

## Gericht

Verwaltungsgerichtshof

## Entscheidungsdatum

29.10.2019

## Geschäftszahl

Ra 2019/09/0107

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rosenmayr sowie die Hofräte Dr. Strohmayer, Dr. Doblinger, Dr. Hofbauer und Mag. Feiel als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag.a Sowa, über die außerordentliche Revision des X Y in W, vertreten durch Mag. Petra Laback, Rechtsanwältin in 1010 Wien, Rotenturmstraße 27/6, gegen das am 15. Februar 2019 mündlich verkündete und am 25. April 2019 schriftlich ausgefertigte Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien VGW-171/073/10417/2017-143, betreffend Disziplinarstrafe der Entlassung nach der Dienstordnung 1994 (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Disziplinarcommission der Stadt Wien; weitere Partei: Wiener Landesregierung),

## Spruch

I. zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird im Umfang der Bestätigung der Spruchpunkte I.1.1 und 1.3 des Schuldspruchs sowie des Ausspruchs über die Strafe des Disziplinarerkenntnisses der Disziplinarcommission der Stadt Wien, Senat 1, vom 10. Mai 2017, DK-702695/15, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Die Stadt Wien hat dem Revisionswerber Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

II. den Beschluss gefasst:

Im Übrigen, sofern sich die Revision gegen die Abweisung der Beschwerde betreffend die Spruchpunkte I.1.4, 1.5 und 1.6 des Schuldspruchs des Disziplinarerkenntnisses der Disziplinarcommission der Stadt Wien, Senat 1, vom 10. Mai 2017, DK-702695/15, richtet, wird die Revision zurückgewiesen.

## Begründung

1 Der 1964 geborene Revisionswerber stand bis zu der mit dem angefochtenen Erkenntnis ausgesprochenen Entlassung in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Stadt Wien, wo er als Werkmeister tätig war.

2 Mit dem in der Sitzung vom 24. März 2017 gefassten und am 10. Mai 2017 ausgefertigten Disziplinarerkenntnis der im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht belangten Behörde wurde der Revisionswerber wie folgt schuldig gesprochen (Hervorhebung und Schreibweise im Original, Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof):

"I.) (Der Revisionswerber), Dienststelle Wiener Wohnen, Personalnummer (...), ist schuldig, folgende Dienstpflichtverletzungen begangen zu haben:

1. Er hat es als Beamter von Wiener Wohnen unterlassen, im Dienst alles zu vermeiden, was die Achtung und das Vertrauen, die seiner Stellung entgegen gebracht werden, untergraben könnte, indem er

1.1. entgegen der Bestimmung des § 26 Abs. 1 DO 1994, wonach der Beamte die festgesetzte Arbeitszeit einzuhalten hat und nach den Weisungen seiner Vorgesetzten zur ordnungsgemäßen Führung von Arbeitszeitaufzeichnungen verpflichtet ist, und entgegen der Punkte 1.1 und 3.4 der Internen Richtlinie zur elektronischen Arbeitszeiterfassung mit SES bei Wiener Wohnen zumindest in der Zeit von 27. August 2014 bis 10. Oktober 2014 wiederholt in SES Arbeitszeiten gebucht hat, zu denen er tatsächlich entweder überhaupt nicht oder nicht im gesamten Ausmaß Dienst versehen hat, und zwar insbesondere an folgenden Tagen, wobei in den Spalten B und C die von ihm getätigten SES-Zeitbuchungen sowie in den Spalten F und G die Zeiten nicht dienstlicher Tätigkeit ersichtlich sind:

