

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

25.09.2019

Geschäftszahl

Ra 2019/09/0062

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rosenmayr sowie die Hofräte Dr. Doblinger, Dr. Hofbauer, Mag. Feiel und die Hofrätin Mag. Rossmeisel als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Hotz, über die außerordentliche Revision des X Y in Z, vertreten durch die Fröhlich Kolar-Syrmas Karisch Rechtsanwälte GbR in 8010 Graz, Sackstraße 15/I, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts

vom 27. Februar 2019, W146 2202801-1/10E, betreffend Disziplinarstrafe der Entlassung nach dem Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Disziplinarkommission beim Bundesministerium für Inneres; weitere Partei: Bundesminister für Inneres), zu Recht erkannt:

Spruch

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

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

Begründung

1 Der im Jahr 1960 geborene Revisionswerber stand bis zu der mit dem angefochtenen Erkenntnis ausgesprochenen Entlassung als Polizist im Dienstgrad eines Kontrollinspektors in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Zuletzt war der Revisionswerber als zweiter stellvertretender Kommandant in einer Polizeiinspektion eingesetzt und unter anderem mit den Sachbereichen Beschwerdeangelegenheiten, Verkehrsdienst und Dienstplanung betraut.

2 Mit Disziplinarerkenntnis der im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht belangten Behörde vom 23. Juli 2018 wurde der Revisionswerber wie folgt schuldig gesprochen (Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Der (Revisionswerber) ist gemäß § 126 Abs. 2 BDG (1979) schuldig: Er hat vom 08. Juli 2017, ca. 13:00 Uhr bis 09. Juli 2017, ca. 03:00 Uhr, im Außendienst und in Uniform - teilweise gemeinsam mit GrInsp FR und während eines beträchtlichen Teils des Tages in Anwesenheit einer in den praktischen Außendienst einzuweisenden Polizeipraktikantin (Polizeischülerin) - seine dienstlichen Aufgaben entgegen der Dienstaufträge DE-Nr. 01775/2017 und DE-Nr. 01778/2017 gröblich vernachlässigt und dadurch seine Dienstpflichten verletzt und zwar:

1. Er hat sich im Zeitraum von ca. 13:00 bis 15:00 Uhr
 - a. ohne dienstlichen Grund am Privatanwesen des AH in L aufgehalten und
 - b. in diesem Zeitraum sechs Getränke (Holundersaft und Weißweinsmischungen) und eine Jause konsumiert, welche er unentgeltlich angenommen hatte.
2. Er hat sich von ca. 16:00 bis 19:30 Uhr (bis 17:50 Uhr gemeinsam mit GrInsp FR sowie der Polizeipraktikantin) im ‚Laufhaus L‘ aufgehalten, obwohl es dienstlich für maximal 20 Minuten notwendig war und
 - a. die Prostituierte ‚Melinda‘ aufgefordert, mit ihm aufs Zimmer zu gehen, was von ihr wegen ihres freien Tages abgelehnt wurde;
 - b. nach Einnahme eines Potenzmittels (Jelly), die Leistungen der Prostituierten ‚Black Diamond‘, entgeltlich, in Anspruch genommen und

c. seinen Einsatzgurt samt geladener Dienstwaffe ‚Glock 17‘ abgelegt und sich nicht weiter darum gekümmert, sodass dieser von der Polizeipraktikantin gesichert werden musste.

3. Er hat sich während des Aufenthaltes im Laufhaus gegenüber der Polizeipraktikantin eines diskriminierenden und Frauen als Sexualobjekte darstellenden Sprachgebrauchs bedient, indem er im Laufhaus,

a. wiederholt sagte ‚dass es schon ein paar fesche Katzen da gebe, eine aber besonders geil sei‘,

b. sie fragte, welche ‚Vorlieben‘ sie denn hätte und dass der Besitzer des Laufhauses ein ‚Tier‘ sei und sie ihn doch ‚geil‘ finden müsse,

c. ihr gegenüber andeutete, dass sie mit einer der Prostituierten ins Zimmer gehen solle und

d. dass er es der Pornodarstellerin ‚so richtig geben‘ werde.

4. Er hat es unterlassen, die Anweisung der Bezirksleitstelle, im LKH W einen Alkotest bei einem Kraftfahrzeuglenker (durchzuführen), der im Verdacht stand alkoholisiert ein Kraftfahrzeug gelenkt und einen Verkehrsunfall mit Personenschaden verursacht zu haben, zu befolgen und diese Amtshandlung nicht übernommen.

5. Er hat es unterlassen, einen ab 18:00 Uhr angeordneten Verkehrsüberwachungsdienst (Verkehrsregelung beim Rathaus in L), durchzuführen.

6. Er hat es unterlassen, den angeordneten Dienst in der Bezirksleitstelle L um 19:00 Uhr pünktlich anzutreten (Dienstantritt: nach 19:30 Uhr).

7. Er hat während seines Dienstes in der Bezirksleitstelle L, in der Zeit von ca. 19:30 bis 03:00 Uhr,

a. die Anfrage einer Außendienststreife, nach Priorisierung einer Person wegen Suizid-Ankündigung, nicht bearbeitet,

b. es ab 20:00 Uhr unterlassen, das Leitstellenprotokoll zu führen."

3 Der Revisionswerber habe dadurch seine Dienstpflichten nach § 43 Abs. 1 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (BDG 1979), nämlich seine dienstlichen Aufgaben gewissenhaft, treu und unter Beachtung der geltenden Rechtsordnung zu erfüllen, § 43 Abs. 2 BDG 1979 - teilweise in Verbindung mit § 8a B-GlBG -, nämlich in seinem gesamten Verhalten darauf Bedacht zu nehmen, dass das Vertrauen der Allgemeinheit in die sachliche Wahrnehmung seines Amtes erhalten bleibe, § 43a BDG 1979, nämlich Mitarbeitern mit Achtung zu begegnen, § 44 Abs. 1 BDG 1979, teilweise in Verbindung mit dem Erlass BMI-0A1300/0071-II/1/b/2014, nämlich die Weisungen seiner Vorgesetzten zu beachten, § 45 Abs. 1 BDG 1979, nämlich seine Aufgaben als Vorgesetzter gegenüber Mitarbeitern zu erfüllen, § 48 Abs. 1 BDG 1979, nämlich die im Dienstplan angeordneten Dienststunden einzuhalten und § 59 Abs. 1 BDG 1979, nämlich im Hinblick auf seine amtliche Stellung kein Geschenk, oder einen anderen Vermögensvorteil anzunehmen oder zu fordern, gemäß § 91 BDG 1979 schuldhaft verletzt, weshalb über ihn gemäß § 92 Abs. 1 Z 3 BDG 1979 die Disziplinarstrafe der Geldstrafe in der Höhe von 15.000 Euro verhängt wurde. Von weiteren Vorwürfen wurde der Revisionswerber gemäß §§ 118 Abs. 1 Z 3, 126 Abs. 2 BDG 1979 freigesprochen.

