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-950200/10/SE

Datum:
Linz, 14. November 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Ellmer über die Beschwerde von Dipl.-Ing. A B, X, X, gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Linz vom 10. Februar 2023, GZ: 0075483/2019, betreffend Genehmigung einer Nebenbeschäftigung unter Einschränkungen nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe, dass der Spruch des angefochtenen Bescheides des Magistrates der Stadt Linz vom 10. Februar 2023, GZ: 0075483/2019, wie folgt lautet:

„Sie sind berechtigt, folgende erwerbsmäßige Nebenbeschäftigungen, auszuüben:

1. sämtliche Tätigkeiten in der F G GmbH und deren Rechtsnachfolger im Zusammenhang mit der Erstellung von Gutachten und Konzepten sowie
2. die Tätigkeit als gerichtlich beeideter Sachverständiger,

ausgenommen im Hoheitsbereich der Stadt Linz für den Fachbereich bzw. das Sachgebiet „V B“, dies auch in Zusammenarbeit mit anderen Personen oder Unternehmen.“,

als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Bescheid des Magistrates der Stadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) vom 10. Februar 2023, GZ: 0075483/2019, wurde festgestellt, dass Dipl.-Ing. A B (im Folgenden: Beschwerdeführer) berechtigt ist Tätigkeiten bei der F G GmbH als erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung außerhalb des Stadtgebietes Linz auszuüben.

I.2. Dagegen erhob der Beschwerdeführer binnen offener Frist Beschwerde und beantragte den angefochtenen Bescheid zu beheben.

Zusammengefasst bringt der Beschwerdeführer vor, dass er als Gesellschafter keine erwerbsmäßige Tätigkeit bei der F G GmbH ausübe. Es bestehe auch keine Gefährdung des öffentlichen Interesses der Stadt Linz.

I.3. Die belangte Behörde legte mit Schreiben vom 19. Mai 2023, eingelangt am selben Tag, die Beschwerde samt dem Bezug nehmenden Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich führte am 18. September 2023 eine mündliche Verhandlung durch, an der alle Parteien teilnahmen.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweise aufgenommen durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt, das Beschwerdevorbringen und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Einsichtnahme auf der Homepage der Stadt Linz hinsichtlich der Abteilung „V B und F“ (https://www.linz.at/X).

II.2. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt gilt als erwiesen:

Der Beschwerdeführer steht nach Konsumation eines Alterssabbaticals ab 1. Februar 2013 seit 1. November 2014 in einem öffentlich-rechtlichen Ruhestandsverhältnis zur Stadt Linz. Er war ab 1. August 2007 X der B und zuvor ab 1993 stellvertretender B.

Mit 1. August 2008 schloss der Beschwerdeführer mit dem damaligen Magistratsdirektor eine Vereinbarung über seine Nebenbeschäftigung. Unter anderem betraf dies die Tätigkeit als Gutachter und Sachverständiger in der (damaligen) F G GmbH

und S G GmbH. Die örtliche Einschränkung „außerhalb der Stadt Linz“ erfolgte für die Tätigkeit des Beschwerdeführers als gerichtlicher beeideter Sachverständiger und seiner Lehrtätigkeit. Für die gerichtliche Sachverständigentätigkeit wurden auch noch jene Verfahren ausgenommen, bei denen der Magistrat Linz involviert ist.

Die F G GmbH (im Folgenden kurz: GmbH) wurde mit 15. Dezember 2005 errichtet und ist nicht auf die Erfüllung gemeinnütziger Zwecke ausgerichtet. Mit 15. Juli 2010 wurde die S GmbH (als übertragende Gesellschaft) mit der F G GmbH verschmolzen. Der Beschwerdeführer ist (und war bisher) Alleingesellschafter.

Auf der Website der F G GmbH (www.F.at) findet sich unter „Unser Team“ sowie neben den Informationen zur Ausbildung und den Publikationen des Beschwerdeführers unter „Werdegang“ der Hinweis über die vom Beschwerdeführer ehemals ausgeübte Tätigkeit als stellvertretender sowie als B der B Linz. Zudem geht hervor, dass dem Beschwerdeführer die Gesamtleitung des Unternehmens obliegt. Auch unter „Das Unternehmen“ ist zum Beschwerdeführer „B der Linzer B a.D.“ angeführt. Das Team des Unternehmens umfasst aktuell 14 Festangestellte und mehrere freie Mitarbeiter.