| A           | B          | C         | D     | E | F                                       | G                                       | H                                             |
|-------------|------------|-----------|-------|---|-----------------------------------------|-----------------------------------------|-----------------------------------------------|
| Datum       | SES-Kommen | SES-Gehen | Summe |   | Zeiten nicht dienstlicher Tätigkeit VON | Zeiten nicht dienstlicher Tätigkeit BIS | Summe der Zeiten nicht dienstlicher Tätigkeit |
| Mi, 27. Aug | 7:00       | 16:22     | 9:22  |   | 07:00                                   | 7:25                                    | 00:25                                         |
| Do, 28. Aug | 6:11       | 16:52     | 10:41 |   | 14:00                                   | 16:52                                   | 02:52                                         |
| Fr, 29. Aug | 6:46       | 14:48     | 8:02  |   | 06:46                                   | 09:58                                   | 03:12                                         |
| Di, 02. Sep | 6:08       | 16:26     | 10:18 |   | 09:30                                   | 12:53                                   | 03:23                                         |
| Mi, 03. Sep | 6:02       | 15:34     | 9:32  |   | 12:30                                   | 15:34                                   | 03:04                                         |
| Fr, 05. Sep | 6:50       | 13:27     | 6:37  |   | 06:50                                   | 08:10                                   | 01:20                                         |
| Mo, 08. Sep | 6:42       | 17:12     | 10:30 |   | 11:30                                   | 12:10                                   | 00:40                                         |
| Di, 09. Sep | 6:00       | 16:11     | 10:11 |   | 14:48                                   | 16:11                                   | 01:23                                         |
| Mi, 10. Sep | 6:48       | 16:40     | 9:52  |   | 10:00                                   | 12:58                                   | 02:58                                         |
| Do 11. Sep  | 6:15       | 16:36     | 10:21 |   | 06:15<br>12:12                          | 07:00<br>16:36                          | 00:45<br>04:24                                |
| Fr, 12. Sep | 6:39       | 17:30     | 10:51 |   | 06:39                                   | 12:30                                   | 05:51                                         |
| Do, 18. Sep | 6:00       | 17:00     | 11:00 |   | 15:36                                   | 17:00                                   | 01:24                                         |
| Fr, 19. Sep | 6:47       | 17:54     | 11:07 |   | 06:47                                   | 13:13                                   | 06:26                                         |
| Mo, 22. Sep | 6:43       | 16:35     | 9:52  |   | 08:35<br>16:15                          | 12:53<br>16:35                          | 04:18<br>00:20                                |
| Di, 23. Sep | 6:12       | 16:28     | 10:16 |   | 14:25                                   | 16:28                                   | 02:03                                         |
| Mi, 24. Sep | 6:09       | 16:35     | 10:26 |   | 15:39                                   | 16:35                                   | 00:56                                         |
| Do, 25. Sep | 6:42       | 16:52     | 10:10 |   | 16:00                                   | 16:52                                   | 00:52                                         |
| Fr, 26. Sep | 6:55       | 18:31     | 11:36 |   | 09:15                                   | 17:20                                   | 08:05                                         |
| Mi, 01. Okt | 6:39       | 17:43     | 11:04 |   | 08:35                                   | 13:45                                   | 05:10                                         |
| Do, 02. Okt | 6:41       | 15:37     | 8:56  |   | 13:26                                   | 15:37                                   | 02:11                                         |
| Do, 09. Okt | 6:04       | 16:25     | 10:21 |   | 15:45                                   | 16:25                                   | 00:40                                         |
| Fr, 10. Okt | 6:33       | 17:42     | 11:09 |   | 15:00                                   | 17:42                                   | 02:42                                         |

1.3. entgegen der Bestimmung des § 25 Abs. 2 DO 1994, wonach der Beamte keine Nebenbeschäftigung ausüben darf, die ihn an der genauen Erfüllung seiner dienstlichen Aufgaben behindert, die Vermutung seiner Befangenheit hervorruft oder die Achtung und das Vertrauen, die seiner Stellung als Beamter entgegengebracht werde, untergraben könnte, sowie entgegen der Bestimmung des § 21 Abs. 1 der Geschäftsordnung für den

Magistrat der Stadt Wien (GOM), wonach die festgesetzte Arbeitszeit einzuhalten ist und jede private, insbesondere jede gewerbliche Arbeit während des Dienstes verboten ist, zumindest seit 27. August 2014 unzulässiger Weise eine Nebenbeschäftigung für die A GmbH während seiner Dienstzeit ausgeübt hat, welche die Vermutung seiner Befangenheit hervorruft, da die A GmbH als Subunternehmerin für eine Kontrahentin der Unternehmung Wiener Wohnen tätig ist;

1.4 entgegen dem Erlass des Magistratsdirektors über die Zuerkennung von Kilometergeld vom 22. Dezember 2004 (MDS-K-2158- 1/04), wonach er Aufzeichnungen über die im dienstlichen Interesse zurückgelegten Kilometer zu führen hat, zumindest im Zeitraum vom 27. August 2014 bis 26. September 2014 regelmäßig grob unrichtige Aufzeichnungen über die im Außendienst zurückgelegten Wegstrecken mit der Absicht geführt hat, die für den Bezug von pauschalitem Kilometergeld gemäß § 10 Abs. 2 Reisegebührenvorschrift, ABl. der Stadt Wien Nr. 51/1981 idF ABl. Nrn. 51/2005 und 39/2008, erforderliche Kilometerleistung im Ausmaß der ihm gewährten 280 km pro Monat vorzutäuschen und zwar gab er an,

a) am 27. August 2014 mehrere Adressen im Rahmen seines Außendienstes aufgesucht zu haben, wobei er jedoch tatsächlich um 07:25 Uhr im Kundendienstzentrum für den 3., 4. und 11. Bezirk eintraf, wo er bis 16:29 Uhr im Innendienst verblieb;

b) am 28. August 2014 mehrere Adressen im Rahmen seines Außendienstes aufgesucht zu haben, wobei er jedoch tatsächlich um 06:15 Uhr im Kundendienstzentrum für den 3., 4. und 11. Bezirk eintraf, wo er bis 14:00 Uhr im Innendienst verblieb, und um 14:18 Uhr am Unternehmensgelände der A GmbH eintraf und bis 18:00 Uhr verblieb;

c) am 29. August 2014 mehrere Adressen im Rahmen seines Außendienstes aufgesucht zu haben, wobei er jedoch tatsächlich um 08:55 Uhr am Unternehmensgelände der A GmbH eintraf, wo er bis 09:30 Uhr verblieb und danach in das Kundendienstzentrum für den 3., 4. und 11. Bezirk fuhr, wo er um 09:58 Uhr eintraf und bis 14:50 Uhr im Innendienst verblieb,

d) am 2. September 2014 mehrere Adressen im Rahmen seines Außendienstes aufgesucht zu haben, wobei er sich jedoch tatsächlich von 09:30 Uhr bis 12:33 Uhr am Unternehmensgelände der

