OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-950101/11/SE

Datum:
Linz, 3. Juli 2018

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Ellmer über die Beschwerde von Mag. C R, vertreten durch Dr. M H, Rechtsanwalt, X, X, vom 2. Oktober 2017 gegen das Disziplinarerkenntnis der Disziplinarkommission der Landeshauptstadt Linz, Disziplinarsenat II, vom 31. August 2017, ohne GZ, betreffend Erstellen einer Dissertation in der Dienstzeit, unangemessenes Verhalten und fehlende bzw. zu vieler manueller Buchungen im Zeiterfassungssystem nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13. April 2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird mit der Maßgabe stattgegeben, dass die angefochtenen Punkte des Spruchpunktes I. des Disziplinarerkenntnisses der Landeshauptstadt Linz, Disziplinarsenat II, vom 31. August 2017 (ohne GZ) wie folgt lauten:

„I. Der Beschuldigte, Herr Mag. C R, X, wird von den erhobenen Vorwürfen Dienstpflichtverletzungen durch

1a) Erstellen einer Dissertation in der Dienstzeit mit Hilfe der dienstlichen EDV-Ausstattung: Verstoß gegen §§ 41 Abs. 3 und 42 Abs. 1 GEOM (Verbot der Verwendung von Arbeitsmitteln für private Zwecke, Verbot von nichtdienstlichen Tätigkeiten in der Dienstzeit) § 35 Oö. StGBG 2002 (Allgemeine Dienstpflichten)

2) Unangemessenes Verhalten gegenüber KollegInnen: Verstoß gegen § 35 Abs. 2 Oö. StGBG 2002

4) Antritt der Mittagspause ohne Ausbuchen: Verstoß gegen Punkt 2.2 und 22.2 der Gleitzeitregelung (GZR) sowie § 35 Abs. 1 Oö. StGBG 2002

5) Auffällig viele manuelle Kommen-Buchungen im ESS ohne erkennbaren Grund: Verstoß gegen Punkt 22.2 der Gleitzeitregelung und § 35 Abs. 1 Oö. StGBG 2002

begangen zu haben, freigesprochen.“

II. Die Spruchpunkte III. und IV. werden aufgehoben.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem Disziplinarerkenntnis der Disziplinarkommission der Landeshauptstadt Linz, Disziplinarsenat II, (in der Folge: belangte Behörde), vom 31. August 2017, wurde wie folgt erkannt (auszugsweise Wiedergabe ohne Hervorhebungen):

„I.
Der Beschuldigte, Herr Mag. C R, X, wird folgender Dienstpflichtverletzung für schuldig erkannt (Nummerierung entsprechend der Disziplinaranzeige):

1a) Erstellen einer Dissertation in der Dienstzeit mit Hilfe der dienstlichen EDV-Ausstattung: Verstoß gegen §§ 41 Abs. 3 und 42 Abs. 1 GEOM (Verbot der Verwendung von Arbeitsmittel für private Zwecke, Verbot von nichtdienstlichen Tätigkeiten in der Dienstzeit) §§ Oö. StGBG 2002 (Allgemeine Dienstpflichten)
2) Unangemessenes Verhalten gegenüber KollegInnen: Verstoß gegen § Abs. 2 Oö. StGBG
4) Antritt der Mittagspause ohne ausbuchen: Verstoß gegen Punkt 2.2 und 22.2 Gleitzeitregelung (GZR), sowie § 35 Abs. 1 Oö. StGBG
5) Auffällig viele manuelle ‚kommen' Buchungen im ess ohne erkennbaren Grund: Verstoß gegen Punkt 22.2 der Gleitzeitregelung und § 35 Abs. 1 Oö. StGBG

Hinsichtlich der Punkte
1b) […]
3) […]
6) […]
7) […]
wird erkannt, dass diese Disziplinarvergehen nicht begangen wurden und das Disziplinarverfahren diesbezüglich eingestellt wird.

II.
Verletzte Dienstvorschriften:
- § 35 Oö. Statutargemeinden-Beamtengesetz 2002 (Oö. StGBG 2002), LGBl.Nr. 50/2002 in der geltenden Fassung
- §§ 41, 42 Geschäftsordnung für den Magistrat der Landeshauptstadt Linz – GEOM 2015
- Punkt 2.2 und 22.2 der Gleitzeitregelung für die MitarbeiterInnen der Landeshauptstadt Linz mit SAP-Zeiterfassungssystem (GZR)

III.
Über den Beschuldigten wird wegen dieser Disziplinarverletzungen gemäß § 102 Abs. 1 Z. 3 und Absatz 2 i.V.m. § 103 Oö. StGBG 2002 folgende Disziplinarstrafe verhängt:

Eine Geldstrafe in der Höhe von € 3.200,--davon werden € 1.600,- gemäß § 124 Abs. 1 Oö. StGBG 2002 auf 2 Jahre bedingt nachgesehen.

IV.
Der Beschuldigte hat gemäß § 123 Abs. 2 und § 128 Absatz Oö. StGBG 2002, zweiter Satz, zweiter Halbsatz die mit dem Verfahrensaufwand verbundenen Kosten des

Disziplinarverfahrens in der Höhe von gesamt € 640,-- (d.s. 20 % der verhängten Strafe) zu ersetzen."

Im Wesentlichen wurde die Entscheidung wie folgt begründet:

- Aufgrund des Verdachts, dass sich der Beschwerdeführer während der Dienstzeit ausführlich mit seiner Dissertation beschäftigt habe, sei sein privates P-Laufwerk des Dienst-PC ausgewertet worden, wonach ca. 470 Dokumente in eindeutigem Zusammenhang mit der Dissertation gestanden seien. Über die Auswertung sei der Beschwerdeführer informiert worden.
- Bei gleichzeitigem Aufbau von Gleitzeitplus sei eine sinkende Arbeitsleistung festgestellt worden.
- Es seien Dokumente für die Dissertation zumindest von 2009 – 2017 gespeichert und somit auch bearbeitet worden.
- Der Beschwerdeführer sei im Schnitt mindestens im Abstand von ca. 3,8 Arbeitstagen mit einem Dokument beschäftigt gewesen.
- Am 12. Mai 2016 hätte sich der Beschwerdeführer im Rahmen einer Abschiedsfeier zu einem Kollegen mit den Worten „Leck mich doch am Arsch, du elender Wichser." geäußert.
- Seit 12. Mai 2016 hätte sich der Beschwerdeführer auch geweigert, die Kollegin, nämlich die Ehegattin des Beschimpften, zu grüßen. Er habe sich ihr gegenüber in scharfem Ton geäußert: „Sag einmal, was willst du eigentlich von mir?"
- Zumindest am 10. November 2016 von 12:35 bis 13:30 Uhr und am 14. November 2016 von 12:34 bis 13:20 Uhr habe der Beschwerdeführer außer Haus eine Mittagspause konsumiert, ohne dies entsprechend am Gleitzeitgerät zu buchen. Erst aufgrund einer schriftlichen Aufforderung durch die Gleitzeitbeauftragte habe er die Pause nachgebucht.
- Anhand der ESS-Auswertung für 2016/17 lasse sich eine Auffälligkeit an manuellen Buchungen besonders beim morgendlichen Dienstantritt und bei Geht-Buchungen feststellen. Die Kommen-Buchungen seien immer rückwirkend genau auf den letztmöglichen Zeitpunkt aufgrund der speziellen Gleitzeitregelung um 8:30 Uhr oder 1-2 Minuten zuvor erfolgt. Es seien 39 Fälle zwischen 1. Jänner 2016 und 10. Februar 2016 dokumentiert. Die manuellen Buchungen seien bis zu drei Tage später vorgenommen worden.

I.2. Dagegen hat der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 2. Oktober 2017 fristgerecht Beschwerde erhoben. Es wurde beantragt, das angefochtene Disziplinarerkenntnis nach Durchführung einer öffentlichen Verhandlung seinem gesamten Umfang nach aufzuheben.

Zusammenfassend wurde Folgendes eingewendet:

- Die erhobenen Dokumente, die unter „Politische Bildung" und ähnlichen Bezeichnungen stehen würden, hätten auch dienstliche Verwendung gefunden. Sie würden verschiedenste Bereiche von Politik, Recht und Verwaltung abdecken und seien für eine Dissertation nicht geeignet.

- Eine inhaltliche Durchsicht der Dokumente hätte im gesamten Verfahren nicht stattgefunden.
- Das Öffnen und Schließen eines Dokumentes stelle keine Dienstpflichtverletzung dar. Aus der Auswertung würden sich lediglich Durchschnittswerte, wie oft Dokumente „aufgemacht“ worden seien, ergeben. Manche seien monatelang oder noch länger nicht bearbeitet worden.
- Die Dokumente würden in der Mehrzahl so geringen Speicherplatz beanspruchen, weshalb aufgrund der geringen Größe der Datei es völlig undenkbar sei, dass eine längere oder gar über die zulässige Privatnutzung hinausgehende Zeitbeanspruchung vorgelegen habe.
- Die Dokumenteninhalte seien nicht näher geprüft worden. Es sei eine stichprobenartige Auswertung erfolgt.
- Eine private Tätigkeit sei nicht nur in der 20-minütigen Pause innerhalb der Normalarbeitszeit festgelegt.
- Es wurde von keinem der befragten Zeugen konkret wahrgenommen, dass der Beschwerdeführer am diensteigenen PC an einer Dissertation gearbeitet hätte.
- Es würde jegliche Anhaltspunkte und Beweise für die Dauer der privaten Nutzung fehlen.
- Der Beschwerdeführer hätte nicht gegen die internen Organisationsvorschriften hinsichtlich privater Nutzung der IT- und TK-Endgeräte verstoßen.
- Es bestehe ein Verwertungsverbot für personenbezogene MitarbeiterInnendaten.
- Es sei auch erlaubt etwa 10 Minuten außerhalb der Normalarbeitszeit privaten Tätigkeiten nachzugehen.
- Die erforderliche Information über die Internetauswertung und Auswertung des P-Laufwerks des Beschwerdeführers sei weder gegenüber dem Beschwerdeführer noch gegenüber der Personalvertretung erfolgt.
- Alte Dokumentenversionen wurden immer wieder neu abgespeichert.
- Es seien verjährte Tatvorwürfe unzulässig einbezogen worden.
- Der Beschwerdeführer sei im Jahr 2015 ein halbes Jahr im Krankenstand gewesen.
- Die belangte Behörde habe bei den Feststellungen bezüglich dem Vorfall 12. Mai 2016 den Ablauf völlig unberücksichtigt gelassen. Es lägen auch Widersprüche der Zeugenaussagen vor.
- Alleine das Nichtbuchen von zwei Mittagspausen in einem Zeitraum von mehr als einem Jahr, stelle keine schuldhafte Verletzung dar. Das Buchen sei ohnehin rechtzeitig behoben worden.
- Die 39 manuellen Buchungen seien als Buchungsfehler zu betrachten. Es gäbe dafür stress- und krankheitsbedingte Gründe.
- Es lägen auch bei anderen MitarbeiterInnen wesentlich mehr als nur eine Fehlbuchung vor.
- Der Beschwerdeführer sei wegen dieser „Nachlässigkeit“ von seinen Vorgesetzten nie angesprochen worden.