Die Aufgabengebiete des Unternehmens umfassen alle Themen des vorbeugenden, sowie abwehrenden Brandschutzes, Explosionsschutz, Sicherheitstechnik und Arbeitnehmerschutz. Zusätzlich werden im Rahmen der als akkreditierten Prüf- und Inspektionsstelle Dienstleistungen (im Folgenden: A-Bereich), das sind Abnahme, Revisionsprüfungen, Analysen, in den Bereichen technische und bauliche Brandschutzeinrichtungen sowie Explosionsschutz und -fähigkeit angeboten.

Es wird keine Akquise betrieben. Die Geschäftsführer sind für die Entgegennahme von Aufträgen zuständig. Im Stadtgebiet Linz sind die Auftraggeber insbesondere der X, die X, aber teilweise auch Architekten. Die F G GmbH haben einen gewissen Namen und Ruf bzw. Autorität in der Ingenieurmethodik (Thermodynamik und Mathematik).

Der technische Bürobereich befasst sich mit der Erstellung von Gutachten und Konzepten für Eingaben bei den Behörden, womit die Mitarbeiter der GmbH und ein Sohn des Beschwerdeführers eigenverantwortlich betraut sind. Eine Prüfung der Gutachten/Konzepte hinsichtlich Plausibilität, Vollständigkeit und Form unter Zugrundlegung der SOP-Richtlinien erfolgt durch den Beschwerdeführer und einen Sohn des Beschwerdeführers. Der Beschwerdeführer liest und prüft die Gutachten/Konzepte und zeichnet diese mit, womit sein Einverständnis erklärt wird. Dieses 4- bzw. 6-Augen-Prinzip ist unternehmensintern festgelegt.

Beim Magistrat Linz ist in der Abteilung „V B und F“ der Sachverständigendienst eingegliedert. Die Zuständigkeit dieser Abteilung umfasst folgende Aufgaben:

- Kommissionsdienst hinsichtlich gewerblicher Betriebsanlagen und baulicher Anlagen sowie von Veranstaltungen im Rahmen gewerbebehördlicher Verfahren, baubehördlicher Verfahren und veranstaltungspolizeilicher Verfahren, Überprüfung und Kontrolle von Anlagen und Einrichtungen auf die Einhaltung behördlicher Auflagen und auf brandschutztechnische Mängel.
- Feuerpolizeiliche Überprüfung sämtlicher im Stadtgebiet befindlicher Objekte und sonstiger baulicher Anlagen, Bearbeitung von Anzeigen betreffend feuerpolizeiliche Mängel, Dichtheitsprüfungen an Rauchfängen bei Gefahr, Erlassung von Heizverboten bei Gefahr.
- Technische Beurteilungen und Projektbesprechungen von Brandmeldeanlagen und ortsfesten Löschanlagen, Erörterung der Anschlussbedingungen an die Brandmelde-Notrufzentrale, laufende Funktionsprüfungen, statistische Auswertungen von Alarmen.
- Betriebsbrandschutz, insbesondere Mitarbeit beim Aufbau der betrieblichen Brandschutzorganisation in Großobjekten und Betrieben, Zusammenarbeit mit den Brandschutzbeauftragten bei der Erstellung der Alarmorganisation, Brandschutzordnung sowie der Brandschutzpläne, Schulung von Brandschutzbeauftragten und Arbeitnehmern.
- Brandsicherheitswache
  Überprüfung von Örtlichkeiten in feuerpolizeilicher Hinsicht auf Eignung zur Durchführung von Veranstaltungen, der Abhaltung von Feuerwerken, der Verwendung offenen Lichtes, Festlegung der Stärke von Brandsicherheitswachen, udgl.
- Brandursachenermittlung nach erfolgter Brandbekämpfung in Zusammenarbeit mit anderen Dienststellen (Ermittlung und Auswertung von Brandursachen sowie Dokumentation).
- Aus- und Weiterbildungsveranstaltungen
- Öffentlichkeitsarbeit

Von der F G GmbH erstellte Gutachten und Konzepte betreffend Brandschutz für Auftraggeber im Zuständigkeitsbereich des Magistrates Linz werden von Sachverständigen dieser Abteilung geprüft. Die Bau- bzw. Gewerbebehörde trifft u.a. auf Basis des eingereichten Gutachtens bzw. Konzeptes sowie des Gutachtens des behördlichen Sachverständigen die Entscheidung.

Im A-Bereich obliegt dem Beschwerdeführer als Zeichnungsberechtigter die Einhaltung der Qualitätssicherungsrichtlinien (QMH) sowie der Nachweis, dass die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit gewährleistet ist. Die Behörden überprüfen diese Befunde bzw. Gutachten nicht mehr.