A GmbH aufhielt, welches er um 12:33 Uhr verließ und um 12:53 Uhr das Kundendienstzentrum für den 3., 4. und 11. Bezirk erreichte, wo er bis 14:34 Uhr im Innendienst verblieb und von wo aus er zu einer Baustelle fuhr. Er konnte daher lediglich von 14:34 Uhr bis 16:26 Uhr im Außendienst verbracht haben;

e) am 3. September 2014 mehrere Adressen im Rahmen seines Außendienstes aufgesucht zu haben, wobei er sich jedoch tatsächlich ab 12:30 Uhr am Unternehmensgelände der A GmbH aufhielt, welches er um 16:10 Uhr wieder verließ. Er konnte sich daher lediglich von 10:00 Uhr bis 12:30 Uhr im Außendienst befunden haben;

f) am 5. September 2014 mehrere Adressen im Rahmen seines Außendienstes aufgesucht zu haben, wobei er jedoch tatsächlich um 07:00 Uhr am Unternehmensgelände der A GmbH eintraf, welches er um 08:10 Uhr wieder verließ. Um 08:27 Uhr hielt er in der Steingasse Höhe Hausnummer 35 bis 08:40 Uhr an. Danach setzte er seine Fahrt fort, und traf um 08:59 Uhr im Kundendienstzentrum für den 3., 4. und 11. Bezirk ein, wo er bis 14:25 Uhr im Innendienst verblieb;

g) am 10. September 2014 mehrere Adressen im Rahmen seines Außendienstes aufgesucht zu haben, wobei er sich jedoch tatsächlich ab 10:00 Uhr am Unternehmensgelände der A GmbH aufhielt, welches er um 12:58 Uhr wieder verließ, bei einem Würstelstand eine Mahlzeit einnahm, und diesen um 13:15 Uhr wieder verließ. Er konnte sich daher lediglich von 06:48 Uhr bis 10:00 Uhr sowie von 13:15 Uhr bis 13:30 Uhr im Außendienst befunden haben;

h) am 11. September 2014 mehrere Adressen im Rahmen seines Außendienstes aufgesucht zu haben, wobei er sich jedoch tatsächlich ab 12:12 Uhr am Unternehmensgelände der A GmbH aufhielt, welches er um 21:28 Uhr wieder verließ. Er konnte sich daher lediglich von 12:00 Uhr bis 12:12 Uhr im Außendienst befunden haben;

i) am 12. September 2014 mehrere Adressen im Rahmen seines Außendienstes aufgesucht zu haben, wobei er sich jedoch tatsächlich ab 06:26 Uhr am Unternehmensgelände der A GmbH aufhielt, welches er um 12:06 Uhr wieder verließ und um 12:30 Uhr das Kundendienstzentrum für den 3., 4. und 11. Bezirk erreichte, wo er bis 18:11 Uhr im Innendienst verblieb. Er konnte daher von 06:39 Uhr bis 13:00 Uhr keinen Außendienst verrichtet haben;

j) am 19. September 2014 mehrere Adressen im Rahmen seines Außendienstes aufgesucht zu haben, wobei er jedoch tatsächlich um 07:07 Uhr seinen Wohnsitz verließ, um 07:20 Uhr am Unternehmensgelände der A GmbH eintraf, welches er um 12:48 Uhr wieder verließ und um 13:13 Uhr im Kundendienstzentrum für den 3., 4. und 11. Bezirk eintraf. Er konnte daher von 06:47 Uhr bis 13:00 Uhr keinen Außendienst verrichtet haben;

k) am 22. September 2014 mehrere Adressen im Rahmen seines Außendienstes aufgesucht zu haben, wobei er sich jedoch ab 08:35 Uhr am Unternehmensgelände der A GmbH aufhielt, welches er um 12:53 Uhr wieder verließ. Er konnte sich daher lediglich von 06:43 Uhr bis 08:35 Uhr sowie von 12:53 Uhr bis 14:00 Uhr im Außendienst befunden haben;

i) am 23. September 2014 mehrere Adressen im Rahmen seines Außendienstes aufgesucht zu haben, wobei er sich jedoch tatsächlich ab 14:25 Uhr am Unternehmensgelände der A GmbH aufhielt, welches er um 19:43 Uhr wieder verließ. Er konnte sich daher lediglich von 13:30 Uhr bis 14:25 Uhr im Außendienst befunden haben;

m) am 26. September 2014 mehrere Adressen im Rahmen seines Außendienstes aufgesucht zu haben, wobei er sich jedoch tatsächlich ab 09:15 Uhr am Unternehmensgelände der A GmbH aufhielt, welches er um 17:20 Uhr wieder verließ. Er konnte sich daher lediglich von 06:55 Uhr bis 09:15 Uhr im Außendienst befunden haben,

1.5. entgegen Punkt 4.) der Beilage A - II/IV/Allg. ('Außendienstzulage', Kennziffer 839601) des Beschlusses des Stadtsenates vom 18. Februar 2014, Pr.Z. 00406-2014/0001-GIF (Nebengebührenkatalog 2014), wonach den überwiegend im Außendienst tätigen Bediensteten zur Abgeltung des durch diesen Dienst entstehenden unvermeidlichen Mehraufwandes eine besondere Entschädigung zuerkannt wird, zumindest in den Monaten August und September 2014 - in der Absicht sich diese Nebengebühr durch Vortäuschung einer überwiegenden Tätigkeit im Außendienst zu erschleichen - regelmäßig grob unrichtige Aufzeichnungen über die im Außendienst verbrachten Zeiten geführt hat, wobei er im Monat September 2014 tatsächlich lediglich höchstens 51 Stunden und 54 Minuten statt der von ihm angegebenen und falsch dokumentierten 104 Stunden und 16 Minuten im Außendienst verbracht hat;