I.3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde unter Anschluss des Verfahrensaktes mit Schreiben vom 13. Oktober 2017, eingelangt am 30. Oktober 2017, dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat am 13. April 2018 eine mündliche Verhandlung durchgeführt, bei der alle Parteien anwesend waren und die Zeugen P P (in der Folge: Zeuge 1), E P (in der Folge: Zeugin 2) und R H (in der Folge: Zeuge 3) befragt wurden.

Im Wesentlichen wurde zu den vorgeworfenen Dienstpflichtverletzungen Folgendes vorgebracht bzw. ausgesagt:

Zu 1a) Erstellen einer Dissertation in der Dienstzeit mit Hilfe der dienstlichen EDV-Ausstattung:

Nach Einsicht in die vorliegende Dokumentenliste gab der Beschwerdeführer an, dass er das P-Laufwerk hauptsächlich als Archiv nutze. Eine konkrete Ordnung gäbe es nicht. Er habe sowohl dienstliche als auch die Dissertation betreffende Dokumente gespeichert. Es sei von ihm von 2009 bis 2013 eine Wunschvorstellung gewesen, eine Dissertation zu erstellen. Er habe Unterordner angelegt und möglicherweise für die Dissertation brauchbare Unterlagen gespeichert. 2013 habe er sich entschlossen, tatsächlich eine Dissertation zu schreiben. Es sei ihm wichtig gewesen, die Dokumente und Unterlagen sicher abspeichern zu können. Am privaten PC zu Hause sei dies nicht der Fall gewesen, weshalb er mittels USB-Stick die Dokumente im P-Laufwerk gespeichert habe. Er habe Kollegen, die auch Arbeiten für ihr Studium während der Dienstzeit erstellten.
Aufgrund der vorhandenen Dokumentenliste könne er nicht sagen, welche Dokumente er tatsächlich für die Dissertation verwendet habe.
Weder die Abteilungsleiterin noch der Direktor hätten den Beschwerdeführer vor der Einleitung des Disziplinarverfahrens darauf angesprochen, dass er in der Dienstzeit an privaten Dokumenten arbeitet.
Er kenne die innerorganisatorische Vereinbarung der Stadtverwaltung mit der Personalvertretung betreffend Anwendung und Nutzung der Informations- und Kommunikationssysteme und auch die Bestimmungen für die Nutzung von IT- und Telekommunikation. Es sei ihm deshalb bekannt, dass einerseits in den 20-minütigen Arbeitspausen und andererseits für private Zwecke außerhalb der Dienstzeit die Nutzung für private Zwecke gestattet sei. Zudem gäbe es eine Faustregel, dass auch in der Dienstzeit eine Nutzung für ca. 10 Minuten gestattet sei.
Eine Information, dass die IT in sein P-Laufwerk Einsicht nimmt, habe er von niemandem je erhalten.
Er wisse nicht, ob für das heimliche Fotografieren seines Schreibtisches eine Genehmigung der Dienstbehörde vorgelegen ist. Informationen darüber erhielt er

nicht. Zu diesem Zeitpunkt sei er auf Urlaub gewesen. Die auf einem Foto ersichtliche Handschrift sei seine. Das erste Mal sei der Beschwerdeführer vom Direktor am 17. August 2017 auf die in seinem Büro vorgefundenen Unterlagen angesprochen worden.
Aus den Zeitnachweisformularen könne nicht geschlossen werden, dass nicht im Rahmen der erlaubten Nutzung an privaten Dokumenten gearbeitet habe.

Die Vertreterin der Dienstbehörde gab an, dass für den Beschwerdeführer zum gegenständlichen Zeitpunkt die Kernzeit täglich von 8:30 bis 12:30 Uhr festgelegt gewesen sei. Montags und donnerstags hätte es eine zusätzliche Kernzeit von 14:00 bis 16:00 Uhr gegeben. Jeder Mitarbeiter kann während der Normalarbeitszeit eine 20-minütige Pause konsumieren, ohne dies buchen zu müssen. Die Normalarbeitszeit sei für Montag und Donnerstag 7:00 – 17:30 Uhr, Dienstag und Mittwoch 7:00 – 13:30 Uhr und für Freitag 7:00 – 14:00 Uhr festgelegt.
Die vom Direktor durchgeführte Kontrolle im Büro des Beschwerdeführers sei laut Verfahrensakt am 29. Februar 2017 durchgeführt worden. Dies sei aber unmöglich, da das Kalenderjahr 2017 kein Schaltjahr gewesen sei. Die Vertreterin der Dienstbehörde vermute deshalb, dass es der 28. Februar 2017 gewesen sei.
Am 23. März 2017 sei dem Beschwerdeführer vom Direktor mitgeteilt worden, dass „private“ Ordner auf seinem Schreibtisch vorgefunden worden seien.
Der Beschwerdeführer habe am 23., 24. und 27. Februar 2017 sowie am 3. März 2017 und von 6. bis 8. März 2017 jeweils ganztägig Gleitzeitplus oder Urlaub konsumiert.
Es gäbe die Regelung, dass die dienstliche EDV auch in der Dienstzeit privat genutzt werden dürfe, z.B. in der 20 Minuten-Pause. Dies hieße aber nicht, dass das jeden Tag in der Pause sein könne. Die Pause solle für andere Dinge verwendet werden und würde es nicht der Lebenswahrscheinlichkeit entsprechen, weil sonst nie eine Pause konsumiert werden würde.

Die Vertreterin der Disziplinarkommission hielt fest, dass aufgrund des Vorfindens von Unterlagen bzw. Ordnern, die einen Bezug zum Dissertationsthema haben, am Schreibtisch des Beschwerdeführers es naheliegen würde, dass er sich in der Dienstzeit mit der Dissertation beschäftigt habe.

Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers wies darauf hin, dass sich die Zeitnachweisformulare nicht mit der Dokumentenliste decken würden. Es fehle die Angabe der Größe der Dokumente, weshalb nicht erkennbar sei, wie umfangreich ein Dokument tatsächlich sei.
Da auch eine frühere Abteilungs- bzw. Bereichsleiterin ganz offenkundig während der Dienstzeit außerdienstliche Schriften verfasst habe, sei schon aus Gründen der Gleichbehandlung unter den Mitarbeitern bekannt gewesen, dass man jedenfalls, soweit man seine Aufgaben nicht vernachlässigt und ordnungsgemäß erfüllt,

nebenher private Beiträge, so auch Vorarbeiten für wissenschaftliche Arbeiten, verfassen könne.

Die einvernommenen Zeugen hätten nie persönlich wahrgenommen, dass der Beschwerdeführer während der Dienstzeit an seiner Dissertation gearbeitet habe.

Zu 2) Unangemessenes Verhalten gegenüber KollegInnen:

● Abschiedsfeier am 12. Mai 2016:

Der Beschwerdeführer schilderte, dass am 12. Mai 2016 im Anschluss an die Dienstzeit eine Abschiedsfeier eines Kollegen in den Räumlichkeiten des Alten Rathauses stattgefunden habe. Er sei mit den Kollegen Zeugen 3 und F an einem von mehreren Stehtischen gestanden. Daneben seien Zeuge 1 und Zeugin 2 an einem Stehtisch in einer Entfernung von ca. 3 m gestanden. Der Gastgeber habe sich nicht in Hörweite befunden. Sie hätten sich sehr gut unterhalten.
Zeuge 1 sei dann um ihren Tisch herumgetänzelt und hantierte mit seinem Handy so, als ob er fotografieren möchte. Zu diesem Zeitpunkt sei der Gastgeber P am Tisch des Beschwerdeführers gestanden. Es sei sonst niemand in Hörweite gewesen. Durch Gestik und Mimik habe der Beschwerdeführer den Zeugen 1 versucht abzuwehren und zu verstehen gegeben, dass er nicht fotografiert werden wolle. Wortmeldungen habe es nicht gegeben.
Der Beschwerdeführer habe das Verhalten von Zeugen 1 als sehr aufgedreht und provokativ empfunden. Der Zeuge 1 führe einen „wilden Spruch“. Bei dieser Feier sei Alkohol getrunken worden, er selbst sei aber Antialkoholiker.
Zeuge 1 habe sich vor Weihnachten 2017 beim Beschwerdeführer dafür entschuldigt, dass er sich vom Direktor beinahe ein Jahr danach instrumentalisieren ließ. Das Verhältnis sei zwischen ihnen seither kollegial und korrekt.
Der Beschwerdeführer habe den Eindruck, dass der Direktor ältere Mitarbeiter „loswerden“ wolle. Der Vorfall hätte noch im Mai geklärte werden können, weil der Direktor üblicherweise nichts anstehen lasse.

Der Zeuge 1 führte aus, dass er sich an den Vorfall am 12. Mai 2016 nicht mehr gut erinnern könne, weil es schon so lange her sei. Er sei Sachbearbeiter im gleichen Geschäftsbereich wie der Beschwerdeführer.
Zum gegenständlichen Zeitpunkt sei noch nicht der Direktor sondern Frau Dr. X-X seine Vorgesetzte gewesen.
Er habe dem Direktor den Vorfall vom 12. Mai 2016 mündlich dargestellt und dies sei dann protokolliert worden. Ob er zuvor über diesen Vorfall mit seinen Vorgesetzten gesprochen hat, wisse er nicht mehr, aber unmittelbar danach habe er ihnen sicher nicht berichtet.
Zeuge 3 sei neben dem Beschwerdeführer gestanden. Er habe nicht fotografiert, jedoch das Handy auf den Gastgeber, der am Nebentisch vom Beschwerdeführer

gestanden sei, gerichtet, so als ob er fotografieren würde. Der Gastgeber habe dem Zeugen 1 zu verstehen gegeben, dass er das nicht wolle, weshalb er es auch nicht getan habe.
Alkohol trinke er schon seit 1990 nicht mehr.
Auf Vorhalt seiner protokollierten Aussage, konnte sich Zeuge 1 wieder daran erinnern, dass der Beschwerdeführer ihm gegenüber geäußert habe: „Leck doch du mich am Arsch, du elender Wichser“. Die Zeugin 2 habe das auch gehört.

Zeugin 2 gab an, dass sie Mitarbeiterin in der gleichen Abteilung wie der Beschwerdeführer sei. Sie könne sich an die Feier am 12. Mai 2016 noch einigermaßen erinnern. Es seien ca. 20 Personen anwesend gewesen. Sie könne sich nicht erinnern, ob Alkohol getrunken worden sei. Zeuge 1, ihr Ehegatte, habe nicht fotografiert, er habe aber herumgeblödelt und angedeutet, dass er den Gastgeber fotografiert. Der Stehtisch, an dem sie mit Zeugen 1 gestanden ist, sei neben jenem des Beschwerdeführers gewesen. Auch der Gastgeber und Zeuge 3 seien dort gestanden.
Aus heiterem Himmel habe der Beschwerdeführer Zeugen 1 beschimpft. Sie wisse nicht mehr genau, was gesagt worden sei. Nach Vorhalt ihrer Aussage in der mündlichen Verhandlung vor der Disziplinarkommission, hielt sie fest, dass es wohl so gewesen sein wird.
In der Abteilung sei über diesen Vorfall gesprochen worden und der Direktor habe das dann auch mitbekommen. Zeuge 1 und sie seien vom Direktor angewiesen worden, den Vorfall festzuhalten und an ihn weiterzuleiten. Dies sei kurz vor der Disziplinaranzeige gewesen.
In der Zwischenzeit sei alles geklärt und „Schnee von gestern“.

