



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38740
Telefax: (+43 1) 4000 99 38740
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: 1) VGW-171/091/4263/2020-36
Disziplinaranwältin der Stadt Wien

Wien, 5. Mai 2021

2) VGW-171/091/4281/2020
DI A. B.
Geschäftsabteilung: VGW-X

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine RichterInnen Univ.-Doz. Dr. Kolonovits als Vorsitzenden, Mag. Gründel als Berichterin, Mag. Hornschall als Beisitzerin sowie den fachkundigen Laienrichtern Mag. Hassfurther und Mrzena-Merdinger über die Beschwerde 1) der Disziplinaranwältin der Stadt Wien und 2) des DI A. B., gegen das Disziplinarerkenntnis der Disziplinarkommission der Stadt Wien, vom 21.02.2020, ZI. ..., wegen Übertretungen gemäß § 18 Abs. 2 zweiter Satz und § 25 Abs. 2 Dienstordnung 1994 (DO 1994), nach Durchführung der öffentlichen, mündlichen Verhandlung am 15.12.2020, 16.02.2021 und 13.04.2021, zu Recht erkannt und verkündet:

I. Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG wird die Beschwerde des Herrn Dipl. Ing. B. A. betreffend

a) den Spruchpunkt I Punkt 1.1.a als unbegründet abgewiesen und die über den Beschuldigten gemäß § 109 Abs. 2 Z 2 verhängte Disziplinarstrafe einer Geldbuße in Höhe des halben Ruhebezuges unter Ausschluss der Kinderzulage bestätigt.

b) Betreffend Spruchpunkt I Punkt 1.2 wird der Beschwerde Folge gegeben und der Zweitbeschwerdeführer gemäß § 103 Abs. 2 iVm § 97 Abs. 1 Z 1 DO freigesprochen.

II. Die Beschwerde der Disziplinaranwältin wird abgewiesen.

III. Gemäß § 106 Abs. 1 DO 1994 werden dem Erstbeschwerdeführer für das Disziplinarverfahren keine Kosten auferlegt.

IV. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

Verfahrensgang, Beschwerde:

Auf Grund des Strafantrages der Disziplinaranwältin der Stadt Wien vom 07.05.2019 fanden am 04. und 08.10.2019 Sitzungen der Disziplinarkommission der Stadt Wien statt und wurden im Zuge des Verfahrens der Disziplinarbeschuldigte und nunmehrige Zweitbeschwerdeführer und die Zeugen DI C., Ing. D., DI Dr. E., DI F., G. BA, MA einvernommen. Im Anschluss an die Sitzung des 08.10.2019 wurde die mündliche Entscheidung verkündet.

Die schriftliche Ausfertigung des nunmehr angefochtenen Disziplinarerkenntnisses vom 21.02.2020 enthielt folgenden Spruch:

„I.) Herr Dipl.-Ing. A. B., im Ruhestand, Dienststelle H., Personalnummer ..., ist schuldig, folgende Dienstpflichtverletzungen begangen zu haben:

1.1 a: Er hat als Beamter ... im höheren Dienst sowie als Abteilungsleiter-Stellvertreter der H. außer Dienst nicht alles vermieden, was die Achtung und das Vertrauen, die seiner Stellung entgegengebracht werden, untergraben könnte und gegen das Verbot, eine Nebenbeschäftigung auszuüben, die die Vermutung seiner Befangtheit hervorruft, verstoßen, indem er im Zeitraum ab seiner Beauftragung im September 2016 bis zum 15. Mai 2017 im ... Genehmigungsverfahren zum Änderungsantrag der K. AG betreffend die Errichtung des L. zur GZ. ..., im Auftrag der M.-gesmbH einer Nebenbeschäftigung als Sachverständiger für das Gebiet „Q.“

nachgegangen ist, im Zuge derer er ein mit 15. Mai 2017 datiertes Gesamtgutachten nach § 31a Eisenbahngesetz 1957 (EisbG) miterstellt hat, obwohl er im Zeitraum von 2007 bis 29. Dezember 2017 dienstlich auch als Amtssachverständiger für Q. der H. im Rahmen des Projekts P. mit der K. AG befasst war.

I. 2: Er hat als Beamter ... im höheren Dienst sowie als Abteilungsleiter-Stellvertreter der H. im Dienst nicht alles vermieden, was die Achtung und das Vertrauen, die seiner Stellung entgegengebracht wird, untergraben könnte, indem er am 15. Dezember 2017 während seiner Dienstzeit zwischen 9.00 und 11.30 Uhr an der auf Grund des Bescheides der MA 64, GZ ..., vom 23. August 2017 erfolgten Evakuierungsübung in der U1 Station „R.“, welche die Beobachtung von Personenströmen im Falle der Evakuierung zum Gegenstand hatte, teilgenommen hat, obwohl ihm bekannt sein musste, dass die H. nicht die Beurteilung ... vornimmt, zumal im Rahmen einer Abstimmungsbesprechung vom 14. Dezember 2017 Herr Ing. D. in seiner unmittelbaren Anwesenheit auf Nachfrage erklärt hatte, dass er nicht an der Evakuierungsübung in der U1 Station „R.“ teilnehmen würde, da die H. entsprechend den Vorgaben der Dienststelle keine Stellungnahmen ... abgibt.

Hiedurch hat Herr DI A. B. die in den nachstehenden Rechtsvorschriften normierten Dienstpflichten verletzt:

Zu 1.1.a § 18 Abs. 2 zweiter Satz und § 25 Abs. 2 Dienstordnung 1994 - DO 1994, LGBl. für Wien Nr. 56, in der geltenden Fassung

Zu 1.2. § 18 Abs. 2 zweiter Satz DO 1994

Es wird daher über den Beschuldigten gemäß § 109 Abs. 2 Z 2 DO 1994 die Disziplinarstrafe einer Geldbuße in Höhe des halben Ruhebezuges, unter Ausschluss der Kinderzulage, verhängt.

II.) Herr Dipl.-Ing. A. B., im Ruhestand, Dienststelle H., Personalnummer ..., wird von folgenden Vorwürfen laut Strafantrag der Disziplinaranwältin vom 7. Mai 2019, ZI. ..., gemäß § 103 Abs. 2 iVm § 97 Abs. 1 Z 1 DO 1994 freigesprochen:

Zu 1.1 b des Strafantrages:

Er sei entgegen § 18 Abs. 2 zweiter Satz und § 25 Abs. 2 DO 1994 im Zeitraum ab seiner Beauftragung im Juni 2016 bis zum 14. Dezember 2017 in ... Genehmigungsverfahren zu Anträgen der N. GmbH & Co KG betreffend die Bauabschnitte ..., im Auftrag der N. GmbH & Co KG einer Nebenbeschäftigung als Sachverständiger für das Gebiet „Q.“ nachgegangen, im Zuge derer er die mit 18. Mai 2017 und 27. Oktober 2017 datierten Fachgutachten nach § 31a EISbG erstellt hat, obwohl er dienstlich unter anderem für Q. zuständig gewesen sei und im Zuge dieser Nebenbeschäftigung zwangsläufig in Kontakt mit Personen war, gegenüber welchen auch ein dienstliches Einschreiten notwendig war, indem er am 23. Oktober 2017 und am 14. Dezember 2017 außer Dienst in der S. in Zusammenhang mit diesen Verfahren an Abstimmungsbesprechungen mit dem ihm grundsätzlich hierarchisch untergebenen und in diesen Verfahren als Amtssachverständigen der H. tätigen Herrn Ing. D. in Anwesenheit von Vertretern der N. GmbH & Co KG und Frau G. BA, MA von der M.-gesmbH teilgenommen hat.

Zu 1.2. des Strafantrages (Abgabe einer Stellungnahme für die H. anlässlich der Evakuierungsübung):

Er habe entgegen § 18 Abs. 2 zweiter Satz DO 1994 als Beamter ... im höheren Dienst sowie als Abteilungsleiter-Stellvertreter der H. im Dienst nicht alles vermieden, was die Achtung und das Vertrauen, die seiner Stellung entgegengebracht wird, untergraben könnte, indem er am 15. Dezember 2017 während seiner Dienstzeit zwischen 9.00 und 11.30 Uhr an der auf Grund des Bescheides der MA 64, ..., vom 23. August 2017 erfolgten Evakuierungsübung in der U1 Station „R.“, welche die Beobachtung von Personenströmen im Falle der Evakuierung zum Gegenstand hatte, für die H. eine Stellungnahme abgegeben hat, obwohl ihm bekannt sein musste, dass die H. nicht die Beurteilung ... vornimmt, zumal im Rahmen einer Abstimmungsbesprechung vom 14. Dezember 2017 Herr Ing. D. in seiner unmittelbaren Anwesenheit auf Nachfrage erklärt hatte, dass er nicht an der Evakuierungsübung in der U1 Station „R.“ teilnehmen würde, da die H. entsprechend den Vorgaben der Dienststelle keine Stellungnahmen ... abgibt.