4 Die Disziplinarcommission führte dazu begründend aus, dass ein gegen den Revisionswerber geführtes Strafverfahren wegen § 302 StGB - wobei der strafgerichtliche Vorwurf mit dem vierten Punkt des Disziplinarerkenntnisses korrespondiere - am 12. Juli 2018 gemäß § 200 Abs. 5 StPO eingestellt worden sei.

Weiters ging sie von folgendem Sachverhalt aus:

"Vorbemerkungen:

Während der zweijährigen Grundausbildung für den Polizeidienst gibt es für die Polizeischüler zwei Praxisphasen, in denen sie größeren Polizeidienststellen zugewiesen werden. Sie werden dann gemeinsam mit zumindest zwei erfahrenen Beamten zum Außendienst eingeteilt; der Zweck liegt darin, die angehenden Polizisten in die Praxis der Polizeiarbeit einzuweisen. Die Polizeipraktikantin Asp. HS absolvierte gemäß Befehl der LPD S, GZ P6/26486/2017, vom 24.04.2017, in der (Polizeiinspektion) ihre erste Praxisphase, mit dem Beginn ab 01.06.2017. Am Samstag, dem 08. Juli 2017, waren der (Revisionswerber) und Gruppeninspektor FR gemäß DE-Nr. 01775/2017 und DE-Nr. 01778/2017 zu folgenden Diensten eingeteilt:

a) 07:00 bis 19:00 Uhr Überstunden Außendienst (Uniform)

b) 19:00 bis 07:00 Uhr Überstunden/JD Besetzung der Bezirksleitstelle (Uniform)

Zu Punkt 1.

Um ca. 13:00 Uhr fuhr die Streife - das Dienstfahrzeug wurde von Asp. S gelenkt - nach S zum Anwesen von JH, weil der (Revisionswerber) Leberkäse kaufen wollte. Die Beamten und die Aspirantin hielten sich bis ca. 15:00 Uhr dort auf; der (Revisionswerber) konsumierte in dieser Zeit ca. 6 Getränke, darunter auch 2-3 Weißweinsmischungen, sowie eine Jause. Die Beamten bezahlten dafür nichts und boten auch keine Bezahlung an.

Zu Punkt 2. und 3.

Danach teilte der (Revisionswerber) der Aspirantin mit, dass sie beim nächsten Einsatz im Laufhaus L nicht dabei sein könne. Die Praktikantin bestand aber darauf - gemäß dem Dienstauftrag - bei der Streife dabei zu sein, was von den Beamten schließlich akzeptiert wurde. Gegen 16:00 Uhr fuhr die Streife zum

Laufhaus in L, wobei das Dienstfahrzeug von GrInsp FR gelenkt wurde. Nach dem Eintreffen stellten sie das Polizeifahrzeug im hinteren Bereich des Parkplatzes ab und gingen in Uniform in das Laufhaus. Nachdem der (Revisionswerber) bereits beim Betreten des Laufhauses auf die dort vorhandenen ‚freschen Katzen‘ verwiesen hatte, wurde die Streife von der Prostituierten ‚Melinda‘ empfangen. Er fragte sie sogleich wörtlich: ‚Gehen wir aufs Zimmer?‘, was von ihr wegen ihres freien Tages jedoch abgelehnt wurde. Beide Beamten sprachen sodann weiter mit der Frau, wobei es sich um keinerlei dienstlichen Kontext handelte. Mit der inzwischen hinzugekommenen Prostituierten ‚Cleo‘ wurde sodann darüber verhandelt, wie viel ‚die Dame kostet‘. Mit dem Hinweis, dass er sich nicht mehr leisten könne, bezahlte GrInsp R bei der Bankomatkassa für eine halbe Stunde und ging mit der Frau aufs Zimmer. Währenddessen unterhielten sich (der Revisionswerber) und der inzwischen hinzugekommene Geschäftsführer des Laufhauses JF, über die Pornodarstellerin ‚Black Diamond‘, die ihm schließlich vorgeführt wurde. Die nur Englisch sprechende Frau sagte, dass sie Angst vor der Waffe habe und ging dann wieder. Nach entsprechender Aufforderung wurde ihm von einer Prostituierten ein Potenzmittel (Jelly) verabreicht, welches ihm aus einer Tüte in den Mund gedrückt wurde. Danach legte der (Revisionswerber) seinen Einsatzgurt samt Waffe ab, ließ ihn achtlos liegen und ging mit der Prostituierten ‚Black Diamond‘ ins Zimmer. Für die Inanspruchnahme der Leistungen der Prostituierten bezahlte er einmal EUR 120,-- und einmal EUR 50,--. Die Aspirantin S nahm die Dienstwaffe, bzw. den Einsatzgurt an sich, verwahrte ihn und verbrachte ihn später zur Dienststelle.

Während seines Aufenthaltes im Laufhaus verwies er gegenüber der Praktikantin darauf, wie ‚geil‘ der Betreiber sei und versuchte dadurch sinngemäß sie zu sexuellen Handlungen mit ihm, bzw. mit einer Prostituierten zu animieren. Er bediente sich dabei eines sexualisierten Sprachgebrauchs, verwies wiederholt auf ‚die freschen Katzen‘ und dass er es der Pornodarstellerin ‚Black Diamond‘ so richtig geben werde.

Der (Revisionswerber) konsumierte während seines Aufenthaltes im Laufhaus insgesamt fünf Flaschen Bier (0,3 lt), welche er gegen Bezahlung selbst aus einem Automaten bezog. Gegen 17:50 Uhr verließen GrInsp R und Asp. S das Laufhaus, um einen angeordneten Einsatz (Verkehrsregelung) in L zu übernehmen. (Der Revisionswerber) verblieb weiterhin im Laufhaus. Nach 18:20 Uhr gab es ein Telefongespräch zwischen dem (Revisionswerber) und der Asp. S, in welchem er sagte, dass er noch bleibe und ‚es nochmal angehen werde‘. Er wurde erst um 19:30 Uhr von einer Zivilstreife der (Polizeiinspektion) abgeholt und zur PI gebracht.

Zu Punkt 4.

Am 08. Juli 2017, um ca. 14:45 Uhr ereignete sich in K ein VU mit Personenschaden, bei dem ein Motorradfahrer zu Sturz kam und verletzt in das Krankenhaus eingeliefert wurde. Nach der Unfallaufnahme der zuständigen PI G ersuchte die ermittelnde Beamtin die (Bezirksleitstelle) die örtlich zuständige Streife mit der Durchführung eines Alkotests beim verunfallten Lenker zu beauftragen. Der diensthabende Beamte der Leitstelle rief um ca. 16:00 Uhr die Polizeipraktikantin S an und wies die Streife an ins LKH W zu fahren und den Lenker zu einem Alkotest gemäß § 5 StVO aufzufordern. Asp. S gab diese Information an den (Revisionswerber) weiter, der diesen Dienstauftrag in seine alleinige Bearbeitung übernahm. Weitere Maßnahmen setzte er jedoch nicht und alle Beamten verblieben im Laufhaus. Weder kümmerte er sich um eine sofortige Umsetzung des Auftrages, noch verständigte er - nachdem er erfahren hatte, dass der Motorradlenker das LKH bereits verlassen hatte - die zuständige PI vom unterbliebenen Alkotest. Die PI G erlangte erst am 09. Juli 2017, um 18:51 Uhr Kenntnis davon.