Zeuge 3 führte aus, dass er Sachbearbeiter in der gleichen Abteilung wie der Beschwerdeführer sei. An die Feier am 12. Mai 2016 könne er sich nicht mehr gut erinnern. Es seien ca. 20 Personen anwesend gewesen. Er könne sich nicht mehr daran erinnern, ob er mit dem Beschwerdeführer an einem Tisch gestanden ist. Er wisse auch nicht mehr, ob Zeuge 1 fotografieren wollte oder nicht.
Er trinke bei Betriebsfeiern keinen Alkohol, aber es habe Prosecco gegeben.
Von der Beleidigung habe er erst im Nachhinein gehört. Es sei gesagt worden, dass der Beschwerdeführer ausfällig geworden sei und etwas wie „Arschloch“ gesagt haben soll. Wo sich der Gastgeber jeweils befand, wisse er nicht.

● Vorfall in der Teeküche:

Der Beschwerdeführer führte aus, dass die Zeugin 2 ihm nach der Feier am 12. Mai 2016 deutlich gezeigt habe, wie sehr sie ihn verachtet. Das habe sich über Wochen hingezogen. Er sei ihr deshalb immer aus dem Weg gegangen. Über den 12. Mai 2016 habe weder sie ihn noch er sie angesprochen.
Einmal sei es zu einem ungewollten Treffen in der Teeküche gekommen. Der Beschwerdeführer habe die Teeküche so schnell als möglich verlassen und die

Zeugin 2 nicht gegrüßt. Sein Büro liege gleich schräg gegenüber und noch bevor er dort gewesen sei, habe ihm Zeugin 2 sinngemäß nachgeschrien: „So eine Frechheit, du gehst einfach, ohne mich zu grüßen“. Er sei ziemlich perplex gewesen und habe gesagt: „Was willst du von mir? Was soll das?“ Er habe sich eingeschüchtert und defensiv gefühlt.

Zu 4) Antritt der Mittagspause ohne Ausbuchen:

Es wurde festgestellt, dass sich betreffend der vorgeworfenen Zeitbuchung am 14. November 2016 keine Nachweise im Akt befinden.

Der Beschwerdeführer wies darauf hin, dass es ausreiche, wenn die Nachbuchungen nachgeholt werden, das müsse nicht unmittelbar am nächstfolgenden Tag erfolgen. In einem Fall erhielt er die Zeiten eines Kollegen, mit dem er gemeinsam Mittagspause machte.

Zu 5) Auffällig viele manuelle „kommen“ Buchungen im ESS ohne erkennbaren Grund:

Der Beschwerdeführer gab an, dass er sich die Zeiten auf einem Post-it oder dem Kalender vermerkt habe. Wenn dringende Arbeiten anstanden, sei es ihm nicht möglich gewesen, die Korrekturen gleich durchzuführen.
Im gegenständlichen Zeitraum führte er seinen Hausumbau durch, weshalb er sehr oft seine Geldtasche mit der Stechkarte vergessen habe. Ferner sei er morgens öfter ziemlich chaotisch.
Mitarbeiter, die ein sehr gutes Verhältnis zur Gleitzeitbeauftragten haben, würden auch ihre Kommen- und Gehen-Zeiten darin eintragen.

Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ergänzte, dass dem Beschwerdeführer wegen jeder kleinster Verfehlung auf die Finger geschaut worden wäre. Bei anderen Mitarbeitern sei dies aber nicht der Fall gewesen. Es hätte keine Rügen oder Ahndungen gegeben.
Ein konkreter Vorhalt bezüglich manueller Buchungen am 6. Februar 2017 sei dem Beschwerdeführer nie gemacht worden.
Am 9. April 2018 sei das „Gleitzeitbuch“ vollständig gelöscht worden. Zuvor habe der Beschwerdeführer Einsicht gehabt und festgestellt, dass eine Sekretärin jedenfalls mehr Fehlbuchungen als der Beschwerdeführer gehabt hätte. Auch bei anderen Mitarbeitern seien geringfügig weniger Fehlbuchungen aufgeschienen. Eine Frist für Nachbuchungen gäbe es nicht.

Die Vertreterin der belangten Behörde erklärte, dass das elektronische Gleitzeitbuch eine Aufgabenliste im Outlook sei, zu der jeder Mitarbeiter Zugriff habe. Dort würden die Buchungen eingetragen, die im ESS nicht selber gemacht werden dürfen bzw. können, z.B. Zeiten für Arztbesuch, Stornierung von Urlauben. Das

habe nichts mit den manuellen Buchungen, die man selbst durchführen kann, zu tun. Kommen- und Gehen-Buchungen würden von jedem Mitarbeiter selbst im System ausgeführt. Diese gegenständliche Auswertung sei keine Auswertung des elektronischen Gleitzeitbuchs.

Sowohl die Vertreterin der Disziplinarkommission als auch der Dienstbehörde beantragten die Abweisung der Beschwerde. Es habe sich nichts ergeben, dass die Erkenntnisse des angefochtenen Disziplinarerkenntnisses widerlegt hätten.

Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers führte abschließend aus, dass die wie immer gefallenen Äußerungen bei dieser privaten Feier gar nicht als beleidigend oder jedenfalls dem Umgangston nicht angepasst empfunden worden sind. Es seien monatelang keinerlei konkrete Mitteilungen an den direkten Dienstvorgesetzten gemacht worden. Der Dienstvorgesetzte habe diese Äußerungen, obwohl ihm diese schon lange bekannt waren, eben gerade nicht der Dienstbehörde zunächst weitergeleitet, weshalb auch die Verspätung des Aufgriffs dieser Verpflichtungen eingewendet werde.
Auch Zeuge 3 habe sich wie Zeugin 2 erinnern können, dass F anwesend gewesen sei. Die Zeugin 2 habe ausgesagt, dass ihr Ehegatte mit dem Handy gescherzt hätte. Zeuge 1 habe aber nach Beil./1 selbst zugestanden, dass er eben nicht geblödelt und Spaß gemacht habe, sondern er ein Foto mit dem Handy machen wollte, was jedoch ausdrücklich mit erhobenen Händen abgewehrt worden sei. Dies lasse jeden scherzhaften Charakter einer solchen Aktion als unglaubwürdig und völlig substanzlos erscheinen.
Das ungewollte Fotografieren auf einer privaten Feier würde entsprechende Entrüstungsbeleidigungen rechtfertigen, obwohl ohnehin keine objektiven Beweise für diesen konkreten Vorfall vorliegen würden.
Das Klima in der Abteilung habe sich auch wegen des anhängigen Disziplinarverfahrens verbessert.
Die Vorgangsweise des Direktors, um ca. 6:00 Uhr früh ohne Beisein des Beschwerdeführers dessen Büro aufzusperren und zu betreten und Fotos anzufertigen, die erst in der Disziplinarverhandlung, also monatelang später, erstmals dem Beschwerdeführer vorgelegt wurden, sei als ungeheuerlich zu bezeichnen.
Kein einziger Mitarbeiter habe den Beschwerdeführer trotz offenstehender Bürotür jemals beobachtet, während der Dienstzeit, oder über das ohnehin auch während der Dienstzeit zulässige Ausmaß hinaus, private Daten gespeichert oder verarbeitet zu haben. Der Eingriff in das P-Laufwerk sei völlig unverständlich.
Der Beschwerdeführer habe seine Nachbuchungen alle nachgeholt. Besondere Fristen oder Vorschriften gäbe es dafür nicht. Er habe sich im völlig üblichen Rahmen dieses Ausmaßes der Nachbuchungen der konkreten Abteilung gehalten.
Zum gegenständlichen Zeitraum habe der Beschwerdeführer unter ganz erheblichen Druck des damaligen politischen Referenten, der ständig Korrekturen der Beiträge im Nachhinein unter Zeitdruck vom Beschwerdeführer durchführen

ließ, gestanden. Diesen Druck habe offensichtlich auch der Direktor verspürt und an den Beschwerdeführer weitergegeben.
Nach einer ca. sechsmonatigen Erkrankung des Beschwerdeführers habe ein schlechteres Verhältnis zum Vorgesetzten bestanden, weil ihm offensichtlich das Fehlen seiner Arbeitskraft vorgeworfen worden sei. Dies alles belege, dass das gegenständliche Disziplinarverfahren vor dem Hintergrund stand, dass nach Verfehlungen des Beschwerdeführers „akribisch“ gesucht worden sei.
Es liege ein gravierender Verstoß gegen das Grundrecht des Datenschutzes nach § 1 DSG 2000 vor. Eine private Nutzung der IT sei ausdrücklich zulässig. Es habe mangels konkretem Verdachtsmoment kein Anlass bestanden, in das P-Laufwerk Einsicht zu nehmen. Es sei nach privaten Dateien im P-Laufwerk gesucht, die irgendeinen Hinweis auf eine private Nutzung geben würden, worden.

Es liege diesbezüglich ein dienstinternes Verwertungsverbot schriftlich vor. Ein Verstoß gegen § 1 DSG 2000 müsse zu einer Interessensabwägung führen. Ein Beweisverwertungsverbot sei anzunehmen, wenn der im Kernbereich der EMRK und auch der nunmehrigen EU-Grundrechte-Charta geschützte Bereich des Privat- und Familienlebens eingedrungen werde.
Dies sei augenscheinlich bei einem P-Laufwerk, das eben genau dazu dient, die privaten Daten eines Mitarbeiters zu schützen, gegeben. Auch wenn der VwGH, etwa nach der Entscheidung aus 2008, Beweisverwertungsverbote nicht sah, habe schon der VfGH etwa in der Entscheidung G2/2013 den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz postuliert. Aufgrund einer entsprechenden Abwägung sei hier, da keine Anhaltspunkte für eine Verwendung von Daten vorlagen, im Zuge einer Interessensabwägung ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen. Dies vor allem, weil der Beschwerdeführer dazu nicht befragt oder gar eine Zustimmung von ihm eingeholt worden sei.
Es wurde ein Freispruch von den Vorwürfen beantragt.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt, das Beschwerdevorbringen und Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 13. April 2018.

II.2. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt gilt als erwiesen:

Der Beschwerdeführer ist Beamter der Landeshauptstadt Linz und im Geschäftsbereich „Kommunikation und Marketing“ (in der Folge: X) tätig. Die befragten Zeugen sind ebenfalls Mitarbeiter in der X.

Zu 1a) Erstellen einer Dissertation in der Dienstzeit mit Hilfe der dienstlichen EDV-Ausstattung:

Es bestehen folgende innerorganisatorische Regelungen (auszugsweise Wiedergabe):

VEREINBARUNG [vom 13.9.2010]
abgeschlossen zwischen der Stadtverwaltung einerseits und der Personalvertretung andererseits, des

„Magistrates der Stadt Linz

über die
Planung, Einführung, Anwendung und Nutzung bestehender und zukünftiger Informations- und Kommunikationssysteme
sowie über die Regelung der Verwendung personenbezogener Daten aller Bediensteten.
[...]
B) Allgemeine Regelungen
[...]