Der Beschwerdeführer übt auch noch die Tätigkeit als gerichtlich beeideter Sachverständiger für die Fachbereiche Brand- und Explosionsursachenermittlung, Brandschutzwesen im Allgemeinen bzw. Feuerwehrwesen und Sicherheitstechnik, eingeschränkt auf das Arbeitnehmerschutzwesen, aus.

In Einzelfällen vertritt der Beschwerdeführer seinen Sohn bei Besprechungen mit dem Auftraggeber.

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich eindeutig aus den oben angeführten Beweismitteln.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich führt in rechtlicher Hinsicht Folgendes aus:

III.1. Anzuwendende Rechtslage:

Die maßgeblichen Bestimmungen des Oö. Statutargemeinden-Bedienstetengesetzes 2002 (Oö. StGBG 2002), LGBl. Nr. /2002 idgF, lauten:

„§ 48
Nebenbeschäftigung

(1) Nebenbeschäftigung ist jede erwerbsmäßige Beschäftigung, die der Beamte (die Beamtin) außerhalb seines (ihres) Dienstverhältnisses ausübt. Erwerbsmäßig ist jede selbständige oder unselbständige Tätigkeit, die unabhängig von Dauer, Ort oder tatsächlichem Erfolg die Erzielung von Einnahmen bezweckt. Keine Nebenbeschäftigungen sind politische Funktionen, organschaftliche Tätigkeiten in gesetzlich eingerichteten beruflichen Interessenvertretungen sowie die Tätigkeit in der eigenen Land- und Forstwirtschaft.
(2) Der Beamte (Die Beamtin) darf keine Nebenbeschäftigung ausüben, die
[...]
5. sonstige wesentliche Interessen der Stadt als Dienstgeber oder als Träger von Privatrechten gefährdet.
[...]
(6) Die Genehmigung ist - erforderlichenfalls unter Bedingungen, Befristungen oder Auflagen - zu erteilen, wenn sie den im Abs. 2 genannten Gründen nicht widerspricht. [...]
(7) Die Dienstbehörde hat eine Nebenbeschäftigung zu untersagen, wenn diese den Bestimmungen des Abs. 2 widerspricht. Eine erteilte Genehmigung ist zu widerrufen, wenn nachträglich Gründe des Abs. 2 eintreten oder hervorkommen und diese auch durch die nachträgliche Vorschreibung einer Befristung oder von Bedingungen oder Auflagen nicht beseitigt werden können.

§ 53
Pflichten im Ruhestand

(1) Die in den §§ 40, 43, 45 Z 1 bis 4, 48 und 49 genannten Pflichten obliegen auch dem Beamten (der Beamtin) des Ruhestands.
[…]“

III.2. Erwerbsmäßige Beschäftigung:

Dem Beschwerdeführer obliegt nach seinen Angaben und (wie auf der Website angeführt) als Alleingesellschafter der F G GmbH deren Gesamtleitung. Er nimmt zudem Kontroll- und Prüfaufgaben von in Auftrag gegebenen Gutachten wahr. Diese Kontroll- und Prüfaufgaben sind Bestandteil der Gutachtenserstellung, welche vom Beschwerdeführer tatsächlich und nicht nur vorübergehend ausgeübt werden. Mit der Mitzeichnung durch den Beschwerdeführer wird sein Einverständnis erklärt. Dies ist unternehmensintern fix vorgesehen.

Bei den vom Beschwerdeführer ausgeübten Tätigkeiten in der F G GmbH kann daher nicht von Hilfsdiensten oder Tätigkeiten untergeordneter Art gesprochen werden.

Die Erstellung der Gutachten, bei denen die vom Beschwerdeführer ausgeführten Tätigkeiten fixer Bestandteil ist, wird in der Absicht betrieben, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen.

Eine Nebenbeschäftigung ist dann erwerbsmäßig, wenn sie die Schaffung von nennenswerten Einkünften in Geld- oder Güterform bezweckt, wobei nicht der tatsächliche subjektive Wille der betroffenen Person, sondern der aus ihrer Tätigkeit tretende objektive Erklärungswert, wie dies aus der Sicht eines vernünftigen Menschen unter Berücksichtigung der allgemeinen Lebenserfahrung verstanden wird, entscheidend ist. Dazu zählt insbesondere der Betrieb eines Unternehmens, auch wenn dies im Einzelfall Verluste bringt.

Aus Sicht eines vernünftigen Menschen unter Berücksichtigung der allgemeinen Lebenserfahrung dient die Gründung einer nicht gemeinnützigen GmbH sehr wohl der Erzielung von Gewinnen, welche zumindest zum Teil an den bzw. die Gesellschafter ausgeschüttet wird. Daher ist davon auszugehen, dass auch an den Beschwerdeführer als Alleingesellschafter Gewinne ausgeschüttet wurden und werden.