Zu Punkt 5.

Entgegen eines bereits zuvor bekannten, angeordneten Verkehrsdienstes (Verkehrsregelung) um 18:00 Uhr, beim Rathaus in L (Umzug, bzw. FF-Fest), verblieb der (Revisionswerber) bis ca. 19:30 Uhr im Laufhaus und befolgte diesen Auftrag nicht. Die Verkehrsregelung wurde jedoch von GI R und Asp. S wahrgenommen.

Zu Punkte 6. und 7.

Gemäß Dienstenteilung DE-Nr. 01778/2017 hatte der (Revisionswerber) ab 19:00 Uhr die Bezirksleitstelle L zu besetzen und die Aufgaben dieser Leitstelle (Einsatzabwicklung, Entgegennahme von Notrufen und Anzeigen für den gesamten Bezirk) wahrzunehmen. Er trat diesen Dienst erst, nachdem er von Beamten der (Polizeiinspektion) im Laufhaus abgeholt worden war, um ca. 19:30 Uhr an. Seine Aufgabe war die Besetzung der Einsatzzentrale und die Abwicklung/Koordinierung von Einsätzen im Bezirk L, die Entgegennahme und Weiterleitung von telefonischen Anzeigen, insbesondere auch Notrufen. Die Leitung, bzw. Koordinierung von Einsätzen, war bei diesem Nachtdienst nicht erforderlich; es waren jedoch mehrere Anfragen der Außendienststreifen zu bearbeiten.

Der (Revisionswerber) war - aufgrund seines vorangegangenen Alkoholkonsums - nicht in der Lage, seine Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen. So waren von ihm durchgegebene Funksprüche an die beiden Außendienststreifen L 1 und L 2 unverständlich, bzw. wurde die Sektorstreife L 1 zu einem Einsatz nach Lb beordert, obwohl die tatortzuständige Streife ‚Sektor W‘ einsatzbereit war. Einem Ersuchen um Priorisierung einer Person im PAD, nach einer Suizid-Ankündigung, kam er nicht nach. Er unterließ es ab 20:00 Uhr auch das zwingend vorgeschriebene Einsatzprotokoll zu schreiben und dokumentierte im

Zeitraum von 20:00 bis 03:00 Uhr keine einzige Anzeige, bzw. keinen einzigen Einsatz (so auch nicht die unnötige Anweisung an L 1 nach Lb zu fahren)."

5 Bei der Strafbemessung nahm die Disziplinarcommission das reumütige Geständnis und Belobigungen als Milderungsgründe sowie mehrere Dienstpflichtverletzungen als Erschwerungsgründe an. Fallbezogen führte sie weiter aus, dass insgesamt eine schwere Verletzung essentieller Dienstpflichten vorliege, wobei jene im zweiten und dritten Spruchpunkt als am schwersten wiegende angesehen würden. Schon ein mehrstündiger, dienstlich unbegründeter Aufenthalt uniformierter Polizeibeamter in einem Bordell sei für sich allein betrachtet in höchstem Maße geeignet, das Ansehen des Amtes und das Vertrauen der Öffentlichkeit in eine objektive, rechtstreue und professionelle Polizei, die ihre Aufgaben im Interesse der Bevölkerung ausübe, wesentlich zu beeinträchtigen. Die restlichen Spruchpunkte seien erschwerend zu berücksichtigen gewesen. Die dem Revisionswerber vorzuwerfenden Tathandlungen seien grundsätzlich geeignet, auch eine höhere Strafe, bis hin zu einer Entlassung aus dem öffentlichen Dienst zu tragen. Der erkennende Senat habe davon aber gerade noch Abstand genommen. Zu berücksichtigen sei dabei vor allem das glaubhafte, reumütig vorgetragene Geständnis gewesen. Der sichtlich gezeichnete Revisionswerber habe den Senat davon überzeugen können, dass er die besondere Verwerflichkeit seines Fehlverhaltens eingesehen und aufgearbeitet habe. Er habe sich auch bei der Zeugin für sein Verhalten entschuldigt und - was besonders wesentlich sei - noch vor seiner Suspendierung mit einer Alkoholentzugstherapie begonnen. Dies sei insofern relevant, weil die ihm vorzuwerfenden Tathandlungen ihren Ursprung im Alkoholkonsum und der damit zweifelsfrei einhergehenden Enthemmung an diesem Tag hätten, auch wenn dies nichts an seiner Schuld ändern könne, die der Revisionswerber aber ohnehin voll eingestanden habe. Dieses Problem habe der Revisionswerber offenbar erkannt und daran gearbeitet. Im Hinblick auf die Suspendierung sei auch relevant, dass diese von Amts wegen von der Disziplinarcommission verfügt worden sei. Die Dienstbehörde habe nach Bekanntwerden der Taten keine vorläufige Suspendierung verhängt, wobei der Revisionswerber allerdings ab 12. Juli 2017 im Krankenstand gewesen sei. Der erkennende Senat habe daher davon ausgehen können, dass der Revisionswerber am 8. Juli 2017 zwar massiv, aber in dieser Intensität höchstwahrscheinlich doch einmalig versagt habe und zwar unbeschadet der bereits erfolgten disziplinarischen Verurteilungen, wobei die letzte im Jahr 2009 und die beiden weiteren 2002 und 1995 erfolgt seien. Diese Dienstpflichtverletzungen in der Vergangenheit hätten die Dienstbehörde nicht daran gehindert, den Revisionswerber dennoch mit der Funktion des zweiten Stellvertreters der Polizeiinspektion zu betrauen, sodass das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und der Dienstbehörde offenbar intakt sei. Die bereits getilgten Dienstpflichtverletzungen seien daher nicht geeignet, jenes Gewicht zu entfalten um eine negative Zukunftsprognose abzuleiten und daraus die zwingende Notwendigkeit einer Entlassung zu begründen. Es sei nach dem Ergebnis des Beweisverfahrens und des Eindrucks des erkennenden Senats aufgrund der durchgeführten Verhandlung davon auszugehen, dass dem Revisionswerber der Grad seines Fehlverhaltens bewusst geworden sei und er sich nunmehr seiner besonderen Verantwortung und Stellung als Polizeibeamter klar sei. Von der strengsten Disziplinarstrafe habe daher auch im Hinblick auf seine wirtschaftliche Situation (Unterhaltsleistungen) gerade noch Abstand genommen werden können. Freilich sei sowohl aus spezial- als auch aus generalpräventiven Gründen wegen der besonderen Schwere seiner Dienstpflichtverletzung eine Sanktion zu wählen gewesen, die den Strafraum des § 92 Abs. 1 Z 3 BDG 1979 nahezu zur Gänze ausfülle. Die gewählte Sanktion in der Höhe von 15.000 Euro entspreche ca. 84 % (vier ein Viertel Monatsbezüge) des möglichen Maximalbetrages von 17.800 Euro (fünf Monatsbezüge). Vergleiche man damit nun die gegen den zweiten Beamten verhängte Strafe von ca. drei Monatsbezügen, so bilde die Strafe gegen den Revisionswerber seine besondere Verantwortung als Vorgesetzter und die ihm von der Zahl her mehr anzulastenden Dienstpflichtverletzungen ausreichend ab. Die von der Disziplinarcommission als am schwersten wiegend bewertete Dienstpflichtverletzung, nämlich der Aufenthalt im Bordell und die Inanspruchnahme sexueller Dienste von Prostituierten, sei beiden Beamten anzulasten. Für die von der Disziplinaranwältin beantragte Entlassung bestehe daher auch aus diesem Grund kein Raum mehr, weil die höchste Sanktion - bei im Wesentlichen annähernd gleich schweren Vorwürfen (totale Vernachlässigung des Dienstes über mehrere Stunden) außer Verhältnis zu jener gegen den zweiten Beamten stehen würde.