III). Gemäß § 106 Abs. 1 DO 1994 werden dem Beschuldigten keine Kosten für das Disziplinarverfahren auferlegt.

Dagegen richtete sich die form- und fristgerecht eingebrachte Beschwerde der Disziplinaranwältin der Stadt Wien (Erstbeschwerdeführerin) vom 23.03.2020, mit der diese hinsichtlich des Punktes II 1.1b anstelle des Freispruches einen Schuldspruch, sowie insgesamt die Verhängung einer Geldbuße in Höhe des 1,5-fachen Ruhebezuges unter Ausschluss der Kinderzulage, begehrte.

Der Disziplinarbeschuldigte und nunmehrige Zweitbeschwerdeführer begehrte in seiner form- und fristgerechten Beschwerde vom 26.03.2020 ihn nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung von sämtlichen Disziplinarvorwürfen freizusprechen, in eventuelle die verhängte Disziplinarstrafe auf einen Verweis herabzusetzen.

Hinsichtlich des Spruchpunktes II.) 1.2 des Disziplinarerkenntnis erfolgte von keiner der hiezu legitimierten Parteien eine Beschwerde, so dass diesbezüglich Teilrechtskraft des Disziplinarerkenntnis eingetreten ist. Dieser Punkt des Disziplinarerkenntnisses ist daher nicht mehr verfahrensgegenständlich.

Die belangte Disziplinarcommission machte von der Möglichkeit einer Beschwerdeentscheidung keinen Gebrauch und legte die Beschwerden samt den bezughabenden Akten dem Verwaltungsgericht Wien mit Einlaufdatum 07.04.2020 zur Entscheidung vor.

Das Verwaltungsgericht Wien führte zur Klärung des rechtserheblichen Sachverhalts am 15.12.2020, 16.02.2021 und 13.04.2021 öffentliche mündliche Senatsverhandlungen durch, bei denen die Erstbeschwerdeführerin, eine Vertreterin der belangten Disziplinarcommission, sowie der Zweitbeschwerdeführer in Begleitung seines rechtsfreundlichen Vertreters ladungsgemäß erschienen.

In der Tagsatzung am 16.02.2021 wurden ferner Herr DI Dr. E., Herr DI T., Herr Ing. D. und Frau G. BA, MA zeugenschaftlich einvernommen.

Im Anschluss an die mündliche Verhandlung am 13.04.2021 wurde die gegenständliche Entscheidung samt den wesentlichen Entscheidungsgründen und der Belehrung mündlich verkündet und verlangten Erst- und

Zweitbeschwerdeführer die Ausfertigung der Entscheidung gemäß § 29 Abs. 4 VwGVG.

Sachverhalt:

Der 1963 geborene Zweitbeschwerdeführer war bei der H. tätig und von zumindest 2005 bis zu seiner Versetzung in den Ruhestand mit 01.08.2019 auch stellvertretender Abteilungsleiter.

Die Organisationsstruktur der H. stellte sich im April 2017 im Einzelnen wie folgt dar:

Leiter der H. war DI, Dr. E., in dessen Vertretung oblag die Leitung einem der beiden Abteilungsleiter-Stellvertreter, DI U. und dem Zweitbeschwerdeführer. Die H. umfasste 7 Geschäftsgruppen (GG),

Der Zweitbeschwerdeführer war Leiter der GG-1, Damit verbunden war u.a. auch die Tätigkeit als Amtssachverständiger für Q. im Rahmen der Einsatzfähigkeit sowie im Rahmen von Behördenverfahren der Stadt Wien.

Neben der Einteilung der Geschäftsgruppen innerhalb der H. und der damit zugewiesenen Aufgabenbereiche bestand die Möglichkeit der gesonderten Zuteilung von Sonderprojekten durch den Dienststellenleiter.

Im Falle der Abwesenheit des Direktors erfolgte dessen Vertretung abwechselnd durch einen der beiden Abteilungsleiter-Stellvertreter. Der Zweitbeschwerdeführer als auch DI U. standen jeweils einer Geschäftsgruppe vor. Zugleich war jeder Abteilungsleiter-Stellvertreter auch Leiter einer der beiden Dienstgruppen A und B. Die Leitung der Dienstgruppe A oblag dem Zweitbeschwerdeführer, Leiter der Dienstgruppe B war DI U., der auch Ing. D. angehörte.

Die Unterteilung in die beiden Dienstgruppen war nur im Rahmen der Einsatzdienste von Relevanz. Ein unmittelbares Weisungsrecht gegenüber Ing. D. bestand nur durch den Leiter GG-2, DI V., als direkter Vorgesetzter von Ing. D. in dessen Funktion als Leiter des Sonderreferats X., das der GG-2 untergeordnet war.

Möglich war auch die direkte Ausübung des Weisungsrechtes gegenüber Ing. D. durch den Geschäftsgruppenleiter GG-3 im Rahmen des zu beurteilenden Q.. Dem Referat X. oblag Q. für Sonderverkehrsanlagen,

Ein direktes Weisungsrecht des Zweitbeschwerdeführers gegenüber Ing. D. wäre nur im Vertretungsfall für den Direktor möglich gewesen. Tatsächlich wurde vom Zweitbeschwerdeführer zu keiner Zeit eine Weisung an Herrn Ing. D. erteilt und wurden auch keinerlei Korrespondenzen oder Amtsgutachten, die dieser verfasste, jemals vom Zweitbeschwerdeführer in seiner Funktion als stellvertretender Abteilungsleiter unterfertigt.

Herr DI B. übte auch laufend eine Nebenbeschäftigung als privater Sachverständiger ... aus. Diese Nebenbeschäftigungen waren seinem Vorgesetzten bekannt und wurden auch nicht untersagt.

Während vom bis 2009 tätigen Abteilungsleiter Dr. W. die nebenberufliche Tätigkeit der Mitarbeiter H. eher als positives Aushängeschild der Fachkompetenz der Mitarbeiter der Abteilung gesehen wurde, fand mit dem neuen Abteilungsleiter DI Dr. E. zunehmend ein Paradigmenwechsel dahingehend statt, dass die Nebenbeschäftigung eher kritisch betrachtet wurde.

Mit Schreiben vom 02.03.2016, hat der Zweitbeschwerdeführer seine Nebenbeschäftigung im Ausmaß von 20 Stunden im Monat, erneut gemeldet, nachdem er im Zuge einer Einsichtnahme in seinen Personalakt festgestellt hatte, dass die Meldung der Nebenbeschäftigung vom 05.12.2002 nicht im Akt auflag.

Diese Meldung wurde von seinem Vorgesetzten zur Kenntnis genommen und blieb ohne Reaktion.

Der Zweitbeschwerdeführer ist weiters seit 2016 als allgemein gerichtlich beeideter Sachverständigen für das Fachgebiet Q., insbesondere ... Management, tätig.

Die Ethikvereinbarung der H. für nebenberufliche Tätigkeiten von Offizierinnen und Offizieren wurde vom Zweitbeschwerdeführer am 21.07.2016 unterfertigt. Darin enthalten ist u.a. das Bekenntnis sämtlicher Offizierinnen und Offizieren

erwerbstätige Nebenbeschäftigungen nur auszuüben, sofern die Erfüllung ihrer dienstlichen Aufgaben dadurch nicht behindert wird, keine Befangenheit hervorgerufen wird und die Achtung und das Vertrauen, die der Stellung als Mitarbeiterin oder Mitarbeiter der Stadt Wien entgegengebracht wird, nicht untergraben wird.