Die vom Beschwerdeführer in der F G GmbH wahrgenommenen Tätigkeiten sind im Zusammenhang mit seiner Alleingesellschafterstellung als erwerbsmäßige Beschäftigung iSd § 48 Oö. StGBG 2002 zu qualifizieren.

III.3. Gefährdung wesentlicher Interessen:

III.3.1. Der Untersagungsgrund der Gefährdung wichtiger Interessen der Stadt Linz ist nach § 48 Abs. 2 Z 5 Oö. StGBG 2002 auch für Ruhestandsbeamten maßgeblich.

III.3.2. Da der Umfang sonstiger wesentlicher Interessen der Stadt Linz als Dienstgeber jedenfalls nicht enger umfasst ist als der in § 56 Abs. 2 dritter Fall BDG 1979 vorgesehener Tatbestand der sonstigen wesentlichen Interessen, kann die zu § 56 Abs. 2 dritter Fall BDG 1979 ergangene Rechtsprechung des VwGH auf den gegenständlichen Fall übertragen werden.

III.3.3. Der Tatbestand der Gefährdung sonstiger wesentlicher Interessen ist dann erfüllt, wenn die Ausübung der Nebenbeschäftigung ihrer Art nach eine Gefahr für die aus der Rechtsordnung ableitbaren wesentlichen dienstlichen Interessen darstellt.

Diese Gefährdung darf keine hypothetische sein, sondern muss vielmehr unter Beachtung der Erfahrungen des täglichen Lebens möglichst konkret dargelegt werden. Allerdings muss eine solche Gefährdung auch nicht den Grad einer aktuellen Gefährdung erreichen. Auf das tatsächliche Bestehen einer konkreten Gefahr kommt es daher nicht an.

III.3.4. Der Beschwerdeführer war jahrelang - zumindest seit 1993 - in seinem Aktivdienst bei der Stadt Linz - vorerst als stellvertretender und - ab 1. August 2007 als B (auch) im Bereich „V B“ tätig. Ausführende Dienststellen sind der Sachverständigendienst und die Feuerpolizei, welche die Einhaltung des Brandschutzes (über)prüfen sowie Rahmenbedingungen für die Brandschutztechnik in allen Bereichen der Stadt Linz festlegen.

Die von der F G GmbH erstellten Gutachten und Konzepte betreffend Brandschutz, bei denen auch der Beschwerdeführer tatsächlich mitwirkt, werden von den Auftraggebern bzw. Kunden für behördliche Verfahren benötigt. Wie vom Beschwerdeführer selbst angegeben, werden die Gutachten und (Über)Prüfungen der F G GmbH als akkreditierte Prüf- und Inspektionsstelle von den Behörden nicht mehr geprüft.

Für eine Gefährdung der besagten Interessen der Stadt Linz genügt, wenn die Öffentlichkeit, insbesondere bei Antragstellern, Parteien und Parteienvertretern als Auftraggeber die – wenn gleich haltlose – Frage aufgeworfen wird, ob allein durch die Mitwirkung des Beschwerdeführers bei der Erstellung von Gutachten und Konzepten im Brandschutzbereich eine Ungleichbehandlung jener, die die F G GmbH beauftragen, gegenüber anderen, die sich anderer solcher Dienstleister bedienen, bedingt wird (vgl. dazu VwGH 29.04.2011, 2010/12/0054).

III.3.5. Diese Anscheinsproblematik ergibt sich konkret daraus, dass sich der Beschwerdeführer auf der Homepage der F G GmbH als ehemaliger B der B der Stadt Linz, dem die Gesamtleitung obliegt, präsentiert, er erstellte Gutachten/Konzepte unter „Gesamtleitung/General Management“ zeichnet und bei der Erstellung von Gutachten/Konzepten zumindest mitwirkt, und ist geeignet, das Vertrauen der Allgemeinheit auf eine Gleichbehandlung – unabhängig von wem das Gutachten/Konzept erstellt wird - zu gefährden. Die behördliche Beurteilung und in der Folge die Entscheidung könnte als nicht ausschließlich von objektiven Umständen geleitet angesehen werden.

Es ist daher davon auszugehen, dass durch die vom Beschwerdeführer ausgeübte Nebenbeschäftigung wesentliche Interessen der Stadt Linz in ihrem hoheitlichen Zuständigkeitsbereich im Fachgebiet „V B“ gefährdet werden.

Die Beschwerde war daher als unbegründet abzuweisen.

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 in der Beurteilung dieses Einzelfalles grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. 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.

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

Gegen diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. 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.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei 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.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Ellmer