

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

25.05.2005

**Geschäftszahl**

2002/09/0083

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Graf und die Hofräte Dr. Händschke, Dr. Blaschek, Dr. Rosenmayr und Dr. Bachler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Lier, über die Beschwerde des N in W, vertreten durch Dr. Walter Riedl, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Franz Josefs-Kai 5, gegen den Bescheid der Disziplinaroberkommission beim Bundesministerium für öffentliche Leistung und Sport vom 18. Dezember 2001, Zl. 97/9-DOK/01, betreffend Verhängung der Disziplinarstrafe der Geldstrafe, zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird im Umfang seiner Anfechtung, nämlich insoweit die Berufung des Beschwerdeführers gegen Spruchpunkt 1.3. des erstinstanzlichen Disziplinarerkenntnisses abgewiesen wurde, sowie in seinem Strafausspruch, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

Mit Disziplinarerkenntnis vom 3. Juli 2001 hat die Disziplinarcommission beim Bundesministerium für Inneres - nach durchgeführter mündlicher Verhandlung - den Beschwerdeführer wie folgt für schuldig erkannt:

"1. BzI N ist schuldig:

1.1. er ist seit zumindest 19.10.1997 - dem Zeitpunkt von EKIS-Anfragen durch den Beschuldigten über V, 1978 geb., serb. Stbg. - über die Ausschreibung seiner damaligen Freundin bzw. Lebensgefährtin, seit 1998 Ehegattin, wegen Aufenthaltsverbotes in Kenntnis gewesen und hat es unterlassen, dies unverzüglich der Dienstbehörde zwecks Maßnahme zu melden oder allenfalls selbst in Form einer Festnahme etc. tätig zu werden,

er hat dadurch Dienstpflichtverletzungen gem. §§ 43 Abs. 1 und 2 BDG i.V.m. § 91 BDG 1979 i.d.g.F. begangen,

1.2. er hat unbefugt am 19.10.1997, 31.10.1997, 16.11.1997 und 16.12.1997 über V EKIS-Anfragen gestellt und zwar am 19.10.1997 mit Geburtszeitraum 00.00.1978 bis 31.12.1980, Personenfahndung, Personeninformation, kriminalpolizeilicher Aktenindex, erkennungsdienstliche Evidenz bzw. mit Geburtsdatum ...1978 Strafregisterauskunft (SA), Fremdeninformation, am 31.10.1997 mit Geburtszeitraum 00.00.1978 bis 31.12.1980 erkennungsdienstliche Evidenz bzw. mit Geburtsdatum ...1978 Strafregisterauskunft (SA), Personenfahndung, Personeninformation, kriminalpolizeilicher Aktenindex, Fremdeninformation, am 16.11.1997 mit Geburtsdatum ...1978 Strafregisterauskunft (SA), Personenfahndung, Personeninformation, kriminalpolizeilicher Aktenindex, erkennungsdienstliche Evidenz und Fremdeninformation und am 16.12.1997 mit Geburtszeitraum 00.00.1978 - 31.12.1980 und mit Geburtsdatum ...1978 erkennungsdienstliche Evidenz,

er hat dadurch Dienstpflichtverletzungen gem. §§ 43/1, 2 BDG, Datenschutzerlass vom 12.10.1994, Zl. P 400/1/EDV/94, i.V.m. Gemeinsame Fahndungsvorschrift des BMF, BMJ und BMI vom 25.7.1984, §§ 1, 7 ff Datenschutzgesetz vom 18.10.1978 i.d.g.F., § 9 Datenschutzverordnung i.V.m. § 91 BDG 1979 i.d.g.F. begangen,

1.3. er ist seit etwa April/Mai 1998 bis etwa Oktober 1998 als 'Sicherheitsbeauftragter' in der Diskothek 'D', W, Hstraße, Inhaber B, tätig gewesen und hat es unterlassen diese erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung der Dienstbehörde unverzüglich zu melden,

und hat dadurch eine Dienstpflichtverletzung gemäß § 56 Abs. 3 BDG i.V.m. § 91 BDG 1979 i.d.G.F. begangen."

Wegen dieser Dienstpflichtverletzungen verhängte die genannte Disziplinarkommission über den Beschwerdeführer gemäß § 92 Abs. 1 Z 3 BDG 1979 die Disziplinarstrafe der Geldstrafe in Höhe von vier Monatsbezügen unter Ausschluss der Kinderzulage.