Im Jahr 2007 wurde der Zweitbeschwerdeführer vom damaligen Leiter der H., DI W., mit dem Sonderprojekt P. betraut und verblieb dieser auch nach der Amtsübernahme durch den neuen Direktor DI. Dr. E. weiterhin für dieses Projekt zuständig. Der genaue Umfang des zu betreuenden Projekts war dem Zweitbeschwerdeführer nicht klar und wurde von ihm auch nicht näher hinterfragt. In der bei der H. geführten Sonderprojektsliste (Stand 07.12.2012) schien der Beschuldigte als Verantwortlicher für das Sonderprojekt P., ... auf. Diese Liste wurde diesbezüglich auch nicht verändert und wurde der Zweitbeschwerdeführer erst anlässlich eines Gesprächs mit Herrn DI Dr. E. am 29.12.2017 von diesem Projekt entbunden. Eine Einschränkung der Zuständigkeit des Zweitbeschwerdeführers auf bestimmte Teilbereiche des Projektes P. erfolgte nicht und war dieser als einziger Sachverständige der H. für die ... Betreuung des P. zuständig.

Im Zuge seiner Amtssachverständigentätigkeit zum Projekt P. erstellte der Zweitbeschwerdeführer 2008 ein Umweltverträglichkeitsgutachten mit. Auftraggeber der Umweltverträglichkeitsprüfung war das BMVIT, Projektwerber im Bereich des Projektes P. war die K. AG. Im Umweltverträglichkeitsgutachten scheint der Zweitbeschwerdeführer als Amtssachverständiger für das Fachgebiet „... Management“ auf. Daneben waren im eisenbahnrechtlichen Bewilligungsverfahren des P. die Privatsachverständigen Dr. Y. und Dipl.-Ing Z. für die Erstellung des § 31a Eisenbahngesetz (EisbG)-Gutachtens im Bereich des Q. verantwortlich. Auch wenn der Zweitbeschwerdeführer nicht als § 31a EisbG-Gutachter in dieses Verfahren eingebunden war, so musste er sich – um eine Beurteilung aus Sicht des ...managements abgeben zu können – mit diesem Gutachten fachlich auseinandersetzen und mit dem Thema Q. befassen.

Im Herbst 2014 erfolgte die Inbetriebnahme des P. (...).

Das eisenbahnrechtliche Bewilligungsverfahren des BMVIT wurde noch bis 2018 fortgeführt.

Mit der Erstellung der Gesamtgutachten wurde von der K. AG die M.-ges.m.b.H. (im Folgenden: M.) beauftragt. Als Gesamtkoordinatorin des P. war für diese Frau G. BA, MA zuständig. Im Zuge dieser Koordinationstätigkeit für P. lernte sie auch den Zweitbeschwerdeführer kennen.

Die K. AG war weiters Projektwerberin für das Projekt „L.“. Zu diesem Zweck benötigte die Projektwerberin ein umfassendes Gutachten gemäß § 31a EibG. Auch hinsichtlich dieses Projektes wurde die M. mit der Erstellung des Gesamtgutachtens beauftragt. Im Zuge dieses Projektes verfasste der Zweitbeschwerdeführer in deren Auftrag Teile des Gutachtens vom 15.05.2017 (Bereich Q.).

Ebenso wurden vom Zweitbeschwerdeführer im Zuge der von der MA 64 geführten Genehmigungsverfahren zu den Anträgen der N. GmbH & Co KG (kurz: N.) betreffend die Errichtung ..., im Auftrag der N. mit am 18.05.2017 und am 27.10.2017 datierten Gutachten gemäß § 31a EibG, als Sachverständiger für das Gebiet Q., erstellt. Koordinatorin für die Erstellung des Gesamtgutachtens war auch in diesem Fall die M.. Von der geplanten Nebenbeschäftigung hinsichtlich dieses Gutachtensauftrag wurde DI Dr. E. vom Zweitbeschwerdeführer im April 2016 informiert, eine Untersagung dieser Beschäftigung erfolgte nicht.

Am 23.10.2017 und 14.12.2017 fanden zu letztgenanntem Projekt Abstimmungsbesprechungen in der S. statt. Der Zweitbeschwerdeführer war in seiner Eigenschaft als Privatsachverständiger außerhalb seiner Dienstzeit bei diesen Besprechungen anwesend. Weiters anwesend bei diesen Besprechungen waren unter anderem Frau G. BA, MA und Herr Ing. D., letzterer als Amtssachverständiger für die H.. Durch die Anwesenheit des Zweitbeschwerdeführers hat sich Herr Ing. D. nicht in der Wahrnehmung seiner Aufgaben als Amtssachverständiger beeinflusst oder in irgendeiner Form unter Druck gesetzt gefühlt. Im Zuge der Besprechung am 14.12.2017 informierte Herr Ing. D. auch Frau G. BA, MA, dass er an der Evakuierungsübung am nächsten Tag nicht teilnehmen werde.

Die M. veranstaltete nämlich im Bereich der U-Bahn Station „R.“ am 15.12.2017 eine große Evakuierungsübung. Die Einladung zur Übung erging unter anderem an Behördenvertreter (...) und private Sachverständige. Die Einladung des Zweitbeschwerdeführers erfolgte auf Grund von bekannten Zustellproblemen ... der Stadt Wien, an dessen private E-Mail Adresse. An dieser Evakuierungsübung nahm der Zweitbeschwerdeführer von 9:00 bis 11:30, somit in der Dienstzeit und in seiner Dienstuniform, teil. Der Zweitbeschwerdeführer hat seine Absenz von der Dienststelle für diesen Zeitraum ordnungsgemäß bekannt gegeben. Eine Genehmigung für Absenzen von der Dienststelle war für den Abteilungsleiter-Stellvertreter nicht erforderlich, dass seine Teilnahme an dieser Übung von Seiten des Vorgesetzten nicht gewünscht wurde, war ihm nicht bekannt, auch erfolgte keine Untersagung der Teilnahme an dieser Übung durch den Abteilungsleiter. Dem Zweitbeschwerdeführer war lediglich bewusst, dass Herr Ing. D. an dieser Übung nicht – von Seiten der H. teilnehmen werde und dass die H. keine Stellungnahme ... abgeben sollte und werde.

Im Zuge der Evakuierungsübung konnte der Zweitbeschwerdeführer wichtige Erkenntnisse, für seinen dienstlichen Aufgabenbereich als Einsatzleiter, gewinnen. Im Jahr 2018 wurden von ihm neun Einsätze geleitet, drei davon im U-Bahnbereich, wobei es bei zwei um Evakuierungen eines U-Bahn Zuges ging.

Unmittelbar nach Abschluss der Übung entfernte sich der Zweitbeschwerdeführer und war bei der Abschlussbesprechung auch nicht mehr zugegen.

Der festgestellte Sachverhalt konnte auf Grund folgender Beweiswürdigung getroffen werden:

Die Feststellung hinsichtlich des beruflichen Aufgabenfeldes des Zweitbeschwerdeführers, insbesondere auch seiner Stellung als Abteilungsleiter-Stellvertreter ergeben sich aus dem im Akt erliegenden Organigramm und seinen, sowie den Ausführungen des Abteilungsleiters DI. Dr. E. und sind diesbezüglich, ebenso wie die Versetzung in den Ruhestand mit 01.08.2019 unstrittig.

Dass es durch den Zweitbeschwerdeführer niemals zu einem Vertretungsfall gekommen ist, bei welchem er gegenüber Herrn Ing. D. Weisungen getätigt, bzw.

dessen amtssachverständige Gutachten oder Stellungnahmen zu genehmigen gehabt hätte, ergibt sich aus den ebenfalls diesbezüglich übereinstimmenden Aussagen der Zeugen Ing. D., DI. Dr. E., DI T. und des Zweitbeschwerdeführers. Diesbezüglich gab letzterer in der Verhandlung am 15.12.2020 an, wie folgt: „Es wäre theoretisch möglich gewesen, dass ich im Vertretungsfall als Vorgesetzter von Herrn Ing. D. tätig gewesen wäre. Tatsächlich ist dies jedoch nie der Fall gewesen. Es gab auch nie und zu keinem Zeitpunkt dienstliche Weisungen von mir an ihn.“ Herr DI T., welcher die Funktion als Abteilungsleiter-Stellvertreter nach der Versetzung des Zweitbeschwerdeführers in den Ruhestand übernahm, gab anlässlich seiner Vernehmung in der Verhandlung vom 16.02.2021 an, dass ihm zwar hinsichtlich seines Vorgängers nicht bekannt sei, ob jemals ein derartiger Vertretungsfall eingetreten sei, dass jedoch die vertretungsweise Unterfertigung von Gutachten und Stellungnahmen, die von Herrn Ing. D. abgefasst wurden bzw. die Erteilung von Weisungen an diesen bis dato durch ihn niemals erfolgt sind. Auch Ing. D. gab dazu befragt an, dass es in der Praxis nicht vorgekommen sei, dass der Zweitbeschwerdeführer ihm gegenüber Weisungen getätigt habe oder seine Gutachten oder Korrespondenz unterfertigen habe müssen. Auch DI. Dr. E. gab an, dass ihm „kein konkreter Fall bekannt“ sei.

