

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

21.01.1998

Geschäftszahl

96/12/0264

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Knell und die Hofräte Dr. Germ, Dr. Höß, Dr. Riedinger und Dr. Waldstätten als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Julcher, über die Beschwerde des Ing. S in M, vertreten durch Dr. Peter Stromberger, Rechtsanwalt in Wolfsberg, Johann-Offner-Straße 1, gegen den Bescheid der Kärntner Landesregierung vom 27. Juni 1996, Zl. Präs-2/53/96, betreffend Untersagung einer Nebenbeschäftigung, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Land Kärnten hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 12.890,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Begründung

Der Beschwerdeführer steht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Land Kärnten; er ist im Amt für Wasserwirtschaft als "interner Leiter" der Außenstelle St. Andrä im Lavanttal tätig.

Mit Schreiben vom 5. März 1996 meldete der Beschwerdeführer im Dienstweg die geplante Ausübung einer Nebenbeschäftigung in seinem Fachbereich "Kulturtechnik und Wasserwirtschaft" sowie der damit verbundenen beratenden Tätigkeiten, insbesondere auf dem Gebiet der Bauleitung und Projektierung. Unter anderem meinte er in diesem Zusammenhang, die von ihm angestrebte Nebenbeschäftigung sei als "Weiterbildung und Erfahrungssammlung" für seine Haupttätigkeit anzusehen und entspräche auch der allgemeinen Tendenz zu mehr "Kundennähe" in der Verwaltung.

Hiezu vertrat der Leiter des Amtes für Wasserwirtschaft mit Schreiben vom 7. März 1996 die Auffassung, daß die vom Beschwerdeführer gemeldete Nebenbeschäftigung zweifellos Interessenskonflikte und Befangenheiten erwarten ließe, weil der Beschwerdeführer entweder selber seine eigenen Projekte, Baustellen und Honorarnoten als Amtssachverständiger beurteilen und bearbeiten oder dies durch einen seiner Mitarbeiter erfolgen müsse.

Nach Befassung des Beschwerdeführers teilte dieser anwaltlich vertreten mit Schreiben vom 30. Mai 1996 hiezu folgendes mit:

"Sämtliche Eingaben sowie sämtliche Korrespondenz liegt mir vor.

Unter Bezugnahme auf das letzte mit Ihnen geführte Telefonat darf ich ausführen, daß nach Rechtsmeinung meines Mandanten die Untersagungsfrist des § 4 des Gesetzes vom 6. Februar 1986 über die Ausübung von erwerbsmäßigen Nebenbeschäftigungen durch Bedienstete des Landes, von Gemeinden und von Gemeindeverbänden (Nebenbeschäftigungsgesetz) bereits verstrichen ist.

Mein Mandant hat auf Anweisung seiner Dienststelle bei der Einreichung den Dienstweg eingehalten. Das Ansuchen wurde von meinem Mandanten am 6. März 1996 bei seiner Dienststelle abgegeben. Diesbezüglich verweise ich auf den Eingangsstempel des Amtes für Wasserwirtschaft St. Andrä. Am 7.3.1996 wurde ein Schreiben vom Leiter des Amtes für Wasserwirtschaft Klagenfurt, Herrn Dipl.-Ing. Kurt Rohner, dem unmittelbaren Vorgesetzten meines Mandanten, an das Präsidium des Amtes der Kärntner Landesregierung verfaßt. In diesem Schreiben wurden Art und Umfang der beabsichtigten Tätigkeit nochmalig näher umschrieben. Art und Umfang waren aber bereits im Antrag meines Mandanten genauer umfaßt. Wie bereits mitgeteilt, betrifft diese nähere Beschreibung im Antrag meines Mandanten vom 5.3.1996 insbesondere den

Absatz 2. In diesem Schreiben wurde der gesamte beabsichtigte Umfang der von meinem Mandanten gefaßten Nebentätigkeit genau festgelegt.

Wie obig erwähnt, erfolgte eine Präzisierung durch das Schreiben der vorgesetzten Dienststelle meines Mandanten vom 7.3.1996, welches am 11.3.1996 bei Ihnen einlangte. Eine genauere Beschreibung des Tätigkeitsbereiches meines Mandanten war und ist nicht mehr möglich.