2. Allgemeine Regeln für den Zugriff auf Daten und Programme

a) Verwendung von Protokoll- und Dokumentationsdaten

Die Verwendung von Protokoll- und Dokumentationsdaten ist nur aus folgenden Gründen zulässig:
- Prüfung der Zugriffsberechtigung
- Vorliegen eines begründeten Verdachts auf eine strafbare Handlung und/oder eine Dienstpflichtverletzung

Die Bestimmungen des Statuts für die Landeshauptstadt Linz (StL 1992) und der Geschäftseinteilung und Geschäftsordnung für den Magistrat der Landeshauptstadt Linz (GEOM 1999) über die Prüfungstätigkeit des Kontrollamtes/Stadtrechnungshofes sowie des MD-Rundschreibens betreffend Datenschutz, Datensicherheit und Internet-Nutzung im Magistrat der Landeshauptstadt Linz v. 15.2.2002 werden hiervon nicht berührt.

b) Einsichtnahme in Daten und Programme

Die zuständigen DienstgebervertreterInnen (Vorgesetzte, PPO/Dienstaufsicht) haben auch ohne Zustimmung des/der Mitarbeiters/in das Recht, die Qualität der Arbeitsleistung und -intensität des/der Mitarbeiters/in durch Einsichtnahme in die von ihm/ihr dienstlich verwendeten bzw. nicht verwendeten Daten und Programme zu überprüfen. Diese Einsichtnahme darf nicht in übersteigender Intensität organisiert sein und jenes Maß überschreiten, das für das jeweilige Arbeitsverhältnis typisch und geboten ist.

Diese Einsichtnahme ist entsprechend zu protokollieren (Datum, Name oder User-ID des/der Mitarbeiters/in, Begründung der Einsichtnahme), wenn ein Verdacht auf Dienstpflichtverletzung und/oder strafbare Handlung besteht. Dem/Der Mitarbeiterin ist eine Ausfertigung des Protokolls zu übergeben und er/sie erhält unter Mitwirkung der Dienststellenleitung die Möglichkeit sich persönlich zum Verdacht zu äußern. Die

Mitwirkungsrechte der Personalvertretung im Sinne des Oö. Gemeinde-Personalvertretungsgesetzes (Oö. G-PVG) sind zu beachten.
Freigestellte Mitglieder der Personalvertretung und das Kanzleipersonal der Personalvertretung unterliegen nicht der Kontrolle durch Einsicht in Programme und Daten. Vertrauenspersonen unterliegen Jedoch einer solchen Überprüfung, soweit sie nicht im Sinne des Oö. Gemeinde-Personalvertretungsgesetzes (Oö. G-PVG) für die Personal-Vertretung tätig sind.
Hinsichtlich Internet-Nutzung gelten ausschließlich die Sonderregelungen des Pkt C.3.
[...]

3. Verwertungsverbot für personenbezogene Mitarbeiterinnendaten

Personenbezogene Mitarbeiterinnendaten, die entgegen den Bestimmungen dieser Vereinbarung bekannt werden, dürfen nicht gegen den/die Mitarbeiterin verwendet werden.
[...]
.
5. Sonstige private Verwendung

Die von der Stadt zur Verfügung gestellte EDV-Infrastruktur darf unter bestimmten Voraussetzungen auch für Privatzwecke (wie z.B. Surfen im Internet, Verschicken von E-Mails, Abfassen von Schriftstücken, Telebanking etc.) verwendet werden. Auf das MD-Rundschreibern betreffend Datenschutz, Datensicherheit und Internet-Nutzung im Magistrat der Landeshauptstadt Linz v. 15.2.2002 und das PD-Rundschreiben betreffend Internetmissbrauch v. 15.2.2005 wird verwiesen.
[...]

C) Spezielle Regelungen

[...]

3. Internet-Nutzung

Der Dienstgeber kann zur grundsätzlichen Erhebung des Internetverhaltens von Mitarbeiterinnen bei der Informationstechnologie eine anonymisierte Auswertung darüber in Auftrag geben, welche Hauptdomain von der Gesamtheit der Mitarbeiterinnen oder einer Organisationseinheit (Mindestgröße zehn Mitarbeiterinnen) angewählt wurde.

Bei begründetem Verdacht des Missbrauches (z.B. Kapazitätsprobleme; Nutzung zu privaten Erwerbszwecken; Nutzung, die den Interessen und dem Ansehen des Magistrates in der Öffentlichkeit schaden kann oder die gegen gesetzliche Bestimmungen verstößt; private Nutzung innerhalb der Dienstzeit in größerem Ausmaß,...) kann der Dienstgeber Internetaktivitäten prüfen, die sich auf einen konkreten EDV-Arbeitsplatz oder User beziehen. Die Personalvertretung und der/die Mitarbeiterin sind vom Dienstgeber von einer Internetauswertung, die sich auf einen bestimmten EDV- Arbeitsplatz bezieht, zu Informieren.

Freigestellte Mitglieder der Personalvertretung und das Kanzleipersonal der Personalvertretung unterliegen bezüglich der Nutzung von Internet und E-Mail keiner Überprüfung

ihres individuellen Nutzungsverhaltens. Vertrauenspersonen unterliegen jedoch einer solchen Überprüfung, soweit sie nicht im Sinne des Oö. Gemeinde-Personalvertretungsgesetzes (Oö. G-PVG) für die Personalvertretung tätig sind.

Auch im Rahmen der erlaubten Verwendung von dienstlichen Geräten für die private Internet-Nutzung außerhalb der Dienstzeit ist das Betrachten von strafgesetzwidrigen und sittenwidrigen Inhalten (Pornographie, politischer Extremismus, Gewalt etc.) jedenfalls verboten; sie unterliegt den gleichen Kontrollmechanismen wie die Internet- Nutzung während der Dienstzeit.

[...]“

IKT-Koordination vom 12. Februar 2015, GZ. 0043629/2009:
„An alle Mitarbeiter/-innen der Stadtverwaltung und PV
Bestimmungen für die Nutzung von IT und Telekommunikation

3.1.8 Dienstliche Nutzung privater Endgeräte (z. B. Smartphones, Tablets)

· Die Nutzung von privaten Endgeräten erfolgt auf Ihren eigenen Wunsch und nach Genehmigung Ihrer Geschäftsbereich-Direktion. Die möglichen, unterstützten Typen und Modelle von privaten Endgeräten werden von der IKT Linz GmbH Gruppe definiert. Die Geräte müssen den technischen Mindeststandards der IKT entsprechen.

· Auf speziellen privaten Endgeräten (Smartphone, Tablet, ...) wird ein Administrationsprogramm und/oder ein Zertifikat installiert, damit technische IKT Möglichkeiten/Regeln/Policies (z. B. Passwort bzw. PIN Schutz, Verschlüsselung, Virenschutz etc.) auf diesem Gerät von der IKT Linz durchgesetzt werden.

· Bei Beschädigung, Zerstörung, Diebstahl oder Verlust Ihres privaten Endgerätes ist die IKT Linz nicht verpflichtet, dieses Gerät zu reparieren bzw. zu ersetzen oder für Ihren privaten Schaden aufzukommen.

· Wird entweder die Option für die Nutzung privater Endgeräte beendet oder erfolgt ein Geschäftsbereich-Wechsel oder endet generell das Beschäftigungsverhältnis mit dem Magistrat, so haben Sie dafür Sorge zu tragen, dass alle dienstlichen Daten vom privaten Gerät von Ihnen gelöscht worden sind und diese ordnungsgemäß auf den dafür vorgesehenen Serverlaufwerken oder in den entsprechenden Anwendungen abgespeichert wurden.

3.1.10 Private Nutzung dienstlicher Endgeräte

· Generell ist die private Nutzung aller IT- und TK-Endgeräte (vor allem Surfen im Internet und Bearbeitung privater E-Mails) während der Dienstzeit nur in begrenztem Maß (z. B. innerhalb der 20 minütigen Pause) erlaubt. Die Nutzung der städtischen Informations- und Kommunikationstechnologie für private Zwecke außerhalb der Dienstzeit ist gestattet.

· Die private Nutzung darf nicht (weder innerhalb noch außerhalb der Dienstzeit)
o den guten Sitten widersprechen (z. B. Porno),

o einen strafrechtlichen Tatbestand oder
o eine Verwaltungsübertretung auslösen oder unterstützen,
o für eine Nebenbeschäftigung erfolgen.

Für die Sicherung und den Schutz privater Daten ist der/die Endbenutzer/-in selbst verantwortlich (s. auch die Punkte 3.1.4 Datenablage, 3.1.9 Elektronische Kommunikation und Telefonie: 3.1.9.3 Kalender und 3.1.9.12 Stellvertretung in EDV-Systemen).“

Die „Gleitzeitregelung für die MitarbeiterInnen der Landeshauptstadt Linz mit SAP-Zeiterfassungssystem (GZR)“ hat auszugsweise folgenden Inhalt (Wiedergabe ohne Hervorhebungen):

„[…]
Allgemeine Bestimmungen
[…]
2. Normalarbeitszeit
[…]
2.2
Für die MitarbeiterInnen besteht die Möglichkeit, eine Pause von 20 Minuten pro Arbeitstag zu konsumieren. Diese Pause wird auf die Dienstzeit angerechnet, wenn sie innerhalb der festgelegten Normalarbeitszeit konsumiert wird. Die Pause kann nicht der Mittagspause unmittelbar voran- oder nachgesetzt oder innerhalb des Gleitzeitrahmens für die Mittagspause konsumiert werden.

Eine Verpflichtung zur Pausenbuchung im Zeiterfassungssystem besteht nur in den Fällen, dass MitarbeiterInnen während der Pause das Dienstgebäude verlassen oder Aktivitäten nachgehen, die in der Dienstzeit jedenfalls untersagt sind (z.B. privates Surfen im Internet). Das Aufsuchen der Gaststätten in den Gebäudekomplexen des Neuen und des Alten Rathauses gelten ebenfalls als Verlassen des Dienstgebäudes.

Die 20-Minuten-Pause kann auch in mehreren Teilen konsumiert werden (Pausen-Splitting).
[…]

21. Gleitzeitbuch
21.1
In jeder Dienststelle ist im Sekretariat ein Gleitzeitbuch zu führen, indem unter der Verantwortung des/der Dienststellenleiter/in die in der GZR vorgeschriebenen Eintragungen festzuhalten sind.

Fehlende Buchungen sind nachträglich ohne vorherige Eintragung ins Gleitzeitbuch vom/von der MitarbeiterIn selbst via ESS durchzuführen. Wird dies vom Zeiterfassungs-system verweigert, ist die Nachbuchung nach Eintragung durch den/die betreffende/n MitarbeiterIn im Gleitzeitbuch vom/von der Gleitzeitbeauftragten vorzunehmen.

Jede/er MitarbeiterIn hat erforderliche Nachbuchungen des laufenden Monats bis spätestens 5. des Folgemonats - soferne er/sie nicht durch eine längere Abwesenheit daran

gehindert wird - durchzuführen.

21.2
Einmal monatlich ist in den Dienststellen vom/von der Gleitzeitbeauftragten ein Ausdruck aller im Zeiterfassungssystem durchgeführten Korrekturen zu erstellen und dem Gleitzeitbuch beizufügen.
[…]

Benützung des Zeiterfassungssystems

22. Zeiterfassung
22.2
MitarbeiterInnen, auf die die GZR Anwendung findet, haben grundsätzlich jedes Eintreffen in und jedes Verlassen ihrer Dienststelle im Zeiterfassungssystem zu buchen. Ausgenommen davon sind Dienstwege im Sinne des Pkt. 12. 1 Satz 1.