Die Feststellung, dass der Zweitbeschwerdeführer für P. als Amtssachverständiger der H. zuständig war, konnte aus den diesbezüglich übereinstimmenden Aussagen des Zweitbeschwerdeführers sowie des Zeugen DI. Dr. E. getroffen werden. Dass dem Zweitbeschwerdeführer diese Eigenschaft bis zum 29.12.2017 zukam, konnte ebenso aus diesen Aussagen festgestellt werden, wenngleich dem Zweitbeschwerdeführer dies nicht bewusst gewesen war. So gab DI. Dr. E. etwa an, dass es bezüglich dem Projekt P. kein Ende gab und der Zweitbeschwerdeführer als einziger Amtssachverständiger für die H. davon ausgehen konnte, auch nach Abschluss des UVP-Verfahrens im Jahr 2008 bzw. nach Inbetriebnahme des P. im Herbst 2014 weiterhin zuständig zu sein. Diese Aussage stützend, führten der Zweitbeschwerdeführer und Frau G. BA, MA aus, dass zumindest bis zum Jahr 2014 kleinere Anfragen an ihn herangetragen wurden. Daneben wurde in die bei der H. geführten und unverändert gebliebenen Sonderprojektliste (Stand 07.12.2012) Einsicht genommen, in der der Zweitbeschwerdeführer mit dem Kürzel „...“ neben dem Projekt „...“ aufschien. Des Weiteren hat die Behörde gemäß § 24h Abs. 5 UVP-G das Projekt P. frühestens

drei, spätestens fünf Jahre nach seiner Verkehrsfreigabe (somit bis 2019) auf dessen Übereinstimmung mit dem Genehmigungsbescheid zu überprüfen.

Zum Zeitpunkt der Annahme seiner privaten Gutachtertätigkeit für das Projekt „L.“, durch den Auftraggeber K. AG war der Zweitbeschwerdeführer daher sowohl als Amtssachverständiger mit der Verfahrenspartei K. AG betreffend P. befasst, als auch als privater Sachverständiger hinsichtlich des Projektes „L.“.

Dass der Beschwerdeführer eine Nebenbeschäftigung ausübte, die einen Zusammenhang zu seiner beruflichen Tätigkeit aufweist, wird vom Zweitbeschwerdeführer nicht bestritten und liegt zumindest die Nebenbeschäftigungsmeldung vom 02.03.2016 im Personalakt auf. Die Ansicht des Zweitbeschwerdeführers, dass es sich jedoch bei dem im damaligen UVP-Verfahren für ihn relevanten „...management“ und bei dem im Rahmen des § 31a EisbG-Gutachtens zu beurteilenden „Q.“ um unterschiedliche Aufgabenbereiche handelt, wird vom erkennenden Senat nicht geteilt. Der Zweitbeschwerdeführer führte selbst aus, dass er sich mit dem § 31a EisbG-Gutachten (von den Privatsachverständigen Dr. Y. und Dipl.-Ing Z.) fachlich (in Bezug auf den Q.) befassen musste. Auszüge des P.-UVP-Gutachtens von 2008 zeigen, dass die Bereiche ...management und Q. eng verwoben und untrennbar sind. So wird an zahlreichen Stellen unter „Stellungnahme ... Management“ auf Q. verwiesen (vgl. bspw. S. 237, S. 245, S. 249; exemplarische Auszüge: „Da das Projekt "P." einzig und allein aus Sicht des Q. - insbesondere des ...managements – zu betrachten ist, sind diese Fragen für diesen Fragenbereich ohne Belang“ (S. 69); „...management: Die vorgelegten Unterlagen behandeln das Thema "Q." umfangreich, sie sind plausibel und nachvollziehbar“ (S. 372).

Auch dem Abteilungsleiter war die Nebenbeschäftigung des Zweitbeschwerdeführers bekannt und wurde diese toleriert. Eine Untersagung fand nicht statt, was sich ebenso aus dessen zeugenschaftlicher Einvernahme feststellen ließ.

Der Zweitbeschwerdeführer bestritt auch zu keinem Zeitpunkt seine Mitwirkung an der Erstattung der Gutachten gemäß § 31a EisbG im Zuge des Genehmigungsverfahrens zu den Anträgen der N. und die Teilnahme an den

Abschlussbesprechungen am 23.10.2017 und 14.12.2017, ebenso wenig wie die Teilnahme an der von der M. veranstalteten Evakuierungsübung „R.“ am 15.12.2017.

Dass der Zeitbeschwerdeführer seine Abwesenheit von der Dienststelle für die Teilnahme an der Evakuierungsübung ordnungsgemäß gemeldet hat wurde nicht bestritten, ebensowenig wie das Fehlen einer Verpflichtung zur Einholung einer Genehmigung der Abwesenheit durch den Dienststellenleiter (übereinstimmende Aussage des Zweitbeschwerdeführers und DI. Dr. E.). Die Feststellung, dass er an der Abschlussbesprechung danach nicht teilgenommen hat und sich direkt nach der Übung entfernt hat, ergibt sich aus der im Akt erliegenden Teilnehmerliste Abschlussbesprechung, die der Zweitbeschwerdeführer nicht unterfertigt hat. Dort wurde der Vermerk gesetzt „nach Übung gegangen“ (Behördenakt Blatt 125).

Rechtsgrundlagen:

Die maßgeblichen Bestimmungen der Dienstordnung 1994 (DO 1994), LGBl. für Wien Nr. 56/1994, idgF lauten:

Allgemeine Dienstpflichten

§ 18. (1) Der Beamte hat die ihm übertragenen Geschäfte unter Beachtung der bestehenden Rechtsvorschriften mit Sorgfalt, Fleiß und Unparteilichkeit zu besorgen. Er hat sich hiebei von den Grundsätzen größtmöglicher Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen.

(2) Der Beamte hat gegenüber den Vorgesetzten, den Mitarbeitern, den Parteien und Kunden ein höfliches und hilfsbereites Verhalten an den Tag zu legen. Er hat im Dienst und außer Dienst alles zu vermeiden, was die Achtung und das Vertrauen, die seiner Stellung entgegengebracht werden, untergraben könnte.

(3) Dem Beamten ist es verboten, sich, seinen Angehörigen oder sonstigen Dritten Geschenke oder sonstige Vorteile, die mit der dienstlichen Tätigkeit im Zusammenhang stehen, zuwenden oder zusichern zu lassen. Zuwendungen von geringem Wert, wie sie insbesondere aus Anlass von Festen üblich sind, dürfen angenommen werden.

Nebenbeschäftigung

§ 25.

(1) Nebenbeschäftigung ist eine Tätigkeit, die der Beamte ohne unmittelbaren Zusammenhang mit seinen ihm nach seinem Dienstposten obliegenden Dienstpflichten entfaltet und die auch keine weitere Tätigkeit für die Gemeinde Wien in einem anderen Wirkungskreis oder für das Land Wien im Bereich der Landesvollziehung ist.

(2) Der Beamte darf keine Nebenbeschäftigung ausüben, 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 werden, untergraben könnte.

(3) Der Beamte hat

1. jede erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung,

2. eine Tätigkeit im Vorstand, Aufsichtsrat, Verwaltungsrat oder in einem sonstigen Organ einer auf Gewinn gerichteten juristischen Person des privaten Rechtes

dem Magistrat unverzüglich schriftlich zu melden. Hierbei hat er insbesondere die Art und den Umfang der Nebenbeschäftigung und den hierfür erforderlichen Zeitaufwand bekanntzugeben. Tritt während der Ausübung einer Nebenbeschäftigung in bezug auf die für ihre Zulässigkeit entscheidenden Umstände eine wesentliche Änderung ein, so hat dies der Beamte ebenfalls dem Magistrat unverzüglich schriftlich zu melden.

[...]

Senatsentscheidungen

§ 74a.

In Angelegenheiten der §§ 10, 68a und 72 hat die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Wien durch einen Senat zu erfolgen.