Hingegen wurde der Beschwerdeführer mit dem genannten Disziplinarerkenntnis von weiteren unter den Spruchpunkten 2.1., 2.2. und 2.3. näher umschriebenen Vorwürfen gemäß § 126 Abs. 2 iVm § 95 Abs. 3 BDG 1979 freigesprochen.

Zum - aus Sicht des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens allein relevanten - Schuldspruch nach Spruchpunkt 1.3. führte die Disziplinarkommission erster Instanz nach Darstellung der Aussage des Beschwerdeführers (die er in der mündlichen Verhandlung vor dieser Disziplinarkommission abgelegt hatte) und des Ergebnisses einer Einvernahme des B (die am 14. Oktober 1997, aber nicht vor der Disziplinarkommission erster Instanz stattgefunden hatte) im Wesentlichen aus, für die Meldpflicht einer erwerbsmäßigen Nebenbeschäftigung sei es entscheidend, ob der Beamte durch diese Tätigkeit die Schaffung nennenswerter Einkünfte bezwecke; die einkommensrechtliche "Versorgungsgrenze" für derartige Einkünfte liege bei ca. S 10.000,-- die Disziplinarkommission erster Instanz sei zur Ansicht gekommen, dass der Beschwerdeführer im Zeitraum April bis Oktober 1998 einer meldepflichtigen erwerbsmäßigen Nebenbeschäftigung nachgegangen sei und die gemäß § 56 Abs. 3 BDG 1979 geforderte Meldung "schuldhaft" unterlassen habe.

Gegen dieses erstinstanzliche Disziplinarerkenntnis erhob der Beschwerdeführer im Umfang des Schuldspruches und des Strafausspruches Berufung.

Auch der Disziplinaranwalt(-Stellvertreter) erhob im Umfang des Freispruches nach den Spruchpunkten 2.1. und 2.2. und hinsichtlich des Strafausspruches (weil die Disziplinarstrafe der Entlassung hätte verhängt werden müssen) Berufung.

Der Beschwerdeführer hat zur Berufung des Disziplinaranwaltes(-Stellvertreter) mit Schriftsatz vom 21. August 2001 Gegenausführungen erstattet.

Mit dem vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid vom 18. Dezember 2001 wurde über diese Berufungen in nichtöffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

"Der Berufung des Beschuldigten wird insofern stattgegeben, als der Beschuldigte von den gegen ihn erhobenen Vorwürfen zu Spruchpunkt 1.1 des erstinstanzlichen Disziplinarerkenntnisses gemäß § 126 Abs. 2 BDG 1979, zu Spruchpunkt 1.2 des erstinstanzlichen Disziplinarerkenntnisses gemäß § 94 Abs. 1a iVm § 126 Abs. BDG 1979 freigesprochen wird und die über ihn gemäß § 92 Abs. 2 Z 3 BDG 1979 verhängte Geldstrafe auf die Höhe eines Monatsbezuges herabgesetzt wird. Hinsichtlich des Spruchpunktes 1.3 des erstinstanzlichen Disziplinarerkenntnisses wird die Berufung des Beschuldigten gemäß § 66 Abs. 4 AVG iVm § 105 BDG 1979 abgewiesen und das erstinstanzliche Disziplinarerkenntnis bestätigt.

II. Die Berufung des Stellvertreters des Disziplinaranwaltes wird hinsichtlich der Spruchpunkt 2.1 und 2.2 sowie hinsichtlich der Strafbemessung gemäß § 66 Abs. 4 AVG iVm § 105 BDG 1979 abgewiesen und das erstinstanzliche Disziplinarerkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass der Beschuldigte von diesen Vorwürfen gemäß § 94 Abs. 1a iVm § 126 Abs. 2 BDG 1979 freigesprochen wird.

Dem Beschuldigten aufzuerlegende Kosten des Berufungsverfahrens sind nicht erwachsen."