Bloße Kommt-/Geht-Buchungen zu Dienstbeginn und Dienstende und für die Mittagspause an den langen Tagen sind nur am Zeiterfassungsgerät (nicht im ESS) vorzunehmen.
[…]“

zu 1a) Erstellen einer Dissertation in der Dienstzeit mit Hilfe der dienstlichen EDV-Ausstattung:
Der Beschwerdeführer fasste 2013 den Beschluss, seinen seit 2009 bestehenden Wunsch umzusetzen und eine Dissertation zum Thema „X - X“ zu erstellen. Er hat die zu Hause für die Dissertation erstellten Dokumente aus Sicherheitsgründen auf dem P-Laufwerk seines Dienst-PC gespeichert und im Büro Korrekturen durchgeführt. Der Beschwerdeführer verwendet das P-Laufwerk auch als Archiv dienstlicher Dokumente.
Eine ausdrückliche Genehmigung durch den Direktor für die Verwendung der dienstlichen EDV-Ausstattung für private Zwecke liegt nicht vor.

Die Überprüfung der Internutzung des Beschwerdeführers hat keine Auffälligkeiten ergeben.

Der Direktor der X ist promovierter Historiker, Spezialgebiet Zeitgeschichte. 2014 war er noch Abteilungsleiter und hatte zu diesem Zeitpunkt subjektiv den Eindruck, dass der Beschwerdeführer Unterlagen mit historischen Themen ohne dienstlichen Bezug in dessen Büro liegen hatte. Dies ist dem Direktor rückblickend im Zusammenhang mit den Leistungen des Beschwerdeführers wieder eingefallen. Ende Februar 2017 hat er in Abwesenheit des Beschwerdeführers im Beisein einer Sekretärin um 6:45 Uhr im Büro des Beschwerdeführers Nachschau gehalten, wobei alles unberührt blieb. Dabei wurden Ordner mit historischen Akten offen am Schreibtisch liegend vorgefunden. Der Direktor fertigte Fotos von diesen Unterlagen an. Auf den vorgefundenen Unterlagen war ein Stempel mit den Buchstaben „X“ ersichtlich. „X“ ist das Kurzzeichen für den X.

Im Rahmen der kommunikativen Arbeit im Geschäftsbereich X gab es kein historisches Feld bzw. kein Thema, weshalb die vorgefundenen Unterlagen in keinerlei Zusammenhang mit der dienstlichen Tätigkeit standen.
Bei der Befragung am 23. März 2017 wurde dem Beschwerdeführer mitgeteilt, dass der Direktor den gegenständlichen Ordner am Schreibtisch des Beschwerdeführers vorgefunden hatte.
Der Direktor der X wies mit Schreiben vom 6. April 2017 den Beschwerdeführer darauf hin, dass seine dienstliche Leistung hinsichtlich konkret genannter Arbeitsbereiche in einer die Dienstbeschreibung beeinflussenden Weise in den vergangenen Monaten nachgelassen hat. Dem Beschwerdeführer wurde auch aufgetragen, Aufzeichnungen über die tägliche dienstliche Tätigkeit zu führen, insbesondere über den Inhalt der Arbeit und den zeitlichen Umfang, und diese wöchentlich dem Direktor zur Kenntnis zu bringen.
Am 19. Mai 2017 hat der Direktor der X mit dem Beschwerdeführer unter Beisein der Abteilungsleitung ein Gespräch über die Möglichkeiten der Leistungsfeststellung geführt. In diesem Gespräch wurde auch über die im Büro des Beschwerdeführers im Februar 2017 vorgefundenen Unterlagen gesprochen, wobei dem Beschwerdeführer die angefertigten Fotos nicht gezeigt und ihm gegenüber auch nicht erwähnt wurden. Diese Fotos wurden zwar im Beschluss gemäß § 118 Abs. 4 Oö. StGBG 2002 der belangten Behörde vom 8. Juni 2017 erwähnt, aber erstmals in der mündlichen Verhandlung am 24. August 2017 der belangten Behörde und dem Beschwerdeführer zur Kenntnis gebracht.

Es kann nicht festgestellt werden, an welchem Tag im Februar 2017 der Direktor im Beisein der Sekretärin Nachschau im Büro des Beschwerdeführers gehalten hat. In der Disziplinaranzeige und im angefochtenen Disziplinarerkenntnis wird vom 28. Februar 2017 ausgegangen. Der Direktor, wie auch die Vertreterin der Dienstbehörde in der mündlichen Verhandlung bestätigte, gab jedoch an, dass es der 29. Februar 2017 gewesen sei. Dies ist aber unmöglich, da das Kalenderjahr 2017 kein Schaltjahr war. Auf den angefertigten Fotos ist kein Datum ersichtlich.

Im Geschäftsbetrieb der X herrscht ein sehr offener und transparenter Umgang. Die Büros bzw. Türen sind offen und jeder Schlüssel sperrt bei jedem Büro.

Die Dienstbehörde hat Einsicht genommen in das P-Laufwerk am dienstlichen PC des Beschwerdeführers. Dieses P-Laufwerk steht MitarbeiterInnen der Landeshauptstadt Linz für private bzw. persönliche Daten zur Verfügung.
Ob der Beschwerdeführer und/oder ein Personalvertreter vorab ausdrücklich über die Einsichtnahme in das P-Laufwerk informiert wurden, kann nicht festgestellt werden. In den entsprechenden Niederschriften wurde darüber nichts festgehalten. Auch liegt im vorgelegten Akt kein entsprechendes Protokoll nach Punkt 2. b) der Vereinbarung Informations- und Kommunikationssysteme ein. Dem Beschwerdeführer wurde zudem keine Ausfertigung des Protokolls übergeben. Am

23. März 2017 wurde ihm der Verdacht der gegenständlichen Dienstpflichtverletzung bei einer Einvernahme durch die Dienstbehörde ohne Vorlage der erstellten Dokumentenlisten vorgehalten.

Es wurde eine Liste über die im P-Laufwerk vorgefundenen Dokumente mit Datum „erstellt am“ und „Letzte Änderung“ sowie der Uhrzeit angefertigt. Demnach wurden die Dokumente in den Kalenderjahren 2016 und 2017 erstellt. Es sind ca. 375 Dokumente auf dieser Liste. Im Ordner „Doktorarbeit“ oder „Dissertation“ sind ca. 178 Dokumente aufgelistet. In anderen Ordnern (z.B. „C R“) sind ca. 17 Dokumente mit gleichen bzw. ähnlichen Titeln wie in den Ordnern „Doktorarbeit“ oder „Dissertation“ gespeichert. Etwa 25 Dokumente von den ca. 195 dem Dissertationsthema zuordenbaren Dokumenten wurden nur gespeichert.
Manche Dokumente wurden in verschiedenen Ordnern doppelt gespeichert und in der Folge immer wieder, wie z.B. „Fall Agentenpaar E und S“, zu anderen Terminen abgespeichert, wobei sich die Größe des Dokuments immer nur gering veränderte.

Der Disziplinaranzeige der Dienstbehörde vom 11. April 2017 war eine weitere Liste über Dokumente aus dem P-Laufwerk des Beschwerdeführers angeschlossen. Aus dieser Liste sind die Größe und das Datum „Letzte Änderung“ erkennbar. Es sind ca. 430 letztmalig gespeicherte Dokumente (ohne Fotos) mit - aufgrund ihrer Benennung - thematischem Bezug zur Dissertation aufgelistet:

- jeweils ein Dokument in den Jahren 2002 und 2004
- jeweils weniger als fünf Dokumente in den Jahren 2010 und 2011
- ca. 10 Dokumente im Jahr 2012,
- ca. 40 Dokumente im Jahr 2013,
- ca. 70 Dokumente im Jahr 2014,
- ca. 30 Dokumente im Jahr 2015,
- ca. 190 Dokumente im Jahr 2016 und
- ca. 70 Dokumente im Jahr 2017.

Die Dokumentengrößen bewegen sich zwischen wenigen KB und 19 MB („Doktorarbeit/Zwischenbericht Juni 2016 mit Fotos“). Mehr als 50 % haben eine Größe von unter 100 KB, ca. 15 % jeweils unter 250 KB, 500 KB und 1 MB, ca. 2 % jeweils unter 5 MB und 10 MB, zwei Dokumente haben eine Größe von mehr als 10 MB. Auch dieser Liste ist zu entnehmen, dass Dokumente mit gleicher Benennung in verschiedenen Ordnern gespeichert wurden, teilweise am gleichen Tag und sogar zur gleichen Uhrzeit.

Fest steht, dass der Beschwerdeführer in seiner Dienstzeit private Dokumente am dienstlich zur Verfügung gestellten PC im P-Laufwerk gespeichert und bearbeitet hat.
Es kann aber nicht festgestellt werden, zu welcher Uhrzeit, ob innerhalb oder außerhalb der Normalarbeitszeit und wie lange der Beschwerdeführer an den jeweiligen privaten Dokumenten gearbeitet hat.

Als „Faustregel“ gilt, dass in der Dienstzeit, außerhalb der 20-Minuten-Pause, eine Nutzung der dienstlichen EDV-Ausstattung für ca. 10 Minuten gestattet ist.

Zu 2) Unangemessenes Verhalten gegenüber Kollegen:

a) Abschiedsfeier am 12. Mai 2016:
Am 12. Mai 2016 lud der damalige Mitarbeiter der X, Herr P, zu seiner privaten Abschiedsfeier im Anschluss an den Dienst in einen Raum des Pressezentrums des Magistrates Linz ein. Es waren ca. 20 Personen anwesend. Die Gäste standen gruppenweise an Stehtischen. Der Beschwerdeführer stand zumindest mit dem Zeugen 3 an einem Tisch, der sich ungefähr 3 m vom Tisch der Ehegatten Zeugen 1 und 2 befand. Ob der Kollege F auch anwesend war, kann nicht festgestellt werden.
Zeuge 1 blödelte provokativ um den Stehtisch des Beschwerdeführers herum. Er wollte mit dem Handy fotografieren. Der Beschwerdeführer wollte das nicht und gab dem Zeugen 1 durch Gestik und Mimik sowie mit der Wortmeldung: „Leck doch du mich am Arsch, du elender Wichser“ zu verstehen, dass er nicht fotografiert werden will. Zeuge 1 äußerte nichts darauf, beendete aber sein Verhalten und machte keine Fotos. Zeuge 3 war so in ein anderes Gespräch vertieft, dass er die Wortmeldung des Beschwerdeführers nicht hörte.
Der Beschwerdeführer, Zeuge 1 und Zeuge 3 konsumierten bei dieser Feier keinen Alkohol.
Zeuge 1 hat seine Vorgesetzten über diesen Vorfall nicht unmittelbar an einen der nächsten Arbeitstage informiert. In der Abteilung wurde im Nachhinein von einer „Beleidigung“ gesprochen. Auch der Direktor hat in der Folge Kenntnis darüber erlangt.

b) Vorfall in der Teeküche:
Nach der Abschiedsfeier ging der Beschwerdeführer der Zeugin 2 aus dem Weg, weil er das Gefühl hatte, von ihr verachtet zu werden. Den Vorfall bei der Feier am 12. Mai 2016 sprachen weder die Zeugin 2 noch der Beschwerdeführer direkt an. Eine Zeit nach der Feier, der genaue Zeitpunkt ist nicht feststellbar, trafen der Beschwerdeführer und die Zeugin 2 zufällig in der Teeküche aufeinander. Der Beschwerdeführer wollte schnell die Teeküche verlassen und grüßte die Zeugin 2 nicht. Daraufhin stellte die Zeugin 2 den Beschwerdeführer zur Rede und äußerte sinngemäß: „So eine Frechheit, du gehst einfach, ohne mich zu grüßen.“ Darauf erwiderte der Beschwerdeführer: „Was willst du von mir? Was soll das?“

Kurz vor Erstattung der Disziplinaranzeige wurden Zeuge 1 und Zeugin 2 vom Direktor angewiesen, diese beiden Vorfälle schriftlich festzuhalten bzw. zu Protokoll zu geben.

