beendeten Dauerdeliktes (der Revisionswerber behauptet nicht, die unterlassene Meldung bis zur Erlassung des gegenständlichen Erkenntnisses des Bundesverwaltungsgerichtes erstattet zu haben) entfaltet die Umschreibung "bis dato" im Einleitungsbeschluss schon deshalb keine abschließende Wirkung, weil der Einleitungsbeschluss keine disziplinar Bestrafung darstellt. Die Aufrechterhaltung der Unterlassung setzt jedoch nur das vom Einleitungsbeschluss unverwechselbar beschriebene Verhalten in unveränderter Weise bis zur Schöpfung des Erkenntnisses der Disziplinarkommission beim Bundesministerium für Inneres vom 16. Oktober 2013 (was durch die Bestätigung des Schuldspruches im angefochtenen Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes im Sinne der hg. Rechtsprechung (z.B. 20. September 1999, 98/21/0137) zum Ausdruck kommt) fort (vgl. das hg. Erkenntnis vom 4. Oktober 2012, 2012/09/0011).

4) Der Revisionswerber bringt unter Bezugnahme auf das hg. Erkenntnis vom 14. Oktober 2009, 2008/12/0182, vor, eine unzulässige Nebenbeschäftigung sei gemäß § 56 Abs. 6 BDG 1979 zu untersagen. Von der Dienstbehörde sei eine solche Weisung nicht ausgesprochen worden, so dass er von einer erlaubten Tätigkeit habe ausgehen dürfen. Die disziplinar Bestrafung wegen der Ausübung einer unerlaubten Nebenbeschäftigung weiche von der genannten Rechtsprechung ab.

Mit diesem Vorbringen verkennt der Revisionswerber den Inhalt des von ihm zitierten hg. Erkenntnisses vom 14. Oktober 2009. Dort ging es um die Feststellung der Unzulässigkeit einer zuvor gemeldeten, noch nicht begonnenen Nebenbeschäftigung, hier aber um die disziplinar Ahndung einer nicht gemeldeten, aber bereits begonnenen Nebenbeschäftigung. Schon deshalb liegt kein Widerspruch zur hg. Rechtsprechung vor.

Hinzu kommt, dass nach dem jeweils eindeutigen Normwortlaut (sowie dem damit korrespondierenden Bericht des Verfassungsausschusses, 193 BlgNR XXIII. GP 5) der Beamte von sich aus verpflichtet ist, im Widerspruch mit § 56 Abs. 2 BDG 1979 stehende Nebenbeschäftigungen zu unterlassen und gemäß § 56 Abs. 3 BDG 1979 jede erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung und jede Änderung einer solchen unverzüglich zu melden.

Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass der Umstand, dass die Meldung einer Nebenbeschäftigung aus welchen Gründen auch immer zu keiner Reaktion der Dienstbehörde geführt hat, an der objektiven Rechtswidrigkeit der Ausübung einer gemäß § 56 Abs. 2 BDG 1979 unzulässigen Nebenbeschäftigung nichts ändern kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 27. Mai 1991, 91/12/0062). Umso weniger kann aus der Unterlassung der Untersagung einer vom Beamten nicht gemeldeten (bzw hier: der nicht gemeldeten Änderung einer zuvor gemeldeten) Nebenbeschäftigung abgeleitet werden, dass diese erlaubt wäre.

5) Der Revisionswerber führt betreffend Spruchpunkt 4.) an, es fehle an einer Rechtsprechung, ob einem Disziplinarbeschuldigten ein Verhalten vorgeworfen werden kann, welches im Falle der Vorwerfbarkeit weder von der Staatsanwaltschaft noch von Organen des "BAK" (möglicherweise gemeint: BKA = Bundeskriminalamt) als Organe der öffentlichen Sicherheit genauso wahrgenommen werden hätte müssen. Diese Organe hätten keine "Veranlassung zur Zurückstellung" des Reisepasses gesehen.

Das Vorbringen läuft auf die Behauptung einer "Gleichheit im Unrecht" hinaus, die es nicht gibt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Juni 2008, 2007/05/0150, mwN). Zudem verkennt der Revisionswerber den Hauptvorwurf des gegen ihn erfolgten Schuldspruches: Denn dieser geht dahin, dass er jahrelang hinsichtlich eines ihm in seiner dienstlichen Funktion übergebenen Reisepasses untätig geblieben sei; eine solche Untätigkeit wirft der Revisionswerber den von ihm genannten Organen aber nicht vor.