1.6. entgegen Punkt 18.) der Beilage A - II/IV/Allg. ('IBS-Zulage', Kennziffern 974301 bzw. 974401) des Beschlusses des Stadtsenates vom 18. Februar 2014, Pr.Z. 00406-2014/0001-GIF (Nebengebührenkatalog 2014), wonach Bediensteten, die im Rahmen des Integrierten Büroverwaltungssystems (IBS) oder einem gleichzuhaltenden System (z. B. Personal Computer), mindestens vier Stunden täglich Geräte der automatischen Datenverarbeitung in Dialogform bedienen, zur Abgeltung der qualifizierten Arbeit und der Erschwernisse eine besondere Entschädigung zuerkannt wird, zumindest für 26. September 2014 unrichtige Aufzeichnungen über seine Bildschirmtätigkeit geführt hat, mit der Absicht, das für die Auszahlung dieser Zulage erforderliche Ausmaß an Bildschirmtätigkeit vorzutäuschen, obwohl er an diesem Tag höchstens 3 Stunden und 31 Minuten an seinem Arbeitsplatz im Kundendienstzentrum für den 3., 4. und 11. Bezirk verbracht hat."

3 Der Revisionswerber habe dadurch § 18 Abs. 2 Dienstordnung 1994 (DO 1994) in Verbindung mit (ad 1.1.) § 26 Abs. 1 DO 1994 in Verbindung mit den Punkten 1.1 und 3.4 der internen Richtlinie zur elektronischen Arbeitszeiterfassung mit SES bei Wiener Wohnen; (ad 1.3.) § 25 Abs. 2 DO 1994 in Verbindung mit § 21 Abs. 1 der Geschäftsordnung für den Magistrat der Stadt Wien; (ad 1.4.) Erlass des Magistratsdirektors über die Zuerkennung von Kilometergeld vom 22. Dezember 2004 (MDS-K-2158- 1/04); (ad 1.5.) Punkt 4. der Beilage A - II/IV/Allg. ("Außendienstzulage" Kennziffer 839601) des Beschlusses des Stadtsenates vom 18. Februar 2014, Pr.Z. 00406-2014/0001-GIF (Nebengebührenkatalog 2014); (ad 1.6.) Punkt 18. der Beilage A - II/IV/Allg. ("IBS-Zulage", Kennziffern 974301 bzw. 974401) des Beschlusses des Stadtsenates vom 18. Februar 2014, Pr.Z. 00406- 2014-0001-GIF (Nebengebührenkatalog 2014) verletzt, weshalb über ihn gemäß § 76 Abs. 1 Z 4 DO 1994 die Disziplinarstrafe der Entlassung verhängt wurde.

4 Vom weiteren Vorwurf, er sei entgegen der Bestimmung des § 25 Abs. 3 Z 1 DO 1994, wonach jede erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung dem Magistrat unverzüglich schriftlich zu melden sei, zumindest seit 27. August 2014 (auch während seiner Dienstzeit) für die A GmbH, als deren Geschäftsführer und Gesellschafter sein Sohn AH und als deren weitere Gesellschafterin seine Ehegattin MH fungierten, tätig geworden und habe dies dem Magistrat nicht gemeldet, wurde der Revisionswerber gemäß § 103 Abs. 2 in Verbindung mit § 97 Abs. 1 Z 2 DO 1994 - weil die Erwerbsmäßigkeit der Nebenbeschäftigung nicht mit der erforderlichen Sicherheit habe erwiesen werden können - freigesprochen.

5 Die gegen das verurteilende Disziplinarerkenntnis gerichtete Beschwerde des Revisionswerbers wies das Verwaltungsgericht Wien mit dem am 15. Februar 2019 mündlich verkündeten und am 25. April 2019 ausgefertigten Erkenntnis als unbegründet ab. Die Revision nach Art. 133 Abs. 4 B-VG erklärte es für nicht zulässig. 6 Das Verwaltungsgericht stellte dazu nach Wiedergabe unter anderem des Spruchs des angefochtenen Disziplinarerkenntnisses folgenden Sachverhalt fest:

"Der (Revisionswerber) war seit 1986 Bediensteter der Stadt Wien und seit Beginn dieser Tätigkeit bei Wiener Wohnen, der damaligen Magistratsabteilung 27, als Werkmeister zugeteilt.

Der (Revisionswerber) hatte gleitende Dienstzeit. Wiener Wohnen hatte 2011 das elektronische Zeiterfassungssystem SES eingeführt. Es gab dazu eine interne Richtlinie vom Mai 2014, der dem (Revisionswerber) zur Kenntnis gebracht und diesem bekannt war.

Seine Vorgesetzten waren im Tatzeitraum Ing. H (Referatsleiter), Ing. G (stellv. Gebietsteilleiter Ost) sowie Ing. K (Gebietsteilleiter Ost). Direktor von Wiener Wohnen war von November 2011 bis November 2017 Herr Ing. N.