Hinsichtlich der Abweisung der Berufung des Beschwerdeführers gegen Spruchpunkt 1.3. führte die belangte Behörde in der Begründung des angefochtenen Bescheides aus, die Tätigkeit des Beschwerdeführers als "Sicherheitsbeauftragter" in der Diskothek "D" sei auf Erzielung eines nennenswerten Einkommens gerichtet gewesen; der Beschwerdeführer habe in den Monaten April und Mai 1998 über S 30.000,-- erhalten. Bei der Qualifikation dieser Tätigkeit komme es auf ein formelles arbeitsrechtliches Verhältnis nicht an, sondern es sei nur auf die Erwerbsabsicht abzustellen. Die Aussage des Zeugen B habe der Beschwerdeführer im Verfahren nicht ausdrücklich bestritten; auf die Einvernahme dieses Zeugen sei im erstinstanzlichen Verfahren verzichtet worden. Die Tätigkeit des Beschwerdeführers sei somit als meldepflichtige Nebenbeschäftigung im Sinne des § 56 Abs. 3 BDG 1979 zu qualifizieren. Die Meldung dieser Nebenbeschäftigung habe der Beschwerdeführer "vorsätzlich unterlassen"; es sei ihm nämlich zuzumuten gewesen, dass er der Meldepflicht "gegebenenfalls entspricht". Auch wenn er nicht dem rechtskundigen Dienst angehöre, habe er doch anlässlich seiner Ausbildung als Beamter die dienstrechtlichen Bestimmungen kennen müssen. Da von seiner Kenntnis der Bestimmung des § 56 BDG 1979 auszugehen sei, habe er es für möglich gehalten und sich offensichtlich damit abgefunden durch die Nichtmeldung seiner Nebenbeschäftigung eine Dienstpflichtverletzung zu begehen. Seine (auch in der Berufung vorgebrachte) Verantwortung, er hätte die Zuwendungen des Bosnjak für Geschenke eines guten Freundes gehalten, sei "als Schutzbehauptung zu werten". Der Schuldspruch im Sinne von Spruchpunkt 1.3. des erstinstanzlichen Disziplinarerkenntnisses sei daher zu bestätigen.

Über die gegen diesen Bescheid - im Umfang des Schuldspruches nach Spruchpunkt 1.3. des erstinstanzlichen Disziplinarerkenntnisses und hinsichtlich des Strafausspruches - erhobene Beschwerde hat der Verwaltungsgerichtshof erwo-gen:

Der Beschwerdeführer macht in der Beschwerde geltend, die belangte Behörde habe nicht begründet, auf welche Beweisergebnisse sie die zu seinem Nachteil getroffenen Feststellungen (nämlich er sei Sicherheitsbeauftragter gewesen, und er habe die angenommene Meldepflicht vorsätzlich verletzt) stütze. Die Qualifizierung seiner Verantwortung als "Schutzbehauptung" sei nicht genügend begründet. Der Zeuge B sei nicht geladen worden; weder die Disziplinarkommission erster Instanz noch die belangte Behörde hätten sich von diesem Zeugen ein persönliches Bild gemacht.

Schon diese Ausführungen führen die Beschwerde zum Erfolg.

Die im Beschwerdefall maßgebenden Bestimmungen des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979 (BDG 1979) lauten:

"Verhandlung in Abwesenheit des Beschuldigten und Absehen von der mündlichen Verhandlung

§ 125a. (1) Die mündliche Verhandlung vor dem Disziplinarsenat kann ungeachtet eines Parteienantrages in Abwesenheit des Beschuldigten durchgeführt werden, wenn der Beschuldigte trotz ordnungsgemäß zugestellter Ladung nicht zur mündlichen

Verhandlung

erschienen ist, sofern er nachweislich auf diese Säumnisfolge hingewiesen worden ist.

(2) Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem Disziplinarsenat kann ungeachtet eines Parteienantrages Abstand genommen werden, wenn der Sachverhalt infolge Bindung an die dem Spruch eines rechtskräftigen Urteils eines Strafgerichtes

oder eines Straferkenntnisses eines unabhängigen Verwaltungssenates zugrunde

gelegte Tatsachenfeststellung hinreichend geklärt ist.

(3) Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor der Disziplinaroberkommission kann ungeachtet eines Parteienantrages Abstand genommen werden, wenn

1. die Berufung zurückzuweisen ist,
2. die Angelegenheit an die erste Instanz zu verweisen ist,
3. ausschließlich über eine Berufung gegen die Auferlegung eines Kostenersatzes zu entscheiden ist,
4. sich die Berufung ausschließlich gegen die Strafbemessung richtet oder
5. der Sachverhalt nach der Aktenlage in Verbindung mit der Berufung geklärt erscheint.

(4) In den Fällen des Abs. 1 ist vor schriftlicher Erlassung des Disziplinarerkenntnisses dem Beschuldigten Gelegenheit zu geben, von

dem Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen.

Disziplinarerkenntnis

§ 126. (1) Wenn eine mündliche Verhandlung durchgeführt wurde, hat die Disziplinarkommission bei der Beschlussfassung über das Disziplinarerkenntnis nur auf das, was in der mündlichen Verhandlung vorgekommen ist, sowie auf eine allfällige Stellungnahme des Beschuldigten gemäß § 125a Abs. 4 Rücksicht zu nehmen. Dies gilt auch für die Disziplinaroberkommission, wenn eine mündliche Verhandlung durchgeführt worden ist.