Hingegen haben zu diesem Punkt schon die Berufungskommission im rechtskräftigen Bescheid über die Einleitung des Disziplinarverfahrens und inhaltlich ähnlich das Bundesverwaltungsgericht zu Recht begründet, dass für einen Referenten einer Sicherheitsbehörde eine andere Vorgangsweise geboten gewesen wäre, als einen von der Taxiunternehmerin M im Journaldienst übernommenen Reisepass, die diesen ihrerseits als "Pfand" für einen nicht entrichteten Fuhrlohn erhalten habe, ohne weiteres Tun in einem Schrank zu verwahren (wie z.B. für die Rückstellung des Dokumentes an die Berechtigte bzw. allenfalls an die zuständige Passbehörde zu sorgen).

6) Der Revisionswerber bringt vor, das Bundesverwaltungsgericht sei von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen, weil "in keinem der vier Spruchpunkte die Folgen des inkriminierten Verhaltens beschrieben werden". Er beruft sich auf das hg. Erkenntnis vom 6. November 2012, 2010/09/0041.

Mit diesem Vorbringen verkennt er den Inhalt des genannten, der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entsprechenden Erkenntnisses vom 6. November 2012. Aus der dortigen Beschreibung des notwendigen Inhaltes des Verhandlungsbeschlusses einerseits ("... z.B. Ort, Zeit, Gegenstand, **allfällige** Folgen der Tat") und der Tatumschreibung im Schuldspruch der die Disziplinarangelegenheit abschließenden Entscheidung mit ausdrücklichem Hinweis "im Ergebnis nicht anders als dies § 44a Z. 1 VStG für den Bereich des Verwaltungsstrafverfahrens anordnet" samt der Wortfolge "der **dadurch** bewirkten Folgen" andererseits ist klar, dass der Verwaltungsgerichtshof verlangt, Folgen einer Tat im Spruch (nur) dann anzuführen, wenn der Eintritt von Folgen zum Tatbestand der Dienstpflichtverletzung gehört. Auch Tatbestände, die keine Folgen nach sich ziehen, können disziplinarrechtlich zu ahnden sein (vgl. die sogenannten Ungehorsamsdelikte des § 5 Abs. 1 VStG:

"... zum Tatbestand ... der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört ...").

Dass gegenständlich derartige Folgen zum Tatbestand gehörten, die nicht im Spruch angeführt wären, behauptet der Revisionswerber nicht.

7) Wenn der Revisionswerber vorbringt, das Bundesverwaltungsgericht setze sich in Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, weil es keine Beweiswürdigung vorgenommen habe, ist dies aktenwidrig. Es genügt, den Revisionswerber auf die Ausführungen zur Beweiswürdigung auf den Seiten 7 ff des angefochtenen Erkenntnisses des Bundesverwaltungsgerichtes hinzuweisen.

8) Der Revisionswerber bringt vor, es sei in der mündlichen Verhandlung zu den Spruchpunkten 2.) und 3.) von der vorsitzenden Richterin (VR) keine Frage gestellt worden und das Vorbringen des Revisionswerbers in der mündlichen Verhandlung "unbeachtet geblieben". Damit sei der Verhandlungspflicht nicht entsprochen. Er macht damit auch einen Verstoß gegen das Überraschungsverbot geltend.

Der Revisionswerber gibt somit selbst an, dass er die Möglichkeit hatte, Vorbringen zu erstatten. Der bisherige Verfahrensgang wurde in der Verhandlung von der VR "in gekürzter Form" vorgetragen und die Parteien hatten auf die Verlesung verzichtet. Der Revisionswerber gab einen "vorbereitenden Schriftsatz" zum Akt; dieser wurde von der VR vorgelesen. Allen Parteien wurde Gelegenheit zur Äußerung gegeben.

Wie die Bewertung aller in der mündlichen Verhandlung vorgekommenen Beweise erfolgt, ist weder eine Frage der Verhandlungspflicht noch ist eine nicht den Intentionen des Revisionswerbers entsprechende Wertung "ohne Klarstellung in der Verhandlung" eine Frage des "Überraschungsverbotes".

In der Revision werden keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher zurückzuweisen.

Wien, am 25. November 2015