6 Spezialpräventiv sollte diese Sanktion ausreichen, den Revisionswerber an seine besondere Verantwortung als Polizeibeamter und Führungskraft zu erinnern. Generalpräventiv stelle die durchaus massive Geldstrafe klar, dass an das Verhalten von Polizeibeamten hohe Ansprüche gestellt und verwerfliche Handlungen bzw. die Vernachlässigung des Dienstes zu hohen disziplinarischen Sanktionen führten.

7 Gegen dieses Disziplinarerkenntnis erhob der Stellvertreter des Disziplinaranwaltes Beschwerde, die sich ausschließlich gegen die Art der verhängten Disziplinarstrafe richtete.

8 Mit dem angefochtenen Erkenntnis gab das Bundesverwaltungsgericht nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung der Beschwerde statt und änderte den bekämpften Bescheid dahingehend ab, dass über den Revisionswerber gemäß § 92 Abs. 1 Z 4 BDG 1979 die Disziplinarstrafe der Entlassung verhängt wurde. Die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG erklärte es für nicht zulässig.

9 Auf Sachverhaltsebene stellte es ergänzend fest, dass die diversionelle Einstellung des Strafverfahrens gegen den Revisionswerber gemäß § 200 Abs. 5 StPO gegen Zahlung einer Geldbuße von 2.500 Euro erfolgt sei. Der Revisionswerber sei zweimal belobigt (2001, 2013) und mit Disziplinarerkenntnissen zweimal zu Geldbußen bzw. einmal zu einer Geldstrafe verurteilt (1995, 2007, 2009) worden. Laut Dienstbeschreibung sei er ein "schwieriger Charakter" und eine unmittelbare Verbesserungsfähigkeit derzeit außer Reichweite.

10 Rechtlich führte das Verwaltungsgericht fallbezogen aus, dass im Hinblick auf die Beschwerde lediglich die Strafhöhe verfahrensgegenständlich sei. Das Bundesverwaltungsgericht stimme mit der belangten Behörde darin überein, dass insgesamt eine schwere Verletzung von essentiellen Dienstpflichten vorliege und die Tathandlungen grundsätzlich geeignet seien, eine Entlassung aus dem öffentlichen Dienst zu tragen. Das Verwaltungsgericht sehe jedoch nicht, dass der Revisionswerber die besondere Verwerflichkeit seines Fehlverhaltens eingesehen und aufgearbeitet habe.

11 Die Tätigkeit als Polizist und Ordnungshüter sei von jeher eine grundlegende Tätigkeit um das Funktionieren einer Gesellschaft und von Staaten zu gewährleisten und damit eine wichtige Säule derselben. Angesichts dieser fundamentalen Bedeutung von Sicherheitsbehörden sei auch das Ansehen der Funktionsträger in der Gesellschaft ein hohes und das Vertrauen der Bevölkerung in Österreich liege bei 82 %. Die Sicherheit sei den Menschen ein extrem wichtiges Anliegen und werde der Schutz derselben daher in die Hände von vertrauenswürdigen Personen gelegt. Dieses Vertrauen und Ansehen habe der Revisionswerber durch sein Verhalten in unrühmlicher Weise verspielt. Wären die Vorgänge des 8. Juli 2017 in die Medienlandschaft gelangt - wobei dies keine Voraussetzung für eine Verletzung des § 43 Abs. 2 BDG 1979 darstelle - hätte dies dort zu einem Aufschrei geführt. Das Verhalten des Revisionswerbers zeige eine beispiellose Ignoranz gerade gegenüber jenen Werten, die er zu schützen sich verpflichtet habe. Dabei habe er auch in Kauf genommen, bei seinem "Treiben" von Außenstehenden beobachtet zu werden und so das Ansehen der Polizei schwer zu schädigen. Aber nicht nur das Verhalten an diesem Tag auch sein Verhalten danach werfe kein gutes Licht auf den Revisionswerber. Anstatt sich seiner Taten zu stellen und sich bei den Kollegen, welche er bei der Ausübung ihrer Tätigkeit in Schwierigkeiten gebracht und sie im Stich gelassen habe, zu entschuldigen, verschwinde er in einen mehrwöchigen Krankenstand (seine stationäre Alkoholentziehungskur habe erst am 29. September 2018 begonnen). Das Verhalten des Revisionswerbers in der Verhandlung vor der Disziplarkommission sei angesichts eines aufgrund von technischen Problemen lückenhaften Protokolls schwer erfassbar. Schenke man jedoch den Ausführungen des Disziplinaranwalts Glauben - "und warum sollte man das nicht tun" - sei dies jedoch von Gleichgültigkeit gegenüber den gegen ihn erhobenen Vorwürfen geprägt gewesen. Dass dies aus einer falschen medizinischen Diagnose 14 Tage vor der Verhandlung resultiere, könne denkbar sein, erscheine aber angesichts der schweren Vorwürfe gegen den Revisionswerber als wenig wahrscheinlich.

12 Zutreffend habe die belangte Behörde festgestellt, dass am schwersten die Dienstpflichtverletzung des stundenlangen Aufenthalts des Revisionswerbers im Laufhaus samt sexueller Aktivität, den Äußerungen gegenüber der Polizeischülerin und dem Ablegen der Dienstwaffe wiege. Der Disziplinaranwalt weise zu Recht darauf hin, dass es zu den dienstlichen Aufgaben des Revisionswerbers zähle, die Verwahrung von Waffen durch Waffenbesitzer zu überprüfen. Der sorgsame Umgang mit seiner Waffe gehöre für einen Angehörigen der Polizei zu einer Kernpflicht. Umso schwerer wiege die Dienstpflichtverletzung des Revisionswerbers, seine Waffe außerhalb der Dienststelle ungesichert abzulegen. Obwohl dieser Tatbestand bereits im rechtskräftig gewordenen Spruch des Disziplinarerkenntnisses festgestellt worden sei, habe der Revisionswerber in der Verhandlung vor Gericht behauptet, er habe seine Waffe der Kollegin übergeben. In diesem Lichte erscheine aber seine Behauptung sowie die Einschätzung der Disziplarkommission, wonach er die Verwerflichkeit seines Fehlverhaltens eingesehen habe, diesbezüglich nicht als richtig. Eine volle Schuldeinsicht sehe anders aus.