(2) Die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Wien hat weiters durch einen Senat zu erfolgen, wenn die Beschwerde

1. vom Beschuldigten gegen ein Disziplinarerkenntnis, mit dem die Disziplinarstrafe der Entlassung verhängt wurde, oder

2. vom Disziplinaranwalt gegen ein Disziplinarerkenntnis

erhoben wurde.

Strafbemessung

§ 77.

(1) Maßgebend für die Höhe der Strafe ist die Schwere der Dienstpflichtverletzung. Dabei ist insbesondere Rücksicht zu nehmen

1. inwieweit das Vertrauen des Dienstgebers in die Person des Beamten durch die Dienstpflichtverletzung beeinträchtigt wurde,

2. inwieweit die beabsichtigte Strafe erforderlich ist, um den Beamten von der Begehung weiterer Dienstpflichtverletzungen abzuhalten,

3. sinngemäß auf die gemäß §§ 32 bis 35 StGB, für die Strafbemessung maßgebenden Gründe.

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

(3) Hat sich der Beamte einer derart schweren Dienstpflichtverletzung schuldig gemacht, dass das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und dem Dienstgeber oder das Vertrauen der Allgemeinheit in die sachliche Wahrnehmung seiner dienstlichen Aufgaben so grundlegend zerstört ist, dass er für eine Weiterbeschäftigung in seiner bisherigen Verwendung untragbar ist, ist ohne Rücksichtnahme auf die in Abs. 1 Z 2 und 3 genannten Strafbemessungsgründe jedenfalls die Disziplinarstrafe der Entlassung zu verhängen, es sei denn, die Tat ist auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen könnte.

Einstellung des Disziplinarverfahrens durch den Magistrat
§ 97.

(1) Das Disziplinarverfahren ist vom Magistrat mit Aktenvermerk einzustellen, wenn

1. der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Dienstpflichtverletzung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit ausschließen,
2. die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Dienstpflichtverletzung darstellt,
3. Umstände vorliegen, die die Verfolgung ausschließen,
4. die Schuld des Beschuldigten gering ist, die Tat keine oder nur unbedeutende Folgen nach sich gezogen hat und überdies eine Bestrafung nicht geboten ist, um den Beschuldigten von der weiteren Verletzung von Dienstpflichten abzuhalten, oder
5. der Einstellungsgrund des § 80 Abs. 2 vorliegt.

(2) Eine Einstellung gemäß Abs. 1 ist nur bis zur Erstattung der Disziplinaranzeige an den Disziplinaranwalt möglich.

(3) Die Einstellung des Disziplinarverfahrens ist dem Beamten mitzuteilen, wenn er nach dem Inhalt der Akten von dem gegen ihn gerichteten Verdacht wusste.

Disziplinarerkenntnis der Disziplinarkommission
§ 103.

(1) Der Senat hat bei der Beschlussfassung über das Disziplinarerkenntnis nur auf das Rücksicht zu nehmen, was in der mündlichen Verhandlung vorgekommen ist.

(2) Das Disziplinarerkenntnis hat – soweit nicht die teilweise Unterbrechung (Fortführung) des Disziplinarverfahrens gemäß § 95 Abs. 3a anderes erfordert –

die im Strafantrag angeführten Anschuldigungspunkte zur Gänze zu erledigen. Es hat auf Schuldspruch, bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 97 Abs. 1 Z 1 oder 2 auf Freispruch und bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 97 Abs. 1 Z 3, 4 oder 5 auf Einstellung zu lauten.

(3) Der Spruch hat, wenn er nicht auf Freispruch oder Einstellung lautet, zu enthalten:

1. die als erwiesen angenommene Tat;
2. die Dienstpflicht, die dadurch verletzt worden ist;
3. die verhängte Strafe (Zusatzstrafe);
4. allenfalls die (teilweise) bedingte Strafnachsicht oder deren Widerruf und die Bewährungsfrist (§ 78);
5. die Entscheidung über die Kosten.

Das Erfordernis der Z 3 und 4 entfällt, wenn gemäß § 77a Abs. 1 von einer Zusatzstrafe abgesehen wird.

(4) Eine schriftliche Ausfertigung des Disziplinerkenntnisses ist dem Magistrat und den Parteien möglichst innerhalb von zwei Wochen zuzustellen.

Kosten
§ 106.

(1) Wird über den Beamten eine Disziplinarstrafe verhängt, ist in der Disziplinarverfügung und im Disziplinerkenntnis auszusprechen, ob und inwieweit er mit Rücksicht auf den von ihm verursachten Verfahrensaufwand, seine persönlichen Verhältnisse und seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit die Kosten des Verfahrens einschließlich der Reisegebühren und der Gebühren für Zeugen und Sachverständige zu ersetzen hat; dasselbe gilt, wenn im Schuldspruch von der Verhängung einer Disziplinarstrafe abgesehen wird (§ 77a Abs. 1). Die aus der Beiziehung eines Verteidigers erwachsenden Kosten hat in allen Fällen der Beamte zu tragen.

(2) Hinsichtlich der Gebühren der Zeugen, Sachverständigen und Dolmetscher ist das Gebührenanspruchsgesetz 1975, BGBl. Nr. 136, sinngemäß anzuwenden. Die Bestimmung der Gebühren kann durch den Senatsvorsitzenden erfolgen.

(3) Für die Hereinbringung der Kosten gilt § 107.

Disziplinarverfahren gegen Beamte des Ruhestandes
§ 109.

(1) Beamte des Ruhestandes sind nach diesem Gesetz wegen einer im Dienststand begangenen Dienstpflichtverletzung oder wegen einer groben Verletzung der ihnen im Ruhestand obliegenden Verpflichtungen zur Verantwortung zu ziehen.

(2) Disziplinarstrafen sind

1. der Verweis,
2. die Geldbuße bis zum 1,5fachen des Ruhebezuges, unter Ausschluss der Kinderzulage,
3. die Geldstrafe bis zum 7fachen des Ruhebezuges, unter Ausschluss der Kinderzulage,
4. die Entlassung.

(3) Wird das Disziplinarverfahren bei der Disziplinarkommission anhängig, ist zur Durchführung jener Senat zuständig, der unmittelbar vor der Versetzung des Beschuldigten in den Ruhestand zuständig war oder gewesen wäre.

(4) Im Übrigen sind die sonstigen Bestimmungen des 8. Abschnittes auf die Beamten des Ruhestandes sinngemäß anzuwenden.

(5) Ist der Beamte zwischen der mündlichen Verkündung des Disziplinarerkenntnisses und der Erlassung der Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Wien in den Ruhestand übergetreten oder versetzt worden, ist bei der Berechnung der betragsmäßigen Höhe der Geldbuße oder Geldstrafe von dem erstmals gebührenden Ruhebezug auszugehen.

Rechtliche Beurteilung:

Zum Spruchpunkt Ia):

Aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH) folgt, dass für die Untersagung einer Nebenbeschäftigung wegen der Vermutung der Befangenheit insbesondere wesentlich ist, ob die erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung unmittelbar im dienstlichen Aufgabenbereich des Beamten ausgeübt werden soll bzw. ob bei einer solchen Nebenbeschäftigung zwangsläufig ein Kontakt mit Personen gegeben ist, gegenüber denen auch ein dienstliches Einschreiten des Beamten häufig notwendig sein kann (VwGH vom 16.10.2000, ZI. 98/12/0095 und vom 18. Dezember 2001, ZI. 2001/09/0142).

Ferner muss weiters eine besondere Nahebeziehung zwischen den konkreten Dienstpflichten des Beamten und der Nebenbeschäftigung bestehen. Diese Voraussetzung ist dann als gegeben anzusehen, wenn es zwischen der Nebenbeschäftigung und dem dienstlichen Aufgabenbereich zwangsläufig und wiederholend zu Überschneidungen kommt (VwGH Erkenntnis vom 18. März 1994, ZI. 92/12/0254).

Zwar machte der Zweitbeschwerdeführer geltend, dass er im Rahmen seines dienstlichen Aufgabenbereiches für das Projekt P. nur für das „...-Management“ im UVP Verfahren zuständige gewesen sei, räumt aber auch ein, dass auch das ...-Management ein Teilgebiet des Q. ist. Es ist daher unerheblich, dass der Gutachtensauftrag für das Projekt „L.“ die Erstattung eines Teilgutachtens gemäß § 31a EISbG betraf, da er sich ebenso mit dem Q. zu befassen hatte. Zudem lässt sich eine Einschränkung seines Zuständigkeitsbereiches im Zuge seiner Tätigkeit als Amtssachverständiger der H. in diesem Verfahren nicht ableiten, wie sich auch aus der Liste der Kommissionszuteilung vom 07.12.2012, die ihn als zuständig ... ausweist.