Der Sohn des (Revisionswerbers), AH, war handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma A GmbH. Diese Firma war zumindest im Tatzeitraum als Subunternehmerin einer Kontrahentin der Unternehmung Wiener Wohnen, der Firma K GmbH, tätig. Dies war dem (Revisionswerber) bekannt. Der (Revisionswerber) konnte als Werkmeister Einfluss auf die indirekte Beauftragung der Firma seines Sohnes via der Kontrahentin Wiener Wohnens nehmen.

Dem (Revisionswerber) stand eine Zulage über im Außendienst verbrachte Zeiten zu. Über diese Zeiten waren Aufzeichnungen in einem eigenen Formular zu führen.

Der (Revisionswerber) konnte für jene Tage, an denen er mehr als vier Stunden am PC arbeitete, eine Nebengebühr - 'IBS'-Zulage geltend machen. Dies geschah über Antrag des (Revisionswerbers) im Programm SES und Genehmigung durch den Vorgesetzten.

Dem (Revisionswerber) stand eine monatliche Pauschale 'Kilometergeld' zu. Über die dienstlich zurückgelegten Strecken waren Aufzeichnungen in vorgegebenen Listen zu führen.

Die Stadt Wien beauftragte das Detektivbüro 'CI GmbH' mit der Observierung des (Revisionswerbers). Anhand eines Vergleiches der in dem Detektivbericht dokumentierten Bewegungen bzw. Aufenthaltsorten des (Revisionswerbers) mit dessen Arbeitszeitaufzeichnungen bzw. beantragten Bildschirmzulagen sowie von diesem geführten Kilometergeld- und Außendienstlisten ergaben sich die dem (Revisionswerber) im Spruch des angefochtenen Disziplinarerkenntnisses zur Last gelegten Dienstpflichtverletzungen, welche als erwiesen angenommen werden.

Mit Bescheid der Disziplinarkommission der Stadt Wien vom 3.12.2014, Zl. DK/1641786/2014 wurde der (Revisionswerber) vom Dienst suspendiert."

7 Beweiswürdigend stützte sich das Verwaltungsgericht im Wesentlichen auf unstrittige SES-Aufzeichnungen, einen Detektivbericht sowie näher dargelegte Zeugenaussagen, mit denen es sich im Rahmen seiner Beweiswürdigung ebenso wie mit den vom Revisionswerber erhobenen Einwänden auseinander setzte (Seiten 10 bis 23 des angefochtenen Erkenntnisses). Zusammengefasst kam es dabei zum Ergebnis, dass die Glaubwürdigkeit des Detektivberichts nicht erschüttert worden sei und an dessen inhaltlicher Richtigkeit für das Gericht keine Zweifel bestünden. 8 Rechtlich führte das Verwaltungsgericht nach Darlegung maßgeblicher gesetzlicher Bestimmungen fallbezogen aus, dem Revisionswerber sei zu Spruchpunkt 1.1 zur Last gelegt worden, für bestimmte, im Spruch des angefochtenen Bescheids angeführte Zeiten in SES Arbeitszeiten gebucht zu haben, zu denen er tatsächlich entweder überhaupt nicht oder nicht im gesamten Ausmaß Dienst versehen habe. Ob er an Wochenenden und außerhalb des Gleitzeitrahmens Arbeitsleistungen für die Stadt Wien erbracht habe, sei irrelevant. Die Erbringung von Arbeitsleistungen durch den Revisionswerber zu diesen Zeiten sei nicht angeordnet gewesen. Eine allfällige Erbringung freiwilliger Arbeitsleistungen außerhalb der festgesetzten Arbeitszeiten sowie an Wochenenden könne nicht eigenmächtige private Aktivitäten in der Dienstzeit rechtfertigen oder kompensieren. Dem Einwand des Revisionswerbers, es liege keine Verletzung der Arbeitszeiterfassung vor, weil ihm eine halbstündige Mittagspause zur Verfügung gestanden sei, hielt das Verwaltungsgericht entgegen, dass eine Mittagspause keine Freizeit bedeute. Auch die den Bediensteten zur Verfügung stehenden Mittagspausen seien Dienstzeit und stünden daher nicht für private Aktivitäten zur Disposition.

9 Die Nebenbeschäftigung (Tatvorwurf 1.3) in der Firma seines Sohnes habe der Revisionswerber nicht gemeldet. Auf Grund der Nähe von dessen Unternehmen zur dienstlichen Tätigkeit des Revisionswerbers liege nicht nur eine abstrakt-denkmögliche Befangenheit vor. Zudem habe der Revisionswerber diese Nebenbeschäftigung während seiner Dienstzeit ausgeübt. 10 Zum Tatvorwurf 1.4 führte das Verwaltungsgericht aus, dass die dem Revisionswerber gewährte Kilometerpauschale kein Freibrief zum Führen falscher Aufzeichnungen gewesen sei. Der Dienstnehmer dürfe auch IBS-Zulagen nur für Zeiträume geltend machen, in denen die Grundlagen hierfür vorlägen. Auch die Gewährung einer Überstundenpauschale (Tatvorwurf 1.5) rechtfertige das Führen falscher Aufzeichnungen über im Außendienst verbrachter Zeiten nicht. Dies mache die gesamte Verrechnungsbasis nicht nachvollziehbar und liege daher nicht im Sinn der Vereinbarung über die Pauschalabgeltung von Überstunden. Die Gewährung der in Tatvorwurf 1.6 angesprochenen Zulage setze die Erbringung einer bestimmten Mindestarbeitszeit am PC voraus, welche gegenständlich nicht erbracht worden sei.