(2)...

(3)...

(4)..."

Die belangte Behörde hat von der Durchführung einer mündlichen Berufungsbehandlung Abstand genommen, weil sie die Voraussetzungen im Sinne des § 125a Abs. 3 Z 5 BDG 1979 als erfüllt angenommen hat.

Die belangte Behörde durfte jedoch den Sachverhalt im Sinne dieser Gesetzesstelle dann nicht als nach der Aktenlage hinreichend geklärt ansehen (und demnach nicht von einer mündlichen Berufungsverhandlung absehen), wenn die erstinstanzliche Beweiswürdigung in der Berufung substantiiert bekämpft wird oder der Berufungsbehörde ergänzungsbedürftig oder in entscheidenden Punkten nicht richtig erscheint, wenn rechtlich relevante Neuerungen vorgetragen werden oder wenn die Berufungsbehörde ihre Entscheidung auf zusätzliche Ermittlungsergebnisse stützen will (vgl. zu den als Auslegungsgrundlage heranzuziehenden inhaltlich entsprechenden Bestimmungen des Art. II Abs. 2 Z 43a EGVG etwa die hg. Erkenntnisse vom 23. Jänner 2003, Zl. 2002/20/0533, und vom 9. November 2004, Zl. 2003/01/0452 sowie das hg. Erkenntnis vom 29. November 2000, Zl. 2000/09/0079).

Im Beschwerdefall war der Sachverhalt (betreffend den verbliebenen Schuldspruch nach Spruchpunkt 1.3) jedoch schon deshalb nicht - wie die belangte Behörde zu Unrecht angenommen hat - im Sinne des § 125a Abs. 3 Z 5 BDG 1979 als "geklärt" anzusehen, weil das vom Beschwerdeführer mit Berufung bekämpfte erstinstanzliche Disziplinarerkenntnis zu diesem Schuldspruch weder Sachverhaltsfeststellungen noch eine Begründung enthält, beschränkte die Bescheidbegründung der Unterinstanz sich doch darauf, insoweit nur

Beweisergebnisse und die Rechtslage (in allgemeiner Hinsicht) zu referieren und danach die "Ansicht" zu bekunden, wonach der Beschwerdeführer es "schuldhaft" unterlassen habe, hinsichtlich einer meldepflichtigen erwerbsmäßigen Nebenbeschäftigung die geforderte Meldung zu erstatten. In seiner Berufung hat der Beschwerdeführer jedoch ausdrücklich zu Spruchpunkt 1.3. die subjektive Tatseite bestritten sowie auch das Fehlen jeglicher Feststellungen und einer Begründung geltend gemacht. Auch das Vorliegen einer meldepflichtigen Nebenbeschäftigung hat der Beschwerdeführer in sachverhältnismäßiger Hinsicht bestritten (bzw. dazu gegenteilige Behauptungen vorgebracht).

Die belangte Behörde konnte ohne Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung die - von der Unterinstanz unterlassenen - Sachverhaltsfeststellungen (zum Nachteil des Beschwerdeführers) nicht treffen. Sie hätte das Vorliegen der im verbliebenen Schuldspruch angelasteten Handlungen bzw. Unterlassungen zufolge des § 126 Abs. 1 BDG 1979 und des darin verankerten Unmittelbarkeitsgrundsatzes nicht nach der Aktenlage, sondern ausschließlich auf Grund von Ergebnissen beurteilen dürfen, die in einer von ihr unmittelbar durchgeführten - vom Beschwerdeführer in seinem Rechtsmittel zudem ausdrücklich beantragten - mündlichen Verhandlung vorgekommen sind (vgl. hierzu etwa die hg. Erkenntnisse vom 15. September 2004, Zl. 2003/09/0017, und vom 21. Jänner 2005, Zl. 2003/09/0092). Die Verantwortung des Beschwerdeführers hat die belangte Behörde ebenfalls unter Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes als "Schutzbehauptung" qualifiziert.

Nach dem Gesagten war der angefochtene Bescheid hinsichtlich seines verbliebenen Schuldspruches gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben. Dies zieht notwendiger Weise auch die Aufhebung des Strafausspruches nach sich.

Die Entscheidung über den Aufwändersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwändersatzverordnung 2003.

Wien, am 25. Mai 2005