Die nebenberufliche Tätigkeit wurde daher unmittelbar im dienstlichen Aufgabenbereich ausgeübt.

Der festgestellte Endzeitpunkt seiner Zuständigkeit für das Projekt P. war der 29.12.2017. Zum Zeitpunkt seiner Übernahme des Auftrages der Erstattung des Teilgutachtens gemäß § 31a EISbG war er noch für das Projekt P. zuständig und wäre die Notwendigkeit eines beruflichen Einschreiten noch möglich gewesen, auch wenn diese de facto nicht schlagend wurde, zumal gemäß § 24h Abs. 5 UVP-G die zuständige Behörde gemeinsam mit den mitwirkenden Behörden das Vorhaben frühestens drei Jahre, spätestens fünf Jahre nach Verkehrsfreigabe daraufhin zu überprüfen hat, ob die Genehmigungsbescheide eingehalten werden und ob die Annahmen und Prognosen der Umweltverträglichkeitsprüfung mit den tatsächlichen Auswirkungen des Vorhabens auf die Umwelt übereinstimmen. Daher ist die Ansicht des Zweitbeschwerdeführers verfehlt, wonach es nur abstrakt möglich gewesen sei, im Rahmen des Projektes „L.“ mit Personen in Kontakt zu treten, mit denen er im Rahmen des Projektes P. dienstlich einschreiten müsste.

Dass sich auch der Auftraggeber der Problematik des möglichen Anscheins einer Befangenheit bewusst war, ergibt sich nicht zuletzt aus der durchgeführten Compliance-Prüfung des Auftraggebers, wobei dem Prüfmaßstab nicht die DO 1994 zugrunde lag.

Nach der Judikatur des VwGH (VwGH 28.02.1996, ZI. 93/12/0260, 13.09.2001, ZI. 96/12/0035) darf die Vermutung der Befangenheit nicht eine bloß abstrakt-

denkmögliche sein, um die Untersagung einer Nebenbeschäftigung zu rechtfertigen, sondern muss vielmehr stichhaltig und auf den Erfahrungen des täglichen Lebens aufbauend begründet werden. Es ist aber für die Untersagung einer Nebenbeschäftigung nicht notwendig, dass dadurch bei den dienstlichen Verrichtungen des Beamten tatsächlich eine Befangenheit hervorgerufen wird. Es muss nur die Gefahr der Befangenheit hinlänglich konkret sein. Dies wird insbesondere dann zu bejahen sein, wenn die Nebenbeschäftigung unmittelbar im dienstlichen Aufgabenbereich des Beamten ausgeübt werden soll und damit also bereits eine Interessenskollision indiziert ist. Eine Nebenbeschäftigung ist schon dann unzulässig, wenn infolge ihrer „Natur“ durch ihre Ausübung allgemein der Eindruck erweckt werden könnte, dass der Beamte bei Vernehmung seines Dienstes nicht völlig unbefangen ist. Das Gesetz will verhindern, dass ein Beamter auf Grund der Ausübung der Nebenbeschäftigung in Lagen 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 (VwGH 18.03.1994, ZI. 92/12/0254, 28.02.1996, ZI. 94/12/0144).

Dem Beamten ist eine Nebenbeschäftigung schon dann verboten, wenn sie die Vermutung der Befangenheit in Ausübung des Dienstes hervorrufen könnte, der Beweis einer wirklich bestehenden Befangenheit ist dabei nicht erforderlich. Nicht nur die Möglichkeit des Eintrittes einer solchen Befangenheit in Ausübung des Dienstes genügt, sondern eine Nebenbeschäftigung erscheint schon dann als unzulässig, wenn durch ihre Ausübung in der Bevölkerung der Eindruck erweckt werden könnte, dass der Beamte in Ausübung des Dienstes nicht völlig unbefangen ist (VwGH 02.06.1977, ZI. 0317/77).

So liegt nach der Rechtsprechung des VwGH vom 15.03.1982, 81/12/0108 etwa in einem Fall, in welchem ein Beamter mit ein und derselben Liegenschaft sowohl dienstlich als auch im Rahmen seiner Nebentätigkeit befasst ist, auf der Hand, dass die von der dienstlichen Tätigkeit berührten Personen an der Objektivität des Beamten zweifeln. Folglich scheint die Tatsache, dass der Zweitbeschwerdeführer bis zum 27.12.2017 mit dem Projekt P. betraut war, geeignet, den nicht unbegründeten Eindruck in der Bevölkerung, aber auch bei anderen Antragstellern

der H. zu erwecken, es komme auf Grund der Privatgutachtertätigkeit zu einer möglichen Bevorzugung der K. AG (vgl. weiters VwGH 28.02.1996, 93/12/0260).

Der Zweitbeschwerdeführer war im vorgeworfenen Zeitraum tätig als Privatsachverständiger betreffend das Genehmigungsverfahren der K. AG hinsichtlich des Projektes L. im Auftrag der M.-gesmbH als Sachverständiger für das Gebiet „Q.“. Zeitgleich war der Zweitbeschwerdeführer dienstlich auch als Amtssachverständiger der H. im Rahmen des Projektes P. im Gebiet „Q.“ mit der K. AG befasst. Dem Zweitbeschwerdeführer musste es aufgrund seines Eintrages in die Liste der Amtssachverständigen der H., nach der er für das Projekt P. der K. AG zuständig war, wissen, dass eine private Tätigkeit den Anschein einer Befangenheit hervorrufen kann.

Es bestand auch eine besondere Nahebeziehung der ausgeübten Nebenbeschäftigung mit dem dienstlichen Aufgabenbereich und kam es sowohl in zeitlicher als auch hinsichtlich des Auftraggebers zu einer Überschneidung die im Sinne der oben angeführten Judikatur, geeignet ist, die Vermutung einer Befangenheit hervorzurufen (VwGH 18.03.1994, ZI. 92/12/0254).

Die Vermutung der Befangenheit darf ferner nicht eine bloß abstrakt-denkmögliche sein, sondern muss vielmehr stichhaltig und auf den Erfahrungen des täglichen Lebens aufbauend begründet werden, dass tatsächliche eine Befangenheit hervorgerufen wird, ist nicht erforderlich, jedoch muss die Gefahr hinlänglich konkret sein. (VwGH 18.12.2001, 2001/09/0142)

Die zeitgleiche entgeltliche Annahme eines privaten Auftrages einer Verfahrenspartei ist nach Ansicht des erkennenden Senates jedenfalls geeignet den Anschein der Befangenheit, zu erzeugen.

Ferner reicht ebenso die Vermutung der Befangenheit aus, den Bediensteten gemäß § 25 Abs. 2 DO 1994, die Unterlassung der Ausübung der Nebenbeschäftigung aufzuerlegen. Indem der Zweitbeschwerdeführer diese Nebenbeschäftigung nicht unterlassen hat, hat er jedoch die ihn gemäß § 18 Abs. 2 leg. cit. treffende Dienstpflicht verletzt.

Zum Spruchpunkt Ib):

Der Zweitbeschwerdeführer hat unbestritten am 15.12.2017 an der Evakuierungsübung „R.“ teilgenommen. Dass eine Teilnahme an der Übung durch den Abteilungsleiter offenbar nicht gewünscht war, war dem Zweitbeschwerdeführer nicht bekannt. Die Abwesenheit von der Dienststelle und somit auch die Teilnahme an der Übung unterlagen keinem Genehmigungsverfahren, ferner gab es ihm gegenüber auch keine Weisung, diese Übung nicht zu besuchen, der er sich widersetzt hätte. Der Zweitbeschwerdeführer hat seine Abwesenheit auch ordnungsgemäß verdatet.

Es entspricht durchaus der allgemeinen Lebenserfahrung, dass einer Führungsperson bei der Gestaltung ihrer Tagesabläufe und der Wahrnehmung ihrer Termine ein höheres Maß an Selbstbestimmtheit zugebilligt wird, als Personen, denen keine solche Aufgaben zukommen.

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit darf daher nicht übersehen werden, dass der Zweitbeschwerdeführer als Abteilungsleiter-Stellvertreter tätig war. In dieser Funktion und vor allem auch in seiner Funktion als Einsatzleiter muss der Zweitbeschwerdeführer über ein breites Wissen im Zusammenhang mit Q., welches auch teilweise über seinen unmittelbaren Aufgabenbereich hinausgeht, verfügen.