Übereinstimmend wurde vom Beschwerdeführer, dem Zeugen 1 und der Zeugin 2 festgestellt, dass mittlerweile alles unter ihnen geklärt und wieder ein kollegiales Verhältnis gegeben ist.

Zu 4) Antritt der Mittagspause ohne Ausbuchen:
Der Beschwerdeführer hat am 10. November 2016 eine Mittagspause ohne Ausbuchen beim Gleitzeitgerät konsumiert. Nach Aufforderung durch die zuständige Gleitzeitbeauftragte hat der Beschwerdeführer am 17. November 2016 die fehlenden Buchungen nachgeholt bzw. korrigiert.
Das fehlende Ausbuchen der Mittagspause am 14. November 2016 durch den Beschwerdeführer kann nicht festgestellt werden.

Zu 5) Auffällig viele manuelle „Kommen“ Buchungen im ESS ohne erkennbaren Grund:
Die Disziplinaranzeige vom 24. April 2017 beinhaltet eine Auflistung der vom Beschwerdeführer im Zeitraum von 13. Jänner 2016 bis einschließlich 10. Februar 2017 manuell gebuchten Zeiten. Diese Auflistung wurde dem Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung am 13. April 2018 erstmals zur Kenntnis gebracht.
Die manuellen Nachbuchungen wurden bis zu drei Tage später nachgeholt.
Aus dieser Auflistung ergibt sich, dass

- 20 von 39 Buchungen Kommen-Buchungen sind, wobei diese an 19 Tagen erfolgten und davon an 16 Tagen auch die entsprechenden Gehen-Buchungen manuell durchgeführt worden sind,
- an drei Tagen bloß die Kommen-Buchung manuell erfolgte,
- der Beschwerdeführer im vorgeworfenen Zeitraum - nicht ganz 14 Monate - durchschnittlich 1,3 mal pro Monat die Kommen-Buchung,
- alle 4,5 Monate ausschließlich die Kommen-Buchung und
- alle 0,9 Monate eine Kommen-Buchung mit der korrespondierenden Gehen-Buchung manuell nachgetragen hat.

Der Beschwerdeführer hat aufgrund seines Hausumbaus im gegenständlichen Zeitraum seine Geldtasche mit der Stechkarte nicht an dem für ihn gewohnten Platz ablegen können und hat die Geldtasche daher oft zu Hause vergessen. Zudem ist der Beschwerdeführer in der Früh häufig chaotisch und vergisst dadurch seine Geldtasche auch immer wieder in seinem Auto.

Die Kommen- und Gehen-Zeiten vermerkte er sich auf Post-it oder dem Kalender. Zeiten der Mittagspause hat er auch von Kollegen, mit denen er die Mittagspause verbrachte, von der Gleitzeitbeauftragten erhalten und übernommen.

Einmal im Monat, nämlich zu Monatsbeginn, erhält der/die AbteilungsleiterIn einen Ausdruck über die von den MitarbeiterInnen getätigten manuellen Buchungen des Vormonats. Eine Beanstandung des/der AbteilungsleiterIn gab es nicht.

Andere MitarbeiterInnen der X mit vielen manuellen Buchungen sind im Außendienst tätig, z.B. als Fotograf.

II.3. Die erkennende Richterin gewann während der mündlichen Verhandlung den Eindruck, dass der Beschwerdeführer vieles sehr persönlich nimmt, sich schnell angegriffen fühlt, auf Sicherheit bedacht ist und unstrukturiert agiert bzw. sich in Gedanken verliert. Die vom Beschwerdeführer selbst dargestellten „chaotischen" Wesenszüge, dass er während des Hausumbaus seine Geldtasche mit der Stechkarte häufig vergessen hat oder dass er seine Geldtasche im Auto liegen lässt, sind daher durchaus nachvollziehbar.
Auch das mehrmalige Abspeichern von Dokumenten in verschiedensten Versionen, wobei es sich aufgrund der meist geringen Veränderung der Dokumentengröße nur um minimale Änderungen handeln kann, und dies in unterschiedlichen Ordnern, bestätigt diesen Eindruck. Das Dokument „Agentenpaar E und S" scheint zehnmal auf der Dokumentenliste auf.
Es passt auch in das vom Beschwerdeführer gewonnen Bild, dass er einmal nicht wie alle anderen Anwesenden die Mittagspause an der „Stechuhr" ausbucht, weil er so vertieft im Gespräch oder in Gedanken ist.

Der Beschwerdeführer schilderte glaubwürdig und widerspruchsfrei alle Vorkommnisse, seine Beweggründe bzw. Motive. Einzig bei seiner Behauptung, dass von ihm keine Wortmeldung zum Zeugen 1 auf dessen Verhalten bei der Abschiedsfeier am 12. Mai 2016 getätigt worden sei, kann nicht gefolgt werden. Der Beschwerdeführer wollte nach der Abschiedsfeier der Zeugin 2 aus dem Weg gehen, weil er davon überzeigt war, dass sie auf der Seite ihres Ehegatten, Zeuge 1, steht. Daraus ergibt sich, dass es bei der Abschiedsfeier sehr wohl zu einer Wortmeldung gekommen ist. Dass allein das Abwimmeln des Zeugen 1 durch Mimik und Gestik des Beschwerdeführers zu so einer nachfolgenden Missstimmung zwischen dem Beschwerdeführer und der Zeugin 1 kommt, ist nicht nachvollziehbar.

Zeuge 1 war schon zu Beginn der mündlichen Verhandlung beim Feststellen der Anwesenheiten völlig aufgebracht und uneinsichtig, dass er zum gegenständlichen Fall vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich als Zeuge geladen wurde. Während der Befragung zeigte er darüber sehr deutlich sein Missfallen durch unwillige und patzige Antworten sowie einem aggressiven Tonfall. Erst nach einer Ermahnung durch die erkennende Richterin beruhigte sich Zeuge 1.
Die Beschreibung des Beschwerdeführers, dass Zeuge 1 aufbrausend sei, auch mal schreie und einen „wilden Spruch" führe, entspricht auch dem Eindruck, den die erkennende Richterin vom Zeugen 1 gewonnen hat. Wenn Zeuge 1 „in Fahrt" ist, ist es völlig nachvollziehbar, dass sein Verhalten sehr nervig sein kann, insbesondere für den Beschwerdeführer, der sich sehr schnell angegriffen fühlt. Den Zeugen 1 in so einer aufgebrachten und provokativen Stimmung nur durch Gestik

und Mimik von seinem „Vorhaben“ abbringen zu wollen, erscheint nicht realistisch. Dafür sind deutliche Worte notwendig.
Wenn die Zeugin 2 angibt, dass der Beschwerdeführer ihren Ehegatten, Zeuge 1, bei der Abschiedsfeier aus „heiterem Himmel“ beschimpft habe, so ist dem entgegenzuhalten, dass der Beschwerdeführer eben nicht aus heiterem Himmel, sondern aufgrund der Belästigung durch den Zeugen 1 die gegenständliche Wortmeldung tätigte. Zeuge 1 hat gegenüber dem Direktor am 24. März 2017 angegeben, dass er mit dem Handy fotografieren wollte.

Zu 1a) Erstellen einer Dissertation in der Dienstzeit mit Hilfe der dienstlichen EDV-Ausstattung:

Die belangte Behörde hat festgestellt, dass „nur ausgewertet werden kann, wann das Dokument zuletzt bearbeitet wurde, nicht aber, wann es angelegt wurde und wie lange, an welchen Tagen damit gearbeitet wurde“. Aus den vorliegenden Dokumentenlisten ist aber erkennbar, wann ein Dokument „erfasst“ wurde und die „Letzte Änderung“ mit der Uhrzeit und die Dokumentengröße.

In der von der Disziplinarkommission durchgeführten mündlichen Verhandlung am 24. August 2017 wurde dem Beschwerdeführer vorgehalten, am Freitag, 18. November 2016 außerhalb der Normalarbeitszeit, nämlich um 15:44 Uhr und um 16:01 Uhr, zwei offensichtlich der Dissertation zuordenbare Dokumente „Doktorarbeit/JKU_Vorlage_Dissertation Deckblatt“ und „Doktorarbeit/JKU-Vorlage_Dissertation_mit_Auswahl neu“ gespeichert zu haben und demnach feststehe, dass er nicht, wie von ihm angegeben, ausschließlich in der 20-minütigen Pause an privaten Dokumenten gearbeitet hätte.
Dazu ist festzuhalten, dass aus den vorliegenden Dokumentenlisten hervorgeht, dass diese beiden Dokumente jeweils zur gleichen Zeit erstellt und auch abgespeichert worden sind. Eine Bearbeitung des Dokuments kann entgegen der Annahme der belangten Behörde daraus nicht abgeleitet werden. Dies kann die Aussage des Beschwerdeführers, dass er nur in den 20-minütigen Pausen an den privaten Dokumenten gearbeitet habe, nicht widerlegen. Zudem haben diese Dokumente eine Größe von bloß 61,0 KB und 61,3 KB.

Aufgrund der vorliegenden geringen Größen vieler Dokumente und der nur gering erhöhten Dokumentengrößen von mehrmals abgespeicherten Dokumenten ergibt sich, dass diese Dokumente nicht zeitintensiv bearbeitet worden sind.

Die Dokumentenlisten bestätigen auch die Aussagen des Beschwerdeführers, dass er viele Dokumente mehrmals in verschiedenen Ordnern gespeichert hat und hauptsächlich Korrekturen (gering veränderte Dokumentengrößen bei mehrmaliger Speicherung an unterschiedlichen Tagen) durchgeführt hat. Auch wenn die Uhrzeit der letztmaligen Änderung bzw. Speicherung außerhalb der Normalarbeitszeit liegt, kann nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon

ausgegangen werden, dass dieses Dokument auch außerhalb der Normalarbeitszeit bearbeitet wurde. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass diese irgendwann im Laufe des Tages bearbeitet und bloß außerhalb der Normalarbeitszeit geschlossen und gespeichert worden sind, z. B. vor dem Arbeitsende bzw. Nachhause gehen.

Auch ging die belangte Behörde davon aus, dass jedes gespeicherte Dokument auch bearbeitet wurde. Aber wie sich aus den Dokumentenlisten ergibt, wurden Dokumente auch bloß abgespeichert.