13 Die Strafsache gegen den Revisionswerber sei gemäß § 200 Abs. 5 StPO endgültig eingestellt worden. In der Sache selbst sei er geständig gewesen, es pflichtwidrig unterlassen zu haben, eine angeordnete Atemluftkontrolle eines Unfalltenkers durchzuführen bzw. Beamte der Polizeiinspektion G über die unterbliebene Durchführung dieser Atemluftkontrolle zu verständigen. Damit habe er den an ihn erteilten Dienstauftrag keiner ordnungsgemäßen Erledigung zugeführt und somit Amtsmissbrauch begangen. Auch in diesem Zusammenhang habe es der Revisionswerber unterlassen, seinen Kernaufgaben als Polizeibeamter nachzukommen. 14 Die unentgeltliche Annahme von Leberkäse und (auch alkoholischen) Getränken während der Dienstzeit und in Uniform durch den Revisionswerber sei amtsbezogen erfolgt, also im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit. Die Zuwendung habe nicht aus besonderen persönlichen Beziehungen resultiert. Wie der Revisionswerber selbst ausgeführt habe, pflege er im Allgemeinen seine privat getätigten Bestellungen zu bezahlen. Von orts- oder landesüblichen Aufmerksamkeiten könne bei der Zuwendung von Lebensmitteln und alkoholischen Getränken ebenfalls nicht gesprochen werden. Gleiches gelte für die Annahme des Potenzmittels "Jelly" durch den Revisionswerber im Laufhaus. Zusammenfassend seien die Disziplinarverstöße in einer Gesamtschau nur als "schwerwiegendst" zu werten. Das Verwaltungsgericht sei daher der Ansicht, dass aufgrund der Schwere der Dienstpflichtverletzungen schon allein aus generalpräventiven Gründen eine Entlassung des Revisionswerbers notwendig erscheine. Darüber hinaus würden die Erschwerungsgründe die Milderungsgründe bei weitem überwiegen.

15 Zu den Milderungs- und Erschwerungsgründen führte das Bundesverwaltungsgericht weiter aus, dass die Disziplarkommission als Milderungsgrund das reumütige Geständnis des Revisionswerbers und dessen Belobigungen gewertet habe. Aus dem Personalakt ergebe sich jedoch, dass in den letzten drei Jahren keine Belobigungen ausgesprochen worden seien. Dem Geständnis könne aufgrund der Sach- und Rechtslage kein entscheidendes Gewicht zukommen. Alle Disziplinarverfehlungen seien durch Zeugenaussagen belegt und habe der Revisionswerber zur Wahrheitsfindung nichts beigetragen, sondern zu Beginn der Erhebungen erklärt, keine klaren Angaben zu den Vorfällen machen zu können. Anlässlich seiner Einvernahme vor dem BAK habe er großteils die gegen ihn erhobenen Vorwürfe bestritten und erst in der Verhandlung vor der Disziplarkommission diese - allerdings mit Erinnerungslücken - gestanden.

16 Als Erschwerungsgründe habe die Disziplinarkommission das Zusammentreffen mehrerer Dienstpflichtverletzungen gewertet. Dazu seien nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts noch weitere Erschwerungsgründe anzuführen. Besonders schwerwiegend erscheine das Begehen der Disziplinarverfehlungen des Revisionswerbers nicht nur in Anwesenheit einer auszubildenden Polizeischülerin, sondern die explizite Aufforderung an diese, selbst solche zu begehen und sexuelle Handlungen in der Dienstzeit auszuführen.

17 Als weiterer Erschwerungsgrund sei das Unterlassen einer angeordneten Amtshandlung anzusehen, nämlich die unterlassene Untersuchung einer möglichen Alkoholisierung eines verunfallten Lenkers. Nicht nur, dass der Revisionswerber es unterlassen habe die angeforderte Messung im Krankenhaus vorzunehmen, habe er auch der zuständigen Streife nicht mitgeteilt, dass dies aufgrund seiner Untätigkeit im Krankenhaus nicht mehr möglich gewesen und der Verunfallte diesbezüglich zuhause anzutreffen sei. 18 Alkoholkonsum sei aufgrund der Allgemeinen Polizeidienstrichtlinie grundsätzlich verboten. Der exzessive Alkoholkonsum des Revisionswerbers während der Dienstzeit und in einer der Öffentlichkeit und den Kollegen wahrzunehmenden Weise stelle somit einen weiteren Erschwerungsgrund dar.

19 Dasselbe gelte für die sexuellen Handlungen des Revisionswerbers während der Dienstzeit und in einer der Öffentlichkeit und den Kollegen wahrnehmbaren Art und Weise. 20 Die mangelhafte Dienstverrichtung des Revisionswerbers im Innendienst stelle einen weiteren Erschwerungsgrund dar. So sei von ihm eine unzuständige Streife aktiviert, dafür die Priorisierung einer suizidgefährdeten Person grundlos unterlassen worden.

21 Das Bundesverwaltungsgericht kam daher zur Ansicht, dass die Erschwerungsgründe im gegenständlichen Fall die Milderungsgründe bei weitem übertreffen würden. Somit sei aber die Entlassung, die aufgrund der Schwere der Dienstpflichtverletzungen schon aus generalpräventiven Gründen auszusprechen sei, gerechtfertigt. Ein Überwiegen von Milderungsgründen liege im gegenständlichen Fall nicht vor. Aufgrund der Schwere der Dienstpflichtverletzungen sei aus generalpräventiver Sicht die Verhängung einer Entlassung erforderlich, um die anderen Bediensteten, die die Dienstpflichtverletzungen hautnah miterlebt hätten, von ähnlichen Dienstpflichtverletzungen abzuhalten. Die Ahndung dieser zahlreichen Dienstpflichtverletzungen eines stellvertretenden Postenkommandanten mit einem Personalstand von 41 Beamten lediglich mit einer Geldstrafe würde ein völlig falsches Signal bezüglich einer korrekten Dienstverrichtung von Polizeibeamten - auch im Hinblick auf die Vorgesetztenfunktion - darstellen.