So konnte der Zweitbeschwerdeführer darlegen, dass er alleine im Jahr 2018 drei Einsätze im U-Bahnbereich und davon zwei Einsätze im Zusammenhang mit der Evakuierung eines U-Bahn Zuges leitete. Es ist daher mehr als glaubhaft, dass er durch die Teilnahme an der Evakuierungsübung wertvolle Erkenntnisse gewinnen konnte, die ihm auch in seinem unmittelbaren dienstlichen Aufgabenbereich von Vorteil sein konnten.

Nach Ansicht des erkennenden Senats fand die Teilnahme an dieser Übung zumindest überwiegend im dienstlichen Interesse statt, da die daraus gewonnenen Erkenntnisse für die Tätigkeit des Zweitbeschwerdeführers als Einsatzleiter relevant waren.

Damit ist ihm eine Dienstpflichtverletzung gemäß § 18 Abs. 2 zweiter Satz DO 1994 durch die Teilnahme nicht anzulasten und war der Zweitbeschwerdeführer daher gemäß § 103 Abs. 2 iVm § 97 Abs. 1 Z 1 DO hinsichtlich dieses Tatvorwurfes freizusprechen.

Zu Spruchpunkt II:

Die Teilnahme an der Besprechung erfolgte zulässigerweise im Rahmen einer grundsätzlich zulässigen und gemeldeten Nebenbeschäftigung und außerhalb der Dienstzeit. Es bestand zwar eine abstrakte Möglichkeit, dass der Zweitbeschwerdeführer in einem Vertretungsfall gegenüber Ing. D. als im gegenständlichen Verfahren tätiger Amtssachverständiger weisungsbefugt gewesen wäre. Ein dienstliches Einschreiten des Beschuldigten gegenüber Ing. D., als im gegenständlichen Verfahren tätigen Amtssachverständigen für die H., war aufgrund der dargelegten organisatorischen Strukturen der H., zu den fraglichen Zeitpunkten, jedoch nahezu denkmöglich und ist konkret auch nicht erfolgt. Es bestand zwar eine hierarchische Über- und Unterordnung, jedoch hätte es einer besonderen Konstellation bedurft, dass der Beschuldigte als Vertreter des Abteilungsleiters eine im Dienstweg abgegebene Stellungnahme von Ing. D. hätte unterschreiben müssen oder konkrete Weisungen an diesen zu richten gehabt hätte.

Auch führte Herr Ing. D. in seiner gerichtlichen Einvernahme aus, dass er sich durch die Anwesenheit seines Abteilungsleiterstellvertreters im Zuge dieser Besprechungen weder beeinflusst noch unter Druck gesetzt gefühlt hat.

Eine bloß abstrakt denkmögliche Vermutung der Befangenheit vermag – wie bereits oben ausgeführt - die Untersagung einer Nebenbeschäftigung nicht zu rechtfertigen (VwGH 18.12.2001, 2001/09/0142).

Wenn nun dennoch das Vorbringen der Disziplinaranwältin erhoben wird, dass die Gefahr einer Befangenheit aufgrund der potentiell-möglichen Vertretung nicht nur abstrakt denkbar, sondern hinlänglich konkret war, wird abermals auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vom 18.03.1994, 92/12/0254, verwiesen. Dieser Rechtsprechung folgend müsste es – wie dargestellt – für die

Vermutung einer Befangenheit zwangsläufig und wiederholend zu Überschneidungen des dienstlichen und des Nebenbeschäftigungsbereiches kommen. Diese Judikatur vermisst eine Aussage, wonach eine besondere Nahebeziehung bereits dann anzunehmen ist, wenn es potentiell zu Überschneidungen kommen könnte.

Eine Gefährdung dienstlicher Interessen wird vom erkennenden Senat nicht erblickt.

Weiters judizierte der VwGH, dass ein Untersagungstatbestand dann erfüllt sein wird, wenn die Ausübung der Nebenbeschäftigung ihrer Art nach eine Gefahr für die aus der Rechtsordnung ableitbaren wesentlichen dienstlichen Interessen darstellt. So wie beim Untersagungstatbestand der Befangenheit die Vermutung der Befangenheit genügt, also nicht der Nachweis von konkreten Befangenheitssituationen geführt werden muss, reicht eine Gefährdung solcher wesentlicher dienstlichen Interessen aus. Diese Gefährdung darf aber – ähnlich wie bei der Vermutung der Befangenheit – keine bloß hypothetische sein, sondern muss vielmehr unter Beachtung der Erfahrungen des täglichen Lebens und des dienstlichen Aufgabenbereiches des Beamten möglichst konkret dargelegt werden (VwGH 26.01.2000; 98/12/0095).

Dem Gesetz darf ferner nicht ein solcher Sinn unterstellt werden, dass – nicht nur annähernd jede erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung, sondern – überhaupt jede Nebenbeschäftigung, die in Kontakten mit anderen Menschen besteht, zu untersagen wäre (VwGH vom 18.03.1994, 92/12/0254).

Der im angefochtenen Disziplinarerkenntnis hinsichtlich dieses Tatvorwurfs vorgenommene Freispruch war daher zu bestätigen und die dagegen gerichtete Beschwerde abzuweisen.

Zur Strafbemessung:

Gemäß § 77 DO 1994 ist maßgebend für die Höhe der Strafe die Schwere der Dienstpflichtverletzung, wobei insbesondere darauf Rücksicht zu nehmen ist, inwieweit das Vertrauen des Dienstgebers in die Person des Beamten durch die

Dienstplichtverletzung beeinträchtigt wurde, inwieweit die beabsichtigte Strafe erforderlich ist, um den Beamten von der Begehung weiterer Dienstplichtverletzungen abzuhalten, wobei sinngemäß die gemäß § 32 bis 35 StGB für die Strafbemessung maßgeblichen Gründe heranzuziehen sind.

Bei der Strafbemessung wurden von der belangten Behörde die disziplinarische Unbescholtenheit des Zweitbeschwerdeführers und seine auf „sehr gut“ lautende Mitarbeiterbeurteilung vom 05.06.2018 als mildernd gewertet. Weiters wurde berücksichtigt, dass in der Dienststelle des Zweitbeschuldigten die Meldung seiner Nebenbeschäftigung ohne nähere Prüfung, im Hinblick auf das Vorliegen einer möglichen Befangenheit, zur Kenntnis genommen wurde und es diesbezüglich offenbar keine näheren Vorgaben und Kontrollmechanismen gegeben hat. Erschwerend wurde seine Stellung als Vorgesetzter in seiner Vorbildfunktion und das Vorliegen mehrerer Dienstplichtverletzungen gewertet. Bei Vorliegen mehrerer Dienstplichtverletzungen, über die gleichzeitig erkannt wird, ist nur eine Strafe zu verhängen. Diese Strafe ist nach der schwersten Dienstplichtverletzung zu bemessen, wobei die weiteren als erschwerend zu werten sind.

Die - nunmehr einzig verbleibende - angeführte Dienstplichtverletzung wurde zu Recht, im Hinblick auf ihren korruptionsrelevanten Gehalt, als die schwerste Dienstplichtverletzung gewertet.

Die Schwere der Dienstplichtverletzung ist einerseits nach der objektiven Schwere des Tatbildes und andererseits nach der Schwere des Verschuldens zu ermitteln (VwGH 17.02.2015, Ra 2014/09/0027).

Der VwGH judizierte hinsichtlich der Ermessensausübung bei der Strafzumessung durch die belangte Behörde, dass Aufgabe des Verwaltungsgerichtes die Überprüfung sei, ob diese von der belangten Behörde im Sinne des Gesetzes ausgeübt worden sei und zwar vor dem Hintergrund der im Zeitpunkt der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung bestehenden Sach- und Rechtslage. Erst wenn sich die behördliche Ermessensübung im Ergebnis als nicht im Sinne des Gesetzes erfolgt erweist – was insbesondere auch der Fall wäre, wenn die für die Übung des Ermessens maßgeblichen Umstände nicht frei von Verfahrensmängeln oder unvollständig festgestellt wurden – ist das Verwaltungsgericht befugt, bei

Vorliegen der Voraussetzungen für eine Entscheidung in der Sache selbst, eigenes Ermessen zu üben (VwGH 26.07.2018, Ra 2017/11/0294).