Unabhängig davon, daß mein Mandant davon ausgeht, daß die Untersagungsfrist bereits abgelaufen ist, wird unpräjudiziell und ohne Ableitung einer Rechtspflicht zur Klarstellung nochmalig mitgeteilt, daß das Fachgebiet der Kulturtechnik und Wasserwirtschaft nicht mehr genauer beschrieben werden kann, als dies im Schreiben - welches im Dienstweg an Sie erging - vom 7.3.1996 der Fall ist.

Ebenso unter diesem Aspekt wird noch ergänzend mitgeteilt, daß mein Mandant diese Nebentätigkeit in einem Stundenausmaße betreiben will, welches 10 Wochenstunden in keinem Fall überschreiten wird, und dieser Tätigkeit selbstverständlich außerhalb der Dienstzeit und insbesondere auch an Wochenenden nachgehen will.

Des weiteren wird zur Klarstellung noch festgehalten, daß eine Unvereinbarkeit zwischen der Tätigkeit meines Mandanten im Amte und in seiner Nebenbeschäftigung schon allein deshalb nicht gegeben sein wird, da genügend andere Sachbearbeiter für diesen Bereich von Amts wegen zur Verfügung stehen, welche eventuelle Projekte, an welchen Herr Ing. Juri in Ausübung seiner Nebentätigkeit beteiligt war, bearbeiten bzw. begutachten können, sodaß eine Kollision in diesem Bereich nicht zu befürchten ist."

Daraufhin erging der angefochtene Bescheid mit folgendem Spruch:

"Die von Ihnen mit Schreiben vom 5. März 1996 und ergänzender Meldung vom 30. Mai 1996 angezeigte beabsichtigte Ausübung einer erwerbsmäßigen Nebenbeschäftigung im Sinne des § 61 Abs. 4 Kärntner Dienstrechtsgesetz 1994, in der Fassung LGBl. Nr. 14/1996, wird gemäß § 3 Abs. 1 des Nebenbeschäftigungsgesetzes 1986, LGBl. Nr. 24,

u n t e r s a g t ."

Zur Begründung wird nach zusammengefaßter Wiedergabe des Antrages des Beschwerdeführers auf Ausübung einer "erwerbsmäßigen Nebenbeschäftigung" die Stellungnahme seines Vorgesetzten ausgeführt. Demnach umfasse das Fachgebiet der Kulturtechnik und Wasserwirtschaft im wesentlichen das komplette Fachspektrum, das von einem Amt für Wasserwirtschaft abzudecken sei. Insbesondere seien die Hydrologie, der Schutzwasserbau, die Abwasserentsorgung sowie die Be- und Entwässerung hervorzuheben. Weitere Themen seien der allgemeine Wasserbau (z.B. Kraftwerke, Teiche, Biotope, spezielle Wassernutzungen), der ländliche Wegebau (einschließlich Brücken- und Entwässerungsmaßnahmen) sowie Oberflächenentwässerungen im Straßenbau. Nebenfächer wie Statik, Erd- und Grundbau sowie Geologie gehörten ebenso dazu. Nahezu alle Projekte dieser Fachrichtungen bedürften einer wasserrechtlichen Bewilligung. Die Wasserrechtsbehörde bediene sich dazu der wasserbautechnischen Amtssachverständigen der Ämter für Wasserwirtschaft. Für Projekte des Schutzwasserbaues und des Siedlungswasserbaues könnten öffentliche Förderungsmittel in Anspruch genommen werden. Die Abwicklung der Förderungen (z.B. Beratungen, fachtechnische Überprüfungen, Bauüberwachung, Endabrechnung) erfolge ebenfalls durch wasserbautechnische Amtssachverständige der Ämter für Wasserwirtschaft. Wenn nun eine Nebenbeschäftigung insbesondere in den Bereichen für Kulturtechnik und Wasserwirtschaft sowie den damit verbundenen beratenden Tätigkeiten aber auch auf dem Gebiet der Bauleitung und Projektierung ausgeübt werde, so ließen sich zweifelsfrei Interessenskonflikte und Befangenheiten aus den Wechselwirkungen zwischen Nebenbeschäftigung und dienstlichen Aufgaben erwarten. Konsequenz wäre, daß entweder die eigenen Projekte, Baustellen und Honorarnoten als Amtssachverständiger vom Beschwerdeführer selbst beurteilt und bearbeitet werden müßten oder es müßten andere Mitarbeiter Projekte, Baustellen und Honorarnoten ihres unmittelbaren Dienstvorgesetzten behandeln.