22 Das Verhalten des Revisionswerbers sei auch im Hinblick auf spezialpräventive Erwägungen gewürdigt worden, so vor allem seine Alkoholentziehungskur. Es bleibe dazu jedoch festzuhalten, dass der Revisionswerber in der Verhandlung selbst ausgeführt habe, schon seit Jahren Alkohol im Dienst konsumiert zu haben. Wenn er auch bei zwei Alkoholkontrollen negativ getestet worden sei, so erscheine sein Verhalten bereits in der Vergangenheit weit von einem vorbildlichen Verhalten entfernt gewesen zu sein. Aufgrund seines jahrelangen Alkoholkonsums in der Dienstzeit sei ein Rückfall in alte Verhaltensmuster auch nicht auszuschließen. 23 Zur Entschuldigung des Revisionswerbers bei der betroffenen Polizeischülerin bleibe anzumerken, dass diese erst im Rahmen der Verhandlung vor der Disziplinarkommission erfolgt sei, somit über ein Jahr nach den Vorfällen. Wäre der Revisionswerber jedoch davon überzeugt gewesen, dass sein Verhalten gegenüber der Polizeischülerin absolut unangemessen gewesen sei, wäre seine Entschuldigung wohl kurz nach den Vorfällen erfolgt und nicht erst im Rahmen der Verhandlung. Der Revisionswerber sei in der Vergangenheit auch bereits dreimal disziplinarrechtlich verurteilt worden.

24 Spezialpräventiven Erwägungen könnten deshalb keine entscheidende Bedeutung zukommen, zumal bei einer Gesamtbetrachtung aller Umstände des gegenständlichen Falls keine Gründe hervorgekommen seien, die ein Absehen von der Entlassung als vertretbar erscheinen ließen. Auch wenn der Revisionswerber seit den Disziplinarverfehlungen abstinenter lebe, stellten sich seine bisherigen dienstlichen Leistungen und Beurteilungen nicht als derart herausragend dar, dass diese für den Revisionswerber einen maßgeblichen positiven Einfluss auf die Strafbemessung haben könnten.

25 Die Zulässigkeit der Revision verneinte das Bundesverwaltungsgericht ohne nähere Begründung mit dem Fehlen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung.

26 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die außerordentliche Revision wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts. Die vor dem Verwaltungsgericht belangte Behörde erstattete eine Revisionsbeantwortung.

27 Der Revisionswerber sieht die Zulässigkeit seiner Revision darin begründet, dass das Bundesverwaltungsgericht die besondere Schwere der Dienstpflichtverletzungen nicht ausreichend begründet habe. Es habe die Milderungsgründe nicht vollständig berücksichtigt und insbesondere durch das Heranziehen von Erschwerungsgründen, die bereits Teil des Urteilstenors gewesen seien, gegen das Doppelverwertungsverbot verstoßen. Zudem habe es das Bundesverwaltungsgericht verabsäumt, eine Prognoseentscheidung zu treffen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

28 Die Revision ist aus den ausgeführten Gründen zulässig und auch begründet.

29 Hinsichtlich der Strafbemessung war im vorliegenden Fall § 93 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (BDG 1979), BGBl. Nr. 333, in der Fassung der Dienstrechtsnovelle 2008, BGBl. I Nr. 147, anzuwenden, der wie folgt lautet:

"Strafbemessung

§ 93. (1) Das Maß für die Höhe der Strafe ist die Schwere der Dienstpflichtverletzung. Dabei ist darauf Rücksicht zu nehmen, inwieweit die beabsichtigte Strafe erforderlich ist, um den Beamten von der Begehung weiterer Dienstpflichtverletzungen abzuhalten oder der Begehung von Dienstpflichtverletzungen durch andere Beamte entgegenzuwirken. Die nach dem Strafgesetzbuch für die Strafbemessung maßgebenden Gründe sind dem Sinne nach zu berücksichtigen; weiters ist auf die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Beamten Bedacht zu nehmen.

(2) Hat der Beamte durch eine Tat oder durch mehrere selbständige Taten mehrere Dienstpflichtverletzungen begangen und wird über diese Dienstpflichtverletzungen gleichzeitig erkannt, so ist nur eine Strafe zu verhängen, die nach der schwersten Dienstpflichtverletzung zu bemessen ist, wobei die weiteren Dienstpflichtverletzungen als Erschwerungsgrund zu werten sind."

30 Zu dieser Vorschrift hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2011, 2011/09/0105, Folgendes grundlegend ausgeführt:

"Zu der nunmehr anzuwendenden Rechtslage ist zu bemerken, dass der erste Satz des § 93 Abs. 1 BDG 1979 durch die Dienstrechts-Novelle 2008 nicht verändert worden ist. Nach wie vor gilt als ‚Maß für die Höhe der Strafe‘ die Schwere der Dienstpflichtverletzung. Dieser Maßstab richtet sich nach dem Ausmaß der Schuld im Sinne der ‚Strafbemessungsschuld‘ des Strafrechtes und für die Strafbemessung ist danach sowohl das objektive Gewicht der Tat maßgebend als auch der Grad des Verschuldens (vgl. die ErläutRV zur Vorgängerbestimmung des § 93 BDG 1979 im BDG 1977, 500 BlgNR 14. GP 83). Das objektive Gewicht der Tat (der ‚Unrechtsgehalt‘) wird dabei in jedem konkreten Einzelfall - in Ermangelung eines typisierten Straftatbestandskatalogs im Sinne etwa des StGB - wesentlich durch die objektive Schwere der in jedem Einzelfall konkret festzustellenden Rechtsgutbeeinträchtigung bestimmt (vgl. dazu die hg. Erkenntnisse vom 18. September 2008, Zl. 2007/09/0320, und vom 29. April 2011, Zl. 2009/09/0132, mwN).

Es ist Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass bei Beurteilung der Schwere einer Dienstpflichtverletzung gemäß § 93 Abs. 1 BDG 1979 als gravierend ins Gewicht fällt, wenn ein Beamter durch die ihm vorgeworfenen Dienstpflichtverletzungen gerade jene Werte verletzt, deren Schutz ihm in seiner Stellung oblag (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 20. November 2001, Zl. 2000/09/0021). Daran hat sich auch durch die Dienstrechts-Novelle 2008 nichts geändert.

Unverändert ist durch die Dienstrechts-Novelle 2008 auch § 93 Abs. 1 dritter Satz BDG 1979 geblieben, wonach bei der Strafbemessung die nach dem Strafgesetzbuch maßgebenden Gründe dem Sinne nach zu berücksichtigen sind und daher hinsichtlich des Grades des Verschuldens nach dem gemäß zu berücksichtigenden § 32 StGB darauf Bedacht zu nehmen ist, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen könnte. Ferner sind weiterhin die Erschwerungs- und Milderungsgründe iS der §§ 33 ff StGB zu berücksichtigen, die nicht die Tatbegehungsschuld betreffen, also im Zeitpunkt der Tatausübung noch nicht vorhanden waren, wie etwa die seither verstrichene Zeit, eine Schadenswiedergutmachung oder das reumütige Geständnis.