Bei der Beurteilung der Schwere der Dienstpflichtverletzung ist vom objektiven Gewicht der Tat bzw. der Taten (dem „Unrechtsgehalt“) in jedem konkreten Einzelfall auszugehen, das – in Ermangelung eines typisierten Straftatbestandskatalogs im Sinne etwa des StGB – wesentlich durch die objektive Schwere der in jedem Einzelfall konkret festzustellenden Rechtsgutbeeinträchtigung bestimmt ist. Bei einer Dienstpflichtverletzung nach § 18 Abs. 2 DO 1994 gehört zur Ermittlung des objektiven Gewichtes bereits, ob und in welchem Ausmaß durch die Tat das Vertrauen der Allgemeinheit, die dem Beamten in seiner Stellung entgegengebracht werden, untergraben wird.

Das im § 18 (iVm § 25 Abs. 2) DO 1994 geschützte Rechtsgut liegt jedenfalls in der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes und des dafür erforderlichen Ansehens der Beamtenschaft.

Die Annahme einer Nebenbeschäftigung die die Vermutung einer Befangenheit hervorruft, war geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen den Rechtsunterworfenen und der Wiener Verwaltung erheblich zu stören: Der Umstand, dass ein Gemeindebediensteter in Wien im selben sachlichen und räumlichen Zuständigkeitsbereich einerseits als privater Sachverständiger in einem von einem Projektwerber initiierten Projekt tätig ist und gleichzeitig zuständiger Amtssachverständiger in einem anderen vom selben Projektwerber initiierten Projekt ist, vermag den Glauben von Bürgern an die Unbefangenheit des handelnden Gemeindebediensteten und die Objektivität des behördlichen Handelns zu erschüttern. Eben dadurch werden auch die dienstlichen Interessen der Wiener Stadtverwaltung, die die Vermittlung der Objektivität des behördlichen Handelns als hohes Ziel verfolgt, beeinträchtigt. Ein Verstoß gegen dieses Ziel ist daher ein nicht unerhebliches Gewicht beizumessen und ist die Annahme einer solchen Nebenbeschäftigung jedenfalls geeignet, das Vertrauen der Allgemeinheit in eine funktionierende und unparteiliche öffentliche Verwaltung hochgradig beeinträchtigt.

Das Verschulden des Zweitbeschwerdeführers mag zwar als nicht schwer erscheinen, insbesondere da die Nebenbeschäftigungsmeldung vom 01.04.2016 vom Direktor E. bloß zur Kenntnis genommen wurde und ohne Reaktion blieb, kann jedoch auch nicht als geringfügig gewertet werden. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vom 21.09.2005, 2005/12/0253, hat ein Beamte, der eine Nebenbeschäftigung auszuüben beabsichtigt, vorerst aus eigenem zu beurteilen, ob sie nicht nach § 56 Abs. 2 BDG 1979 (entspricht § 25 Abs. 2 DO 1994) unzulässig ist. Im Zuge der Auftragsannahme hätte er Erkundigungen darüber einholen müssen, ob er auf Grund der zugewiesenen Aufgabenverteilung nach wie vor als Amtssachverständiger hinsichtlich des Projektes P. formal zuständig ist und somit eine Auftragsannahme desselben Projektwerbers ablehnen müssen. Dass er diese Erkundigungen unterlassen hat, kann ihm jedenfalls als fahrlässiges Verhalten angelastet werden, womit er die ihn treffende gebotene Sorgfalt außer Acht gelassen hat.

Will ein Beamter sichergehen, dass es sich bei der von ihm beabsichtigten Nebenbeschäftigung nicht um eine verbotene handelt, kann er diesbezüglich einen Feststellungsbescheid der Dienstbehörde beantragen. Die Pflicht zur Unterlassung einer verbotenen Beschäftigung besteht jedoch unabhängig von einem solchen Feststellungsbescheid. Hat sich der Beamte dafür entschieden, seine Nebenbeschäftigung selbst als erlaubt zu beurteilen, hat der Beamte das Risiko seiner unrichtigen Einschätzung der Nebenbeschäftigung daher selbst zu tragen. Dass der Beamte sich für die ihm günstiger erscheinende Variante, die Nebenbeschäftigung als erlaubt zu beurteilen, entschieden hat, kann ihm nicht als fehlendes Verschulden zugutegehalten werden (VwGH 28.07.2000, 97/09/0377).

Im Hinblick auf den objektiven und subjektiven Unrechtsgehalt der Tat, kann nicht mit dem mildersten, und in eventu geforderten Disziplinarmittel des Verweises vorgegangen werden.

Der Vollständigkeit halber wird hinsichtlich einer bedingten Strafnachsicht ausgeführt, dass generalpräventive Überlegungen im Rahmen des in der DO 1994 geregelten Disziplinarrechtes nur dann zu berücksichtigen sind, wenn auf sie in einer Rechtsnorm ausdrücklich Bezug genommen wird, wie dies z.B. in § 78 DO

1994 betreffend die bedingte Strafnachsicht der Fall ist. § 77 DO 1994 nennt generalpräventive Gründe nicht (Hutterer/Rath, Rz 5 zu § 77 DO 1994).

Bei der Entscheidung über die Gewährung der bedingten Nachsicht der Strafe ist von der Entscheidung über die Höhe der Strafe strikt zu trennen, wobei Umstände spezial- (und general-) präventiver Natur, die schon für die Bemessung der Strafe maßgeblich waren auch bei der Entscheidung über die bedingte Nachsicht Bedeutung haben (VwGH 10.12.2014, Ro 2014/09/0056).

Bei der Anwendung der bedingten Strafnachsicht gemäß § 78 DO 1994 ist neben spezial- und generalpräventiven Erwägungen insbesondere auf die Art der Dienstpflichtverletzung, die Person des Beamten, den Grad seines Verschuldens und auf sein dienstliches Verhalten Bedacht zu nehmen. § 78 Abs. 1 DO 1994 normiert diesbezüglich, dass eine bedingte Strafnachsicht nur dann gewährt werden kann, wenn anzunehmen ist, dass die bloße Androhung der Vollziehung genügen wird, den Beamten von weiteren Dienstpflichtverletzungen abzuhalten und es der Vollstreckung der Strafe nicht bedarf, um der Begehung von Dienstpflichtverletzungen durch andere entgegenzuwirken.

Im Hinblick auf die Schwere der Dienstpflichtverletzung und die nicht geringfügige Schwere des Verschuldens konnte, ungeachtet dessen, dass die Bestrafung auf Grund der Ruhestandsversetzung nicht mehr aus spezialpräventiven Gründen geboten erscheint, um den Zweitbeschwerdeführer von weiteren Dienstpflichtverletzungen abzuhalten, und trotz Wegfalls einer weiteren Dienstpflichtverletzung als Erschwerungsgrund, als tat- und schuldangemessen angesehen werden. Zusätzlich stehen einer bedingten Strafnachsicht auch generalpräventive Erwägungen entgegen, insbesondere um anderen Gemeindebediensteten vor Augen zu führen, dass Nebenbeschäftigungen stets auf die Vereinbarkeit mit der DO 1994 überprüft werden müssen und eine Vernachlässigung dieser Prüfung zu erheblichen disziplinären Sanktionen führen kann.

Eine höhere Bestrafung – wie von der Erstbeschwerdeführerin gefordert – ist jedoch im Hinblick darauf, dass die belangte Behörde die Strafzumessung im

Übrigen im Sinne des Gesetzes ausgeübt hat, ebenso wenig geboten, wie die Herabsetzung der verhängten Strafe.

Nach der Rechtsprechung des VwGH steht der nunmehr erfolgte Teilfreispruch der Belassung der Strafe in der ursprünglichen Höhe nicht entgegen (VwGH 31.05.1990, 86/09/0200, wonach ein zu Unrecht erfolgter Teilschuldspruch die Aufhebung des Strafausspruches dann nicht nach sich zieht, wenn die Behörde die verhängte Disziplinarstrafe nach der Begründung ihres Bescheides schon allein auf den rechtmäßigen (oder in Teilrechtskraft erwachsenen) übrigen Teil des Schuldspruches, gestützt hat und auch stützen konnte).

Dem Erstbeschwerdeführer waren gemäß § 106 Abs. 1 DO 1994 die Kosten des Disziplinarverfahrens nicht aufzuerlegen.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Belehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Verfahrenshilfe ist einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verwaltungsgericht Wien

Univ.-Doz. Dr. Kolonovits
(Vorsitzender)