Auf Grund dessen sei der Beschwerdeführer - so die belangte Behörde weiter in der Begründung des angefochtenen Bescheides - mit Schreiben vom 29. März 1996 im Sinne des § 2 Abs. 3 des Nebenbeschäftigungsgesetzes 1986 (= NBG) aufgefordert worden, Art und Umfang der beabsichtigten Tätigkeit näher zu umschreiben. Überdies sei er darauf aufmerksam gemacht worden, daß die in § 4 Abs. 1 NBG vorgesehene Frist erst mit dem Vorliegen dieser ergänzenden Meldung zu laufen beginne und daher mit der Ausübung der beabsichtigten Nebenbeschäftigung noch nicht begonnen werden dürfe. Die diesbezüglich ergänzende Mitteilung sei mit Schreiben des anwaltlichen Vertreters des Beschwerdeführers vom 30. Mai 1996, das am 3. Juni 1996 bei der belangten Behörde eingelangt sei, erfolgt. Die in § 4 NBG normierte Fallfrist von vier Wochen für eine etwaige Untersagung der beabsichtigten Nebenbeschäftigung habe daher am 1. Juli 1996 geendet. Die Untersagung sei daher noch innerhalb dieser vierwöchigen Fallfrist vorgenommen worden.

Gemäß § 3 Abs. 1 NBG habe die Dienstbehörde die Ausübung einer Nebenbeschäftigung u.a. dann zu untersagen, wenn die Vermutung einer Befangenheit durch die Ausübung dieser Nebenbeschäftigung nicht ausgeschlossen sei. Für diesen Untersagungsgrund genüge es, daß die Vermutung einer Befangenheit nicht ausgeschlossen sei. Das Zutreffen dieses Untersagungsgrundes werde durch die schlüssige Stellungnahme des

Dienstvorgesetzten des Beschwerdeführers, die von der Dienstbehörde vollinhaltlich übernommen werde und dem Beschwerdeführer zur Kenntnis gebracht worden sei, eindeutig belegt. Da der Beschwerdeführer überdies weder in seinem Schreiben vom 5. März 1996 noch in der ergänzenden Stellungnahme vom 30. Mai 1996 diese Bedenken habe entkräften können, sei spruchgemäß zu entscheiden gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, mit der die kostenpflichtige Aufhebung wegen Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit begehrt wird.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Auf den Beschwerdefall finden - soweit dem Bedeutung zukommt - folgende landesgesetzliche Regelungen Anwendung:

§ 61 des Kärntner Dienstrechtsgesetzes, wiederverlautbart im LGBL Nr. 71/1994; die in Frage kommenden Bestimmungen lauten wie folgt:

"(1) Nebenbeschäftigung ist jede Beschäftigung, die der Beamte außerhalb seines Dienstverhältnisses und einer allfälligen Nebentätigkeit ausübt.

(2) Der Beamte darf - sofern die Gesetze nicht anderes bestimmen - keine Nebenbeschäftigung ausüben, die ihn an der Erfüllung seiner dienstlichen Aufgaben behindert, die Vermutung seiner Befangenheit hervorruft oder sonstige wesentliche dienstliche Interessen gefährdet.

(3) Der Beamte hat - sofern die Gesetze nicht anderes bestimmen - der Landesregierung jede erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung unverzüglich zu melden. Eine Nebenbeschäftigung ist erwerbsmäßig, wenn sie die Schaffung von nennenswerten Einkünften in Geld- oder Güterform bezweckt."

Diese Regelung ist mit § 56 BDG 1979, abgesehen von der Subsidiaritätsklausel "sofern die Gesetze nicht anderes bestimmen", inhaltsgleich.