11 Die Strafbemessung begründete das Verwaltungsgericht zusammengefasst damit, dass keine Umstände hervorgekommen seien, durch die die Tat auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbunden Menschen nahe liegen könnte. Sonstige Elemente einer "personalen Täterschuld" seien im Rahmen des § 77 Abs. 3 DO 1994 nicht zu berücksichtigen. Demnach seien für die Beurteilung einer Untragbarkeit im Sinn des § 77 Abs. 3 DO 1994 Fragen der spezialpräventiven Erforderlichkeit einer Strafe und Milderungsgründe bei objektiv sehr schweren Dienstpflichtverletzungen nicht (mehr) zugunsten des Beamten in die Strafbemessung einzubeziehen.

12 Das in § 18 DO 1994 geschützte Rechtsgut liege jedenfalls in der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Diensts und des dafür erforderlichen Ansehens der Beamenschaft. Im konkreten Fall lägen Arbeitszeitüberschreitungen und damit im Zusammenhang stehende Übertretungen an 22 Arbeitstagen im Zeitraum von ca. sechs Wochen vor. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes gehöre die Einhaltung von Arbeitszeit und Arbeitsort durch Beamte zu den schwerwiegenden Interessen der Verwaltung, weil bei deren Nichtbeachtung eine funktionierende Verwaltungstätigkeit wohl undenkbar wäre (Hinweis auf VwGH 25.6.1992, 92/09/0084). Dies setze einen pünktlichen Dienstantritt voraus sowie, dass der Beamte gewissenhaft und pünktlich seinen Dienst versehe und seine Arbeitskraft vorbehaltlos in den Dienst des Staates und der Öffentlichkeit stelle (Hinweis u.a. auf VwGH 17.12.2013, 2013/09/0138). Im gegenständlichen Fall

handle es sich daher um besonders schwere Dienstpflichtverletzungen, sowohl vom Umfang als auch vom Ausmaß her.

13 Der Revisionswerber habe sich im Verfahren uneinsichtig gezeigt. Soweit er die Taten nicht bestritten habe, habe er zum Ausdruck gebracht, es stehe ihm zu, diverse Aufzeichnungen nach eigenem Gutdünken zu führen, weil ihm ohnedies Pauschalen gewährt würden. Die vorsätzliche Tatbegehung und das völlige Fehlen eines Unrechtsbewusstseins stellten subjektiv eine besondere Schwere der Dienstpflichtverletzungen dar. Darüber hinaus habe der Revisionswerber gemeint, die Dienstzeit insofern selbst regeln zu können und insgesamt ohnedies zu erbringen, als er diese auch an Wochenenden leiste. In Anbetracht der Vielzahl sowie der Schwere der vom Revisionswerber begangenen Dienstpflichtverletzungen sei seine Weiterbeschäftigung in seiner bisherigen Verwendung untragbar, sodass nach § 77 Abs. 3 DO 1994 vorzugehen sei. Der Unrechtsgehalt der Taten wiege schwer und es sei durch das Verhalten des Revisionswerbers zweifellos das Vertrauen der Allgemeinheit in eine sachliche Wahrnehmung seiner Aufgaben durch ihn zerstört worden. Dieser Vertrauensverlust der Allgemeinheit in die sachliche Wahrnehmung der dienstlichen Aufgaben manifestiere sich insbesondere darin, dass durch das Verhalten des Revisionswerber in der Öffentlichkeit der Eindruck hervorgerufen werde, Bedienstete der Stadt Wien müssten die Arbeitsleistung, für die sie bezahlt würden, nicht in vollem Umfang erbringen und könnten "es sich richten". Aber auch dem Vertrauen der Dienstgeberin in eine ordnungsgemäße Erledigung der dem Revisionswerber übertragenen Aufgaben im Allgemeinen und in die Einhaltung arbeitszeitrechtlicher und sonstiger Vorschriften der Dienstordnung durch ihn im Besonderen werde die Grundlage entzogen. Ebenso stehe es außer Frage, dass die diesbezügliche Selbstherrlichkeiten einzelner Organwalter zu einer schweren Belastung des Betriebsklimas führen könnten, weil sie ohne Zweifel Unruhe in die Belegschaft brächten und negative Vorbildwirkung ausstrahlten (abermaliger Hinweis auf VwGH 25.6.1992, 92/09/0084). 14 Da der Revisionswerber in einer Gesamtbetrachtung dieser Umstände der Achtung und dem Vertrauen, die seine Stellung erforderten, überhaupt nicht mehr gerecht werde, habe er das Vertrauensverhältnis zwischen sich und der Dienstgeberin grundlegend zerstört und könne daher nicht mehr im Dienst verbleiben. Wegen der damit eingetretenen Untragbarkeit sei somit - ohne Prüfung inwieweit die beabsichtigte Strafe erforderlich sei, um den Revisionswerber von der Begehung weiterer Dienstpflichtverletzungen abzuhalten und ohne Berücksichtigung von für die Strafbemessung maßgebenden Erschwerungs- und Milderungsgründen - die Disziplinarstrafe der Entlassung zu verhängen.

15 Die Zulässigkeit der Revision verneinte das Verwaltungsgericht ohne nähere Begründung mit dem Fehlen einer Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung.