Wenn die belangte Behörde ausführt, dass der Direktor bei „mehreren Besuchen“ im Büro des Beschwerdeführers den Eindruck gewonnen habe, dass sich der Beschwerdeführer „ausführlich“ mit seiner geschichtswissenschaftlichen Dissertation beschäftigte, so ist dem entgegenzuhalten, dass der Direktor, so wie in der mündlichen Verhandlung am 24. August 2017 von ihm ausgeführt, im Jahr 2014 als Abteilungsleiter subjektiv den Eindruck gewonnen hat, dass der Beschwerdeführer „historische Akten“ im Büro habe. Im Zuge der vom Direktor wahrgenommenen Leistung des Beschwerdeführers hat er sich an diese Wahrnehmung wieder erinnert und Nachschau im Büro des Beschwerdeführers gehalten. „Mehrere Besuche“ und die „ausführliche“ Beschäftigung mit der Dissertation können daraus aber nicht abgeleitet werden. Ferner hat keiner der befragten Zeugen – trotz offener Bürotüren – jemals wahrgenommen, dass der Beschwerdeführer in seiner Dienstzeit an privaten Dokumenten arbeitet.

Die belangte Behörde hat auch festgestellt, dass trotz abfallender und sinkender Arbeitsauslastung eine extrem hohe Anzahl an Gleitzeittagen, nämlich 118 Stunden im Jahr 2016, vorliegt. Dazu ist anzuführen, dass der Direktor mit Schreiben vom 6. April 2017 den Beschwerdeführer darauf hinwies, dass seine dienstliche Leistung in den „vergangenen Monaten“ nachgelassen hat. Welchen Zeitraum die „vergangenen Monate“ umfassen, wird nicht näher ausgeführt. Aufgrund dieser Formulierung kann aber angenommen werden, dass es sich um weniger als sechs Monate handelt, da sonst der Zeitraum mit „im vergangen halben Jahr“ oder „schon mehr als ein halbes Jahr“ realistischer Weise verwendet worden wäre. Zur „sinkenden Arbeitsauslastung“ wurden keine näheren Ausführungen gemacht bzw. gibt es dazu keine bestätigenden Hinweise, insbesondere ab wann und in welchem Ausmaß diese vorgelegen ist. Es kann somit der Verdacht, dass die 118 Gleitzeitstunden im Kalenderjahr 2016 aufgrund der Beschäftigung mit privaten Dokumenten erlangt wurden, nicht bestätigt werden.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.1. Anzuwendende Rechtslage:

III.1.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Oö. Statutargemeinden-Bedienstetengesetz 2002 – Oö. StGBG 2002, LGBl. Nr. 50/2002, i.d.z. Tatzeitpunkt geltenden Fassung, lautet:

„§ 35
Allgemeine Dienstpflichten

(1) Der Beamte (Die Beamtin) ist verpflichtet, seine (ihre) dienstlichen Aufgaben unter Beachtung der geltenden Rechtsordnung und der innerdienstlichen Regelungen treu, gewissenhaft und unparteiisch mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln aus eigenem zu besorgen. Er (Sie) hat sich hiebei von den Grundsätzen größtmöglicher Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen.

(2) Der Beamte (Die Beamtin) ist verpflichtet, den Vorgesetzten, den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, den Kolleginnen und Kollegen, sowie den Kundinnen und Kunden mit Achtng zu begegnen und sich gegenüber diesen angemessen zu verhalten. Er (Sie) hat im Dienst und außer Dienst alles zu vermeiden, was die Achtung und das Vertrauen, die seine (ihre) Stellung erfordern, beeinträchtigen könnte.

[…]

§ 101
Dienstpflichtverletzungen

Der Beamte (Die Beamtin, die) schuldhaft (ihre) Dienstpflichten verletzt, ist nach den folgenden Bestimmungen zur Verantwortung zu ziehen. Maßnahmen im Rahmen der Dienstaufsicht bleiben davon unberührt.“

III.1.2. Die maßgebliche Bestimmungen der Geschäftsordnung für den Magistrat der Landeshauptstadt Linz 2005 – GEOM i.d.z. Tatzeitpunkt geltenden Fassung lauten:

„§ 41 Arbeitsplatz, Inventar und Geschäftsbeihilfe

[…]
(3) Vom Dienstgeber zur Verfügung gestellte Arbeit-und Betriebsmittel dürfen ohne ausdrückliche Genehmigung durch den/die Geschäftsbereichsdirektoren für private Zwecke nicht genutzt werden.

§ 42 Verhalten während des Dienstes oder innerhalb der Dienstgebäude

(1) Den MitarbeiterInnen ist es grundsätzlich untersagt, während des Dienstes oder innerhalb der Dienstgebäude nicht dienstliche Tätigkeiten auszuüben.“

III.2. <u>Dienstpflicht allgemein:</u>

Der Beschwerdeführer ist Beamter der Stadt Linz und ist nach wie vor Mitarbeiter in der X.

Beamte haben die Pflicht, die ihnen zukommenden dienstlichen Aufgaben zu erfüllen. Hinsichtlich Erfüllung der Aufgabe besteht eine Pflicht zur Rechtmäßigkeit, eine Treuepflicht, eine Pflicht zur Gewissenhaftigkeit, zur Unparteilichkeit, zur Ausschöpfung aller Mittel zur Eigeninitiative. Diese Pflichten sind voneinander unabhängig zu beurteilen (vgl. Kucsko-Stadlmayer, Das Disziplinarrecht der Beamten, S. 131f).

Seine dienstlichen Aufgaben hat der Beschwerdeführer entsprechend der geltenden Rechtsordnung und den internen Regelungen treu, gewissenhaft und unparteiisch mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln zu besorgen.

Der Verwaltungsgerichtshof verlangt für die Tatbestandsverwirklichung insgesamt Verhaltensweisen, die „ein gewisses Gewicht haben“ bzw. „ein krasses Fehlverhalten“ darstellen und so die „Schwelle der disziplinären Erheblichkeit“ überschreiten.

Eine Verletzung der Dienstpflicht kann nur dann angenommen werden, wenn Handlungspflichten, die dem Beamten aufgrund von Rechtsvorschriften und seines Kompetenzbereichs konkret treffen, nicht eingehalten werden und für diese eine disziplinäre Erheblichkeit festgestellt wird.

III.3. Erstellen einer Dissertation in der Dienstzeit mithilfe der dienstlichen EDV-Ausstattung:

III.3.1. Der Beschwerdeführer wendet ein, dass die Auswertung des P-Laufwerkes auf seinem dienstlichen PC zu Unrecht erfolgt ist.

Nach Punkt 2. b) der „Vereinbarung Informations- und Kommunikationssysteme“ – Einsichtnahme in Daten und Programme – haben die zuständigen DienstgebervertreterInnen auch ohne Zustimmung des/der Mitarbeiters/in das Recht, die Qualität der Arbeitsleistung und -intensität des/der Mitarbeiters/in durch Einsichtnahme in die von ihm/ihr dienstlich verwendeten bzw. nicht verwendeten Daten und Programme zu überprüfen.

Diese Einsichtnahme ist entsprechend zu protokollieren (Datum, Name oder User-ID des/der Mitarbeiters/in, Begründung der Einsichtnahme), wenn ein Verdacht auf Dienstpflichtverletzung und/oder strafbare Handlung besteht. Dem/Der Mitarbeiterin ist eine Ausfertigung des Protokolls zu übergeben und er/sie erhält unter Mitwirkung der Dienststellenleitung die Möglichkeit sich persönlich zum Verdacht zu äußern.

Der Verdacht einer Dienstpflichtverletzung ist aufgrund des Leistungsabfalls und des Vorfindens von nicht dienstlichen Unterlagen auf dem Schreibtisch des Beschwerdeführers gegeben.

Ein entsprechendes Protokoll über die Einsichtnahme in das P-Laufwerk liegt im vorgelegten Akt aber nicht ein. Der Beschwerdeführer hat auch keine Ausfertigung des Protokolls erhalten. Am 23. März 2017 wurde ihm der Verdacht der gegenständlichen Dienstpflichtverletzung bei einer Einvernahme durch die Dienstbehörde ohne Vorlage der erstellten Dokumentenlisten vorgehalten.

Die durch die Einsichtnahme in das P-Laufwerk des Beschwerdeführers erhobenen Daten, lassen keine Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Beschwerdeführers hinsichtlich ethnischer Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit sowie Gesundheit oder Daten zur sexuellen Orientierung zu. Es sind bloße Dokumentennamen ersichtlich. In den Inhalt der Dokumente konnte nicht eingesehen werden.

Es wurden keine personenbezogenen Daten erhoben bzw. ausgewertet, weshalb das Verwertungsverbot nach Punkt 3. der „Vereinbarung Informations- und Kommunikationssysteme“ konkret – auch wenn die Bestimmungen der Vereinbarung nicht eingehalten wurden – nicht greift.

III.3.2. Ohne ausdrückliche Genehmigung durch den/die GeschäftsbereichsdirektorIn dürfen zur Verfügung gestellte Arbeit-und Betriebsmittel nicht für private Zwecke genutzt werden (§ 41 Abs. 3 GEOM).

Die Vereinbarung vom 13. September 2010, abgeschlossen zwischen der Stadtverwaltung und der Personalvertretung des Magistrates der Stadt Linz über die Planung, Einführung, Anwendung und Nutzung bestehender und zukünftiger Information- und Kommunikationssysteme sowie über die Regelung der Verwendung personenbezogener Daten aller Bediensteten (in der Folge kurz: Vereinbarung Informations- und Kommunikationssysteme) sieht hingegen in Punkt 5. vor, dass die von der Stadt zur Verfügung gestellte EDV-Infrastruktur unter bestimmten Voraussetzung auch für private Zwecke (wie z.B. Surfen im Internet, Verschicken von E-Mails, Abfassen von Schriftstücken, Telebanking etc.) verwendet werden darf.

Diese Vereinbarung ist als „Sonderbestimmung“ zu § 41 GEOM zu sehen. Solange diese Vereinbarung in Kraft ist, dürfen die Magistratsbediensteten der Landeshauptstadt Linz in dem in Punkt 5. festgelegten Ausmaß die dienstlich zur Verfügung gestellte EDV-Infrastruktur auch für private Zwecke nutzen. Dazu zählt - beispielsweise angeführt - das Abfassen von Schriftstücken. Darunter fällt auch die Erstellung bzw. Bearbeitung der privaten Dokumente durch den Beschwerdeführer.

Aus den innerorganisatorischen Bestimmungen für die Nutzung von IT und Telekommunikation vom 12. Februar 2015, GZ: 0043629/2009, ergibt sich aus Punkt 3.1.10 „Private Nutzung dienstlicher Endgeräte“, dass die private Nutzung aller IT-und TK-Endgeräte während der Dienstzeit nur in begrenztem Maß, wie z.B. innerhalb der 20-minütigen Pause erlaubt ist.