Weiters findet auch das Nebenbeschäftigungsgesetz (NBG), LGBL Nr. 24/1986, für Bedienstete des Landes, die eine erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung im Sinne des § 61 Abs. 3 des Kärntner Dienstrechtsgesetzes ausüben, Anwendung (§ 1 Abs. 1 lit. a).

Gemäß § 3 Abs. 1 NBG hat die Dienstbehörde die Ausübung einer Nebenbeschäftigung (§ 1) zu untersagen, wenn

- a) die Vermutung einer Befangenheit durch die Ausübung dieser Nebenbeschäftigung nicht ausgeschlossen ist,
- b) die Vermutung von Kollisionen zwischen den Interessen der Dienstbehörde und der Gebietskörperschaften als Träger von Privatrechten und den durch die Ausübung der Nebenbeschäftigung (§ 1) gegebenen Interessen des Bediensteten nicht ausgeschlossen ist,
- c) die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben des Bediensteten durch die Ausübung der Nebenbeschäftigung nicht mehr gewährleistet wäre,
- d) für den Bediensteten durch die Ausübung der Nebenbeschäftigung eine zusätzliche Belastung entsteht, durch die die volle geistige und körperliche Leistungsfähigkeit im Dienst beeinträchtigt wird oder beeinträchtigt werden könnte oder
- e) sonstige dienstliche Interessen beeinträchtigt werden können.

Gemäß § 3 Abs. 2 leg. cit. darf eine Versagung nicht erfolgen, wenn

- a) sich die Gründe hierfür durch eine Befristung der Nebenbeschäftigung oder durch Auflagen beseitigen lassen,
- b) die Ausübung der Nebenbeschäftigung im dienstlichen Interesse oder im Interesse des Landes Kärnten, des Bundes oder von Gemeinden oder sonst im öffentlichen Interesse liegt und Versagungsgründe nach Abs. 1 lit. a bis c nicht vorliegen.

Der Begründung des angefochtenen Bescheides ist zu entnehmen, daß die Untersagung der Nebenbeschäftigung des Beschwerdeführers auf den Untersagungsgrund des § 3 Abs. 1 lit. a NBG gestützt wurde. Diesbezüglich hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in seiner Rechtsprechung zu dieser Bestimmung (vgl. Erkenntnis vom 28. April 1993, Zl. 93/12/0046) zum Ausdruck gebracht:

Zweck des Gesetzes ist es zu verhindern, daß ein Beamter auf Grund der Ausübung einer Nebenbeschäftigung in Situationen gerät, in denen seine Fähigkeit zur unparteiischen Entscheidung gehemmt sein könnte, und daß eine solche Beschäftigung dem von der dienstlichen Tätigkeit des Beamten berührten Personenkreis Anlaß gibt, an der Objektivität der Amtsführung Zweifel zu hegen. Ergibt sich dies schon aus der unbestrittenen Art der Dienstverwendung einerseits und der Nebenbeschäftigung andererseits, so besteht auch keine Verpflichtung der Behörde zur Durchführung eines weiteren Ermittlungsverfahrens.

Das bedeutet aber nur, daß hinsichtlich des Vorliegens des Tatbestandes nach § 3 Abs. 1 lit. a NBG bei einer solchen Sachlage keine weiteren Ermittlungen durchzuführen sind. Ungeachtet dessen ist die Behörde aber verpflichtet zu prüfen, ob sich die Gründe für die Versagung der Nebenbeschäftigung nicht durch Maßnahmen nach § 3 Abs. 2 lit. a NBG beseitigen lassen.