Durch die Dienstrechts-Novelle 2008 wurde jedoch im zweiten Satz des § 93 Abs. 1 BDG die Zielsetzung ‚der Begehung von Dienstpflichtverletzungen durch andere Beamte entgegenzuwirken‘, als zusätzliches Strafbemessungskriterium in das Gesetz eingefügt. Nach der nunmehr geltenden Rechtslage kommt der spezialpräventiven Erforderlichkeit der Strafe bei der Bemessung daher nicht mehr eine derart wesentliche Bedeutung wie bisher zu und sind Gründe der Generalprävention wie solche der Spezialprävention für die Bemessung der Strafe gleichrangig zu berücksichtigen. Ist eine Disziplinarstrafe in einem bestimmten Ausmaß geboten, um der Begehung von Dienstpflichtverletzungen durch andere Beamte entgegenzuwirken, dann haben gegebenenfalls spezialpräventive Überlegungen, die eine solche Disziplinarstrafe nicht als erforderlich erscheinen lassen würden, demgegenüber zurückzutreten. Dementsprechend enthalten die oben wiedergegebenen Gesetzeserläuterungen die Aussage, es solle nach der Novelle möglich sein, dass ‚bei besonders schweren Dienstpflichtverletzungen allein schon aus generalpräventiven Gründen eine Entlassung auszusprechen‘ sein werde.

Aus der Einführung von generalpräventiven Strafbemessungsgründen geht auch die in den wiedergegebenen Gesetzeserläuterungen hervorgehobene Konsequenz hervor, dass dann, wenn aus generalpräventiven Gründen eine Entlassung erforderlich ist, zur Vermeidung einer Entlassung nicht mehr geprüft werden muss, ob es für den Beamten eine Verwendungsmöglichkeit gibt, in welcher er nicht in Gefahr geraten würde, weitere Dienstpflichtverletzungen zu begehen."

31 Mit dieser Novelle wurde das Strafbemessungskriterium der Generalprävention (Bemessung der Strafe soweit dies erforderlich ist um der Begehung von Dienstpflichtverletzungen durch andere Beamte entgegenzuwirken) neben jenem der Spezialprävention (Bemessung der Strafe soweit dies erforderlich ist um der Begehung von weiteren Dienstpflichtverletzungen durch den Beschuldigten entgegenzuwirken) in das Gesetz eingeführt. Beide Gesichtspunkte müssen bei der Strafbemessung ausgehend von der Schwere der Dienstpflichtverletzung ebenso wie die Erschwerungs- und die Milderungsgründe im Rahmen einer Gesamtbetrachtung Berücksichtigung finden.

32 Wenn es, wie auch in den Gesetzeserläuterungen ausgeführt, nunmehr möglich ist, "bei besonders schweren Dienstpflichtverletzungen allein schon aus generalpräventiven Gründen eine Entlassung auszusprechen" (vgl. ErläutRV 1 BlgNR 24. G P, 5) so bedeutet dies doch nicht, dass bei besonders schweren Dienstpflichtverletzungen Milderungsgründe nicht auch zu berücksichtigen wären und die Strafbemessung nicht auch hier in einer Gesamtbetrachtung insbesondere sowohl der Erschwerungsgründe als auch der Milderungsgründe unter Einbeziehung und Würdigung aller für die Ausmessung der Strafe gemäß § 93 Abs. 1 BDG 1979 maßgeblichen Gesichtspunkte geboten wäre (vgl. zum Ganzen auch VwGH 10.12.2014, Ro 2014/09/0040).

33 Das Bundesverwaltungsgericht wertete - wie bereits die Disziplinarkommission - den stundenlangen Aufenthalt des Revisionswerbers während seines Dienstes im Laufhaus samt sexueller Aktivität, die Äußerungen gegenüber der Polizeischülerin und das Ablegen der Dienstwaffe als schwerste Dienstpflichtverletzung. Dieser Einschätzung ist nicht entgegenzutreten. Ebenso wenig jener, dass es sich dabei um eine derart schwerwiegende Dienstpflichtverletzung handelt, die in der Zusammenschau mit den weiteren Dienstpflichtverletzungen, die gemäß § 93 Abs. 2 BDG 1979 als Erschwerungsgründe zu werten sind, grundsätzlich geeignet ist, eine Entlassung zu tragen. 34 Die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts zu den weiteren Umständen, die nach der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes in eine Gesamtbetrachtung einzufließen haben, sind jedoch nicht tragfähig, weshalb die mangelhafte Begründung die Abwägungsentscheidung insgesamt mit Rechtswidrigkeit belastet.

35 Zunächst ist festzuhalten, dass dem Revisionswerber ohne weitere Feststellungen nicht anzulasten ist, wenn er sich nicht in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit den Taten bei seinen Kollegen entschuldigte, weil er sich nach der Tat - und bevor seine stationäre Alkoholentziehungskur begann - bereits in einem mehrwöchigen Krankenstand befand. Die einem Krankenstand zugrunde liegende Krankheit kann einem Disziplinarbeschuldigten nicht (ohne weiteres) vorgeworfen werden. Dass der Revisionswerber zu Unrecht in Krankenstand gewesen wäre, ergibt sich weder aus den Feststellungen des angefochtenen Erkenntnisses noch wird dies vom Bundesverwaltungsgericht näher ausgeführt.

36 Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits zur Rechtslage vor Einführung der Verwaltungsgerichte wiederholt zum Ausdruck gebracht hat, kommt bei der Erstellung einer Prognose über das zukünftige Verhalten einer natürlichen Person der Verschaffung eines - im Rahmen einer mündlichen Verhandlung gewonnenen - persönlichen Eindrucks besondere Bedeutung zu. Bei der Entscheidung über eine disziplinarrechtliche Schuld und Strafe, bei welcher es gemäß § 93 Abs. 1 BDG 1979 ua darauf ankommt, inwieweit die beabsichtigte Strafe erforderlich ist, um den Beamten von der Begehung weiterer Dienstpflichtverletzungen abzuhalten, ist eine solche Prognoseentscheidung zu treffen (VwGH 24.1.2019, Ra 2018/09/0208). Dabei sind Eindrücke aus der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht zu verwerten. Dem Bundesverwaltungsgericht ist es aber ohne Darstellung dieser Eindrücke verwehrt, ein (auch nicht anderweitig objektiv dokumentiertes) Verhalten des Revisionswerbers vor der Disziplinarkommission allein aufgrund der Angaben des Disziplinaranwaltes - der wie der Revisionswerber Partei des Disziplinarverfahrens ist - zu seinen Lasten zu verwerten. Von der Disziplinarkommission war - aufgrund des gewonnenen persönlichen Eindrucks in der Verhandlung vor der Disziplinarkommission - das Geständnis des Revisionswerbers noch als glaubhaft reumütig und der Revisionswerber als sichtlich gezeichnet beschrieben worden, der sein Fehlverhalten eingesehen und aufgearbeitet habe. Das Bundesverwaltungsgericht durfte in diesem Zusammenhang dieser Beurteilung ausschließlich seinen eigenen unmittelbaren persönlichen Eindruck entgegenstellen.