Das bedeutet, dass die Nutzung der dienstlich zur Verfügung gestellten EDV-Infrastruktur für private Zwecke jedenfalls in der Normalarbeitszeit innerhalb der 20-minütigen Pause ohne zusätzliche Genehmigungen durch Vorgesetzte erlaubt ist. Aus dem Wortlaut dieser Regelung ergibt sich, dass in begrenztem Maß während der Dienstzeit aber auch außerhalb der 20-minütigen Pause eine Nutzung erlaubt ist. Als „Faustregel“ gilt zusätzlich, dass in der Dienstzeit, auch außerhalb der „Normalarbeitszeit“ eine Nutzung für private Zwecke für ca. 10 Minuten erlaubt ist.

Unbestritten steht fest, dass der Beschwerdeführer die dienstliche EDV für private Zwecke in der Dienstzeit nutzte. Fest steht auch, dass Dokumente oft nur gespeichert wurden, manche Dokumente mehrmals in verschiedenen Ordnern gespeichert wurden, viele Dokumente mit geringer Größe vorhanden sind sowie Dokumente mit gleicher Bezeichnung in verschiedenen Versionen nur geringen Unterschied der Dokumentengrößen aufweisen.

Unbestritten steht aber auch fest, dass darüber hinaus nicht festgestellt werden kann, wann genau und ob in „begrenztem Maß“ oder darüber hinausgehend eine private Nutzung durch den Beschwerdeführer erfolgte. Die von der belangten Behörde im angefochtenen Disziplinarerkenntnis angeführten Indizien stützen sich auf widerlegbare Annahmen und Schlussfolgerungen (sh. Punkt II.3.). Niemand hat konkret wahrgenommen bzw. beobachtet, dass bzw. wann der Beschwerdeführer an privaten Dokumenten gearbeitet hat.

Ein Verstoß gegen die innerorganisatorischen Vorgaben hinsichtlich der privaten Nutzung von dienstlichen Endgeräten für private Zwecke gilt daher nicht als erwiesen. Der Beschwerdeführer war daher von diesem Vorwurf freizusprechen.

III.4. Unangemessenes Verhalten gegenüber KollegInnen:

· Abschiedsfeier am 12. Mai 2016

Wenn die belangte Behörde ausführt, dass es egal sei, in welchem Kontext die Wortmeldung gefallen ist, so ist dazu festzuhalten, dass die Umstände, die zur gegenständlichen Wortmeldung geführt haben sehr wohl maßgeblich sind für die Beurteilung, ob ein Fehlverhalten des Beschwerdeführers vorliegt oder nicht.

Der Beschwerdeführer hat mit der gegenständlichen - in seiner Freizeit und im Rahmen einer privaten Feier getätigten - Wortmeldung zwar grundsätzlich mit beleidigender, unhöflicher und als entbehrlich zu qualifizierender Äußerung seinen Unmut über das Verhalten des Zeugen 1 kundgetan, aber aufgrund des provokanten und äußerst lästigen Gehabes des Zeugen 1, hat er keine andere Möglichkeit gesehen, als sich mit heftigen Wort dagegen zu wehren. Der Zeuge 1 hätte sich von seinem Vorbringen, andere Gäste und auch den Beschwerdeführer – ungewollt – zu fotografieren, nicht abbringen lassen. Der Zeuge 1 selbst ist aufbrausend, schreit auch mal im Dienst und führt einen „wilden Spruch“. Die Wortmeldung des Beschwerdeführers kann daher konkret nicht als „unangemessen“ gewertet werden und hat somit die Grenzen zur persönlichen Beleidigung nicht überschritten. Es handelt sich damit bei diesem, außerhalb der unmittelbaren Erfüllung seiner Dienstpflichten gesetzten Verhalten, jedenfalls nicht um ein "krasses" Fehlverhalten, welches zur Subsumtion unter § 35 Oö. StGBG 2002 erforderlich wäre. Daher kann nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich nicht vom Vorliegen eines die Schwelle der disziplinären Relevanz übersteigenden Fehlverhaltens gesprochen werden.
Ferner hat der Zeuge 1 nicht unmittelbar nach dem Vorfall eine Meldung darüber an den/die Dienstvorgesetzte erstattet. Erst auf Drängen des Direktors, der vom Vorfall im Laufe der Zeit auch Kenntnis erlangt hatte, weil in der Abteilung nach der Feier darüber gesprochen wurde, hat Zeuge 1 den Vorfall 10 Monate später und einen Tag nachdem der Beschwerdeführer vom PZS mit dem Verdacht der Erstellung einer Dissertation in der Dienstzeit konfrontiert wurde, zu Protokoll gegeben. Mittlerweile sind die Unstimmigkeiten geklärt und es herrscht ein kollegiales Verhalten zwischen dem Beschwerdeführer und dem Zeugen 1.

· Vorfall in der Teeküche

Die belangte Behörde wertete die Äußerung des Beschwerdeführers gegenüber der Zeugin 1 als „Unhöflichkeit“. Dem kann nichts entgegengesetzt werden. Diese einmalige Unhöflichkeit hat aber aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich die Grenzen zur persönlichen Beleidigung nicht überschritten. Es kann auch darin kein "krasses" Fehlverhalten, welches zur Subsumtion unter § 35 Oö. StGBG 2002 erforderlich wäre, gesehen werden. Auch hier kann nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich nicht vom Vorliegen eines die Schwelle der disziplinären Relevanz übersteigenden Fehlverhaltens gesprochen werden.
Darüber hinaus hat auch die Zeugin 2 diesen Vorfall nicht unmittelbar danach dem/der Dienstvorgesetzten gemeldet. Auch sie hat erst auf Drängen des Direktors am 24. März 2017 diesen Vorfall, also Monate später sowie einen Tag nachdem der Beschwerdeführer vom PZS mit dem Verdacht der Erstellung einer Dissertation in der Dienstzeit konfrontiert wurde, schriftlich bekannt gegeben. Mittlerweile sind auch diese Unstimmigkeiten geklärt und es herrscht wieder ein kollegiales Verhalten zwischen dem Beschwerdeführer und der Zeugin 2.

Der Beschwerdeführer war daher vom Vorwurf des unangemessenen Verhaltens gegenüber KollegInnen freizusprechen.

III.5. Antritt der Mittagspause ohne Ausbuchen:

Feststeht, dass der Beschwerdeführer am 10. November 2016 bei Antritt und Rückkehr der Mittagspause keine Buchung am dafür vorgesehenen Gleitzeitgerät vornahm. Für den 14. November 2016 konnte das jedoch nicht festgestellt werden.

Ein einmaliges Nichtbuchen der Mittagspause kann auch nicht als „krasses“ Fehlverhalten, welches zur Subsumtion unter § 35 Oö. StGBG 2002 erforderlich wäre, gewertet werden. Ein die Schwelle der disziplinären Relevanz übersteigenden Fehlverhaltens liegt auch hier nicht vor. Der Beschwerdeführer war daher von diesem Vorwurf freizusprechen.

III.6. Auffällig viele manuelle „Kommen“ Buchungen im ESS ohne erkennbaren Grund:

Nach der GZR ist grundsätzlich jedes Eintreffen in und jedes Verlassen der Dienststelle im Zeiterfassungssystem zu buchen. Für verschiedene Abwesenheitsgründe sind unterschiedliche Funktionscodes am Zeiterfassungsgerät oder via ESS zu dokumentieren.
Punkt 21.1 der GZR sieht vor, dass fehlende Buchungen nachträglich ohne vorherige Eintragung ins Gleitzeitbuch vom/von der MitarbeiterIn selbst via ESS durchzuführen sind. Weiters hat jede/er MitarbeiterIn erforderliche Nachbuchungen des laufenden Monats bis spätestens 5. des Folgemonats - sofern er/sie nicht durch eine längere Abwesenheit daran gehindert wird - durchzuführen.

Einmal im Monat, nämlich zu Monatsbeginn, erhält der/die AbteilungsleiterIn einen Ausdruck über die von den MitarbeiterInnen getätigten manuellen Buchungen des Vormonats.
Wenn die belangte Behörde dem Beschwerdeführer vorwirft, dass die manuellen Buchungen häufig nicht am selben Tag durchgeführt worden sind, so ist dazu festzuhalten, dass erforderliche Nachbuchungen bis spätestens am 5. des Folgemonats zu erfolgen haben.

Die von der Dienstbehörde eingeholte ESS-Auswertung für 2016/17 ergab 39 manuelle Buchungen zwischen 1. Jänner 2016 und 10. Februar 2017. Diese 39 Buchungen erfolgten an 22 Tagen in knapp 14 Monaten.

Die 20 Kommen-Buchungen (von 39 Buchungen) erfolgten an 19 Tagen (am 10.10.2016 erfolgte jeweils eine Kommen-Buchung zu Dienstbeginn und zu Beginn

der Mittagspause), wobei davon an 16 Tagen auch die entsprechend dazugehörenden Gehen-Buchungen manuell durchgeführt worden sind. Bloß die Kommen-Buchung hat der Beschwerdeführer an drei Tagen nachgetragen.

Daraus ergibt sich, dass der Beschwerdeführer an 16 Tagen innerhalb von 14 Monaten, wie von ihm glaubwürdig in der mündlichen Verhandlung am 13. April 2018 ausgeführt, seine Stechkarte vergessen hat. Das Einbuchen zu Dienstbeginn hat er in 14 Monaten dreimal vergessen.

Die belangte Behörde geht von 39 manuellen Buchungen aus, ohne dabei zwischen den Kommen- und Gehen-Buchungen zu differenzieren, obwohl dem Beschwerdeführer ausschließlich die „auffällig vielen manuellen *Kommen-Buchungen* im ess ohne erkennbaren Grund“ vorgeworfen wurden.

Der von der belangten Behörde angeführte Vergleich mit anderen MitarbeiterInnen der X, die auch keine besonderen dienstlichen Gründe, wie z.B. Außendienst, für manuelle Buchungen haben, kann daher nicht herangezogen werden, da anzunehmen ist, dass die belangte Behörde auch hier die Gehen-Buchungen des Beschwerdeführers miteingerechnet hat. Jedenfalls gibt es keine Feststellungen, Hinweise oder Belege, dass ausschließlich die Kommen-Buchungen verglichen wurden.

Durchschnittlich hat der Beschwerdeführer im vorgeworfenen Zeitraum (nicht ganz 14 Monate) 1,3 mal pro Monat die Kommen-Buchung, alle 4,5 Monate ausschließlich die Kommen-Buchung und alle 0,9 Monate eine Kommen-Buchung mit der korrespondierenden Gehen-Buchung manuell nachgetragen.

Die Gesamtanzahl der manuellen Kommen-Buchungen erscheint dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht als „auffällig viele“, wenngleich doch daraus abgeleitet werden kann, dass der Beschwerdeführer „chaotisch“, gedankenverloren und auch als nachlässig in der Umsetzung der GZR zu beurteilen ist.

Ein „krasses“ Fehlverhalten, welches zur Subsumtion unter § 35 Oö. StGBG 2002 erforderlich wäre, und ein die Schwelle der disziplinären Relevanz übersteigendes Fehlverhalten liegen konkret aber auch hier nicht vor. Der Beschwerdeführer war daher von diesem Vorwurf freizusprechen.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Selbst wenn umstritten ist, ob hier die Auslegungsgrundsätze im Einzelfall grundsätzlich angewendet wurden, sind dadurch im Allgemeinen keine Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung berührt (vgl. VwGH 22.10.2015, Ro 2015/12/0001). Die gegenständliche Entscheidung weicht weder von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Ellmer