Die belangte Behörde stützt die Untersagung der Nebenbeschäftigung des Beschwerdeführers - wie bereits ausgeführt - zweifelsfrei auf den Tatbestand "Vermutung der Befangenheit". Die primär zu prüfende Frage ist daher, ob die belangte Behörde zu Recht diese "Vermutung der Befangenheit" im Beschwerdefall bei der Ausübung der Nebenbeschäftigung durch den Beschwerdeführer, bezogen auf seine dienstlichen Aufgaben, angenommen hat oder nicht. Bereits auf Grund der Meldung des Beschwerdeführers und des daran anschließend geführten Verwaltungsverfahrens ist - entgegen dem Beschwerdevorbringen - von der Erwerbsmäßigkeit der beantragten Nebenbeschäftigung auszugehen. Ebenfalls aus dem Verwaltungsverfahren, insbesondere schon auf Grund der eigenen Meldung des Beschwerdeführers vom 5. März 1996, steht fest, daß der Beschwerdeführer die Ausübung seiner Nebenbeschäftigung im unmittelbaren Zusammenhang mit seinem dienstlichen Wirkungsbereich zu entfalten beabsichtigt, weil nur so der behauptete Zusammenhang mit "Weiterbildung" als auch "Kundennähe" gesehen werden kann. Nach der Stellungnahme des Vorgesetzten des Beschwerdeführers, die von der belangten Behörde nach der Begründung des angefochtenen Bescheides nach Einräumung des Parteiengehörs "übernommen" worden ist, steht - unbestritten - fest, daß der Beschwerdeführer in wasserrechtlichen Verfahren als wasserbautechnischer Sachverständiger und auch bei der Abwicklung von Förderungen (Bauüberwachung, Endabrechnung) eingesetzt wird. Die vom Beschwerdeführer geplante Nebenbeschäftigung in den Bereichen Kulturtechnik und Wasserwirtschaft in Form beratender Tätigkeit, der Bauleitung und Projektierung läßt nach Auffassung des Vorgesetzten des Beschwerdeführers Interessenskonflikte und Befangenheiten erwarten, weil der Beschwerdeführer eigene Projekte, Baustellen und Honorarnoten zu beurteilen und zu bearbeiten hätte oder dies von seinen Mitarbeitern erledigen lassen müsse.

Dagegen brachte der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme vom 30. Mai 1996 inhaltlich nichts Entscheidendes vor. Er meinte lediglich, daß eine genauere Präzisierung seiner Tätigkeiten nicht mehr möglich sei und eine Unvereinbarkeit zwischen seiner Tätigkeit im Amt und seiner Nebenbeschäftigung deshalb nicht gegeben sein werde, weil genügend andere Sachbearbeiter zur Verfügung stünden, welche Projekte, an denen der Beschwerdeführer in Ausübung seiner Nebenbeschäftigung beteiligt gewesen sei, begutachten könnten.

Bereits aus diesen Ausführungen des Beschwerdeführers selbst folgt, daß eine konkrete Nahebeziehung zwischen seinen Dienstpflichten und der von ihm angestrebten bzw. ausgeübten Nebenbeschäftigung besteht. Diese Ausführungen zeigen, daß nicht bloß die Vermutung einer Befangenheit des Beschwerdeführers besteht, sondern seine konkrete Befangenheit durch die Ausübung der Nebenbeschäftigung nicht ausgeschlossen ist.

Die belangte Behörde ist daher im Sinne der vorher wiedergegebenen Rechtsprechung zu Recht davon ausgegangen, daß der Untersagungsgrund "Vermutung einer Befangenheit" vorliegt. Sie hat aber offenbar in Verkenntung der Rechtslage überhaupt nicht geprüft, ob sich die Gründe für diese "Vermutung der Befangenheit" im Sinne des § 3 Abs. 2 lit. a NBG nicht doch beseitigen ließen.

Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufzuheben.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Pauschalierungsverordnung BGBl. Nr. 416/1994. Die Abweisung des Mehrbegehrens betrifft die geltend gemachte Umsatzsteuer, die im pauschalierten Schriftsatzaufwand enthalten ist, und zuviel geltend gemachte Stempelmarken.

Für das fortzusetzende Verfahren wird im Hinblick auf die Ausführungen sowohl der belangten Behörde als auch des Beschwerdeführers bemerkt, daß das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis nur dort durch Vereinbarungen gestaltbar ist, wo derartiges ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist (vgl. beispielsweise Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. November 1994, Zl. 93/12/0305, oder vom 24. April 1996, Zl. 95/12/0298). Die Regelung über die Nebenbeschäftigung im Kärntner Landesdienstrecht enthält nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes keine derartigen Ansatzpunkte.