37 Soweit das Bundesverwaltungsgericht anschließend ausführt, dass die Erschwerungsgründe die Milderungsgründe bei weitem überwiegen - die Disziplinarkommission war noch zum gegenteiligen Ergebnis gekommen - sind auch diese Ausführungen nicht tragfähig. 38 Wie der Verwaltungsgerichtshof dargelegt hat, handelt es sich bei der Entscheidung über ein Disziplinarerkenntnis nicht um eine Verwaltungsstrafsache im Sinn des Art. 130 Abs. 3 B-VG. Kommt das Verwaltungsgericht zur selben sachverhaltsmäßigen und rechtlichen Beurteilung, so darf es daher vor dem Hintergrund des Art. 130 Abs. 3 B-VG nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle der Ermessensübung durch die Disziplinarkommission setzen. Jedoch ist das Verwaltungsgericht bei seiner Entscheidung über die Bemessung einer Disziplinarstrafe nicht von der Verpflichtung zur Beurteilung entbunden, ob die Ermessensübung durch die Disziplinarkommission auf gesetzmäßige Weise erfolgte. Es hat bei einer gesetzwidrigen Entscheidung der Verwaltungsbehörde im Fall des § 28 Abs. 2 VwGVG (Art. 130 Abs. 4 B-VG) in der Sache selbst zu entscheiden und nur dabei auch selbst eine Ermessensentscheidung zu treffen (vgl. VwGH 21.4.2015, Ra 2015/09/0009; 13.12.2016, Ra 2016/09/0038; 24.1.2019, Ra 2018/09/0208, mwN).

39 Für die Strafbemessung im engeren Sinn sind neben der Prüfung, inwieweit eine Disziplinarstrafe erforderlich ist, um den Täter von der weiteren Begehung von Dienstpflichtverletzungen abzuhalten, die Erschwerungs- und Milderungsgründe im Sinn der §§ 33 ff StGB zu berücksichtigen, die nicht die Tatbegehungsschuld betreffen, also im Zeitpunkt der Tatausübung noch nicht vorhanden waren. Danach ist ein Erschwerungsgrund insbesondere, wenn der Täter mehrere strafbare Handlungen derselben oder verschiedener Art begangen oder die strafbare Handlung durch längere Zeit fortgesetzt hat, schon wegen einer auf der gleichen schädlichen Neigung beruhenden Tat verurteilt worden ist oder etwa einen anderen zur strafbaren Handlung verführt hat, Urheber oder Anstifter einer von mehreren begangenen strafbaren Handlung oder an einer solchen Tat führend beteiligt gewesen ist. Ein Milderungsgrund liegt u.a. insbesondere vor, wenn der Täter bisher einen

ordentlichen Lebenswandel geführt hat und die Tat mit seinem sonstigen Verhalten in auffallendem Widerspruch steht, er die Tat nur aus Unbesonnenheit oder durch eine besonders verlockende Gelegenheit verleitet begangen hat, die Tat unter Umständen begangen hat, die einem Schuldaußschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommen, der Schaden vom Täter oder von einem Dritten für ihn gutgemacht worden ist oder er sich ernstlich bemüht hat, den verursachten Schaden gutzumachen oder weitere nachteilige Folgen zu verhindern, ein reumütiges Geständnis abgelegt oder durch seine Aussage wesentlich zur Wahrheitsfindung beigetragen hat, er die Tat schon vor längerer Zeit begangen und sich seither wohlverhalten hat oder etwa das gegen den Täter geführte Verfahren aus einem nicht von ihm oder seinem Verteidiger zu vertretenden Grund unverhältnismäßig lange gedauert hat. 40 Wie ausgeführt ist nach § 93 Abs. 2 BDG 1979 die Strafe nach der schwersten Dienstpflichtverletzung zu bemessen, die weiteren Dienstpflichtverletzungen sind als Erschwerungsgrund (im Sinn des § 33 Abs. 1 Z 1 StGB) zu werten. Einzelne Aspekte der Tathandlungen, die bereits den disziplinären Vorwurf bildeten, und daher bei der Verhängung der Disziplinarstrafe berücksichtigt wurden, können hingegen nicht nochmals als eigene Erschwerungsgründe gewertet werden. Auch im Disziplinarverfahren darf ein bereits die Dienstpflichtverletzung ausmachendes Tatbestandsmerkmal bei der Strafbemessung nicht nochmals als erschwerender oder als mildernder Umstand gewertet werden. So können die Umstände, die bereits bei der Bemessung der Disziplinarstrafe verwertet wurden, nicht abermals als besondere Erschwerungsgründe berücksichtigt werden.

41 Auch hinsichtlich der disziplinären Vorstrafen des Revisionswerbers bedürfte es für die Entscheidung, ob diese als Erschwerungsgrund zu werten sind, weiterer Feststellungen: Gemäß § 121 Abs. 2 BDG 1979 darf die erfolgte disziplinäre Bestrafung in einem weiteren Disziplinarverfahren nicht berücksichtigt werden, wenn der Beamte innerhalb von drei Jahren nach Rechtskraft der Disziplinarverfügung oder des Disziplinarerkenntnisses keine Dienstpflichtverletzung begangen hat. Diese Bestimmung verbietet nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes jedoch nicht, dass auf das der disziplinären Bestrafung zugrunde liegende Verhalten auch nach Ablauf der in § 121 Abs. 2 BDG 1979 genannten Zeit zwecks Beurteilung der gesamten Persönlichkeitsstruktur des Täters sowohl im Hinblick darauf, ob der Milderungsgrund des § 34 Abs. 1 Z 2 StGB vorliege als auch zur Beurteilung, ob für den Täter die Prognose erstellt werden könne, er werde sich in Zukunft wohlverhalten, Bedacht genommen werden darf (siehe VwGH 19.3.2014, 2013/09/0179, mit Hinweis auf VwGH 27.1.2011, 2010/09/0243). Feststellungen zu dem, den offenbar bereits getilgten Vorstrafen zugrunde liegenden Verhalten traf das Bundesverwaltungsgericht jedoch nicht.

42 Gleichfalls können sich die rechtlichen Ausführungen zu den Dienstbeurteilungen bzw. den Äußerungen von Vorgesetzten nicht auf Feststellungen im Erkenntnis hiezu stützen.

43 Zu Gunsten des Revisionswerbers wertete das Bundesverwaltungsgericht die von ihm begonnene Alkoholentziehungstherapie. Es kam im Hinblick auf den Umstand, dass der Revisionswerber seit Jahren Alkohol im Dienst konsumiert habe, jedoch zum Schluss, dass es einen Rückfall in alte Verhaltensmuster geben könne. Diese negative Prognoseentscheidung greift jedoch zu kurz und bedarf zunächst jedenfalls weiterer Feststellungen etwa dahingehend, ob der Revisionswerber in der Vergangenheit bereits eine Therapie begonnen oder unternommen hatte und dennoch ein Rückfall stattfand, oder ob aus seiner nunmehr erstmals angegangenen Therapie eher auf einen Gesinnungswandel geschlossen werden könnte.

44 Das angefochtene Erkenntnis erweist sich daher mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet, weshalb es gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben war.

45 Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014. 46 Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 4 und 6 VwGG abgesehen werden.

Wien, am 25. September 2019

European Case Law Identifier

ECLI:AT:VWGH:2019:RA2019090062.L01