16 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die außerordentliche Revision wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften. Die belangte Behörde erstattete eine Revisionsbeantwortung.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

17 Gegen das Erkenntnis eines Verwaltungsgerichts ist die Revision nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs abweicht, eine solche fehlt, oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nicht einheitlich beantwortet wird. 18 Bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG ist der Verwaltungsgerichtshof an den Ausspruch des Verwaltungsgerichts nach § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden (§ 34 Abs. 1a VwGG). Er hat die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision im Rahmen der dafür in der Revision gesondert vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu prüfen. 19 Weist die angefochtene Entscheidung eines Verwaltungsgerichts mehrere trennbare Spruchpunkte auf, so ist die Zulässigkeit einer dagegen erhobenen Revision getrennt zu prüfen. Solche trennbaren Absprüche liegen auch dann vor, wenn die Spruchpunkte eines (vom Verwaltungsgericht etwa bestätigten) erstinstanzlichen Bescheids als trennbar anzusehen sind (siehe VwGH 24.1.2019, Ra 2018/09/0137, mwN).

20 Der Revisionswerber sieht die Zulässigkeit seiner Revision zum einen zusammengefasst darin gelegen, dass keine Feststellungen getroffen worden seien, die den Spruch tragen könnten, weil keine Feststellungen zu den einzelnen Tagen und Daten getroffen worden seien, an denen ihm zur Last gelegt worden sei, entgegen den SES-Aufzeichnungen keinen Dienst versehen zu haben. Andererseits macht der Revisionswerber als Zulässigkeitsgrund geltend, dass zu Spruchpunkt 2. (offenbar gemeint: I.1.3) es überhaupt an einer Feststellung fehle, welcher "Nebenbeschäftigung" er nachgegangen sei und wann.

21 Das Zulässigkeitsvorbringen richtet sich damit nur gegen die Bestätigung der ersten beiden Spruchpunkte des behördlichen Straferkenntnisses durch das Verwaltungsgericht. Im Hinblick auf die übrigen Spruchpunkte wird im Zulässigkeitsvorbringen eine konkrete und für die Entscheidung über die Revision relevante Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung nicht aufgezeigt. Hinsichtlich der weiters angefochtenen Spruchpunkte des Schuldspruchs war die Revision daher in einem gemäß § 12 Abs. 3 VwGG gebildeten Senat ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung gemäß § 34 Abs. 1 VwGG als unzulässig zurückzuweisen.

22 Betreffend die ersten beiden Spruchpunkte wird jedoch mit dem auf das Fehlen relevanter Feststellungen abzielenden Vorbringen die Zulässigkeit der Revision aufgezeigt. Sie ist insoweit - und daher auch im Strafausspruch - auch begründet. 23 Gemäß § 29 Abs. 1 VwGVG sind die Erkenntnisse des

Verwaltungsgerichts zu begründen. Diese Begründung hat, wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen hat, jenen Anforderungen zu entsprechen, die in seiner Rechtsprechung zu den §§ 58 und 60 AVG entwickelt wurden. Demnach sind in der Begründung eines Erkenntnisses die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die für die Beweiswürdigung maßgeblichen Erwägungen sowie die darauf gestützte Beurteilung der Rechtslage klar und übersichtlich zusammenzufassen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes erfordert dies im ersten Schritt die eindeutige, eine Rechtsverfolgung durch die Partei ermöglichende und einer nachprüfenden Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts zugängliche konkrete Feststellungen des der Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalts, in einem zweiten Schritt die Angabe jener Gründe, welche das Verwaltungsgericht im Fall des Vorliegens widerstreitender Beweisergebnis in Ausübung der freien Beweiswürdigung dazu bewogen haben, gerade jenen Sachverhalt festzustellen, und in einem dritten Schritt die Darstellung der rechtlichen Erwägungen, deren Ergebnisse zum Spruch der Entscheidung geführt haben. Diesen Erfordernissen werden die Verwaltungsgerichte zudem (nur) dann gerecht, wenn sich die ihre Entscheidung tragenden Überlegungen zum maßgebenden Sachverhalt, der Beweiswürdigung sowie zur rechtlichen Beurteilung aus den verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen selbst ergeben (vgl. VwGH 28.6.2017, Ra 2016/09/0091).

24 Im vorliegenden Fall gab das Verwaltungsgericht einerseits den Spruch des bei ihm angefochtenen Disziplinarerkenntnisses wieder. Aus diesem lässt sich zu Punkt I.1.1 hinsichtlich der Arbeitszeit einer Liste entnehmen, zu welcher Zeit der Revisionswerber an welchen Tagen im SES-System "Kommen" und "Gehen" buchte sowie von welcher und bis zu welcher Uhrzeit Zeiten nicht dienstlicher Tätigkeiten vorgelegen haben sollen sowie deren Saldierung. In den Feststellungen begnügte sich das Verwaltungsgericht damit, unter anderem hinsichtlich der Arbeitszeitaufzeichnungen auf die im Spruch des Disziplinarerkenntnisses "zur Last gelegten Dienstpflichtverletzungen" zu verweisen, welche als erwiesen angenommen würden.

25 Mag ein solcher Vorwurf im Verdachtsbereich für eine Suspendierung noch als ausreichend angesehen werden (siehe VwGH 10.9.2015, Ra 2015/09/0056), so vermögen diese Feststellungen für sich allein eine Bestrafung im vorliegenden Fall nicht zu tragen. Es mögen - wie das Verwaltungsgericht beweiswürdigend ausführte - die SES-Buchungen unstrittig gewesen sein, sodass insoweit die Ausführungen nicht zu beanstanden sind. Weshalb das Verwaltungsgericht aber davon ausging, dass der Revisionswerber in den in den Spalten F (Anfangszeit) G (Endzeit) und H (Summe der Zeiten nicht dienstlicher Tätigkeit) im Rahmen seiner (gebuchten) Arbeitszeit gelegenen Zeiten nicht dienstliche Tätigkeiten verrichtete, lässt sich dem Erkenntnis nicht entnehmen, zumal der Arbeitsplatz des Revisionswerbers auch Tätigkeiten im Außendienst umfasste. Insoweit fehlen jegliche Ausführungen, weshalb in diesem Zeitraum keine dienstlichen Tätigkeiten vorgelegen haben sollen. Aus diesem Grund ist es weder dem Revisionswerber möglich, sich gegen diese Feststellungen konkret zur Wehr zu setzen, noch ist es dem Verwaltungsgerichtshof möglich, die Richtigkeit dieser Zeiten zu prüfen. Es wäre am Verwaltungsgericht gelegen, konkret zu jedem Zeitraum nicht dienstlicher Tätigkeit Feststellungen im Tatsachenbereich zu treffen (etwa welche Tätigkeit der Revisionswerber in diesem Zeitraum ausübte oder wo er sich befand), die eine Beurteilung zulassen, ob in diesem Zeitraum eine dienstliche Tätigkeit vorlag oder nicht. Erst dadurch wären die dahingehenden Feststellungen ausreichend konkret und somit bekämpf- und überprüfbar.

26 Dasselbe gilt für die Ausführung in Spruchpunkt I.1.3. Auch hier lässt sich - wie in der Revision zutreffend aufgezeigt wird - dem angefochtenen Erkenntnis nicht entnehmen, welche Nebenbeschäftigung der Revisionswerber für die A-GmbH zumindest seit 27. August 2014 während seiner Dienstzeit ausübte, welche die Vermutung seiner Befangenheit hervorgerufen haben könnte. 27 Zwar ist der Begriff der Nebenbeschäftigung nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes in einem weiten Sinn zu verstehen. Es muss - entgegen der in der Revision vertretenen Ansicht - auch kein Beschäftigungsverhältnis im arbeitsrechtlichen Sinn vorliegen oder dies auch nur möglich sein (vgl. etwa VwGH 20.11.2018, Ra 2017/12/0123, zur Dienstpragmatik der Niederösterreichischen Landesbeamten 1972; 19.1.1994, 93/12/0092 zum Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (BDG 1979)). Auch in diesem Zusammenhang bedarf es jedoch zunächst einer konkreten Tatsachenfeststellung, welche Tätigkeit der Revisionswerber im Zusammenhang mit dem Unternehmen seines Sohnes seit 27. August 2014 ausübte. Erst dann lässt sich die rechtliche Beurteilung, dass eine Nebenbeschäftigung vorlag, die die Vermutung der Befangenheit hätte hervorrufen können, überprüfen. Das bloße Aufsuchen des Büros des Unternehmens seines Sohnes kann jedenfalls noch nicht als unzulässige Nebenbeschäftigung des Revisionswerbers qualifiziert werden.

28 In Ermangelung konkreter Feststellungen ist auf die weiteren (rechtlichen) Einwendungen in der Revision hier noch nicht einzugehen. Zum Einwand des Revisionswerbers bezüglich der Erbringung von Arbeitsleistungen für den Dienstgeber außerhalb der erfassten Dienstzeit ist jedoch bereits an dieser Stelle auf das auch vom Verwaltungsgericht zutreffend zitierte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 17. Dezember 2013, 2013/09/0138, Punkt F.), zu verweisen. Bereits nach § 26 Abs. 1 DO 1994 hat der Beamte die festgesetzte Arbeitszeit einzuhalten und ist nach den Weisungen seiner Vorgesetzten zur ordnungsgemäßen Führung von Arbeitszeitaufzeichnungen verpflichtet.

29 Sofern in den vorgeworfenen Zeiten nicht dienstlicher Tätigkeiten Mittagspausen enthalten sein sollten ist Folgendes festzuhalten: Auch wenn die vom Dienstgeber zu gewährende Ruhepause (siehe § 61b Wiener Bedienstetenschutzgesetz 1998) innerhalb der Dienstzeit liegt (dazu ausführlich VwGH 21.1.2016, Ra 2015/12/0051, zu § 48b BDG 1979), wäre der Vorwurf, während dieser Zeit keine dienstliche Tätigkeit

verrichtet zu haben, jedenfalls in dieser Allgemeinheit verfehlt. Auch hiezu fehlen jedoch die für eine abschließende Beurteilung erforderlichen Feststellungen.

30 Das angefochtene Erkenntnis war daher in dem in Spruchpunkt I. des vorliegenden Erkenntnisses ausgeführten Umfang wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. b und c VwGG aufzuheben.

31 Von der Durchführung einer Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 3 VwGG abgesehen werden.

32 Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG, insbesondere § 50 VwGG, in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

Wien, am 29. Oktober 2019

### **European Case Law Identifier**

ECLI:AT:VWGH:2019:RA2019090107.L00