

# TE Bwvg Erkenntnis 2020/12/16 W213 2227795-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.12.2020

## Entscheidungsdatum

16.12.2020

## Norm

BDG 1979 §44  
B-VG Art133 Abs4  
VwGVG §28 Abs1  
VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W213 2227795-1/2E

Im Namen der Republik!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Albert SLAMANIG als Einzelrichter über die Beschwerde des XXXX , vertreten durch RA Mag. Matthias PRÜCKLER, 1080 Wien, Florianigasse 16/8, gegen den Bescheid des Bundesministeriums für Inneres vom 06.12.2019, GZ. BMI-PA1000/8304-I/1/b/2019, betreffend die Feststellung der Befolgungspflicht einer Weisung (§ 44 BDG), zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird gemäß § 44 BDG i.V.m. § 28 Abs. 1 und 2 VwGVG als unbegründet abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

## Text

Begründung:

I. Verfahrensgang:

I.1. Der Beschwerdeführer steht seit 01.09.1981 in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Er wurde mit 01.04.2012 im Bundesministerium für Inneres (in der Folge „belangte Behörde“) mit der Leitung des Referats II/BVT/3.3 betraut.

I.2. Am 07.03.2018 meldete der Beschwerdeführer mit einem E-Mail an XXXX der Personalabteilung der belangten Behörde gemäß § 56 Abs. 5 BDG seine Bestellung mit 01.04.2018 in den Aufsichtsrat der XXXX und legte seinem Schreiben als Anhang eine Bestätigung für seine Bestellung bei.

I.3. Nach einem Gespräch am 14.11.2019 betreffend die Ausübung der Nebenbeschäftigung des Beschwerdeführers erfolgte am selben Tag via E-Mail ein Schreiben des Direktors des Bundesamtes für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung (in der Folge kurz „BVT“ bezeichnet) XXXX an den Abteilungsleiter XXXX , welchem zu entnehmen ist, dass der Beschwerdeführer wie besprochen dem Referat II/BVT/2.2 zugewiesen werde und dass ein Gespräch über seine gemeldete Nebenbeschäftigung geführt worden sei. Der Beschwerdeführer soll angegeben haben, dass die Nebenbeschäftigung auf eine persönliche Beziehung zum Ehepaar XXXX beruhe und er sich vor Zusage bei XXXX hinsichtlich der Zulässigkeit erkundigt habe. An diesem Gespräch habe auch der Personalvertreter XXXX teilgenommen. Der Beschwerdeführer sei mit der Maßnahme einverstanden.

I.4. Noch am selben Tag teilte der Beschwerdeführer dem Direktor des BVT per E-Mail mit, dass er seiner vorübergehenden Verwendung im Referat II/BVT/2.2 nicht zustimmen würde.

I.5. Auf Anfrage des XXXX setzte der Abteilungsleiter XXXX diesen am 22.11.2019 per E-Mail davon in Kenntnis, dass ihm der Beschwerdeführer auf Anfrage telefonisch mitgeteilt habe, dass er seinen Dienst gleich nach dem Gespräch mit dem Direktor des BVT am 14.11.2019 im Referat II/BVT/2.2 angetreten habe.

I.6. Mit Schreiben des Referats I/1/b vom 15.11.2019, das dem Beschwerdeführer am 18.11.2019 zugestellt wurde, wurde der Beschwerdeführer mit sofortiger Wirksamkeit vorläufig und bis auf weiteres dem Referat II/BVT/2.2 zur Dienstleistung zugewiesen.

I.7. Am 19.11.2019 übermittelte der Beschwerdeführer im Wege seiner Rechtsvertretung der belangten Behörde ein Schreiben, mit dem er gegen die am 14.11.2019 durch den Direktor des BVT XXXX und gegen die am 18.11.2019 rückwirkend mit 15.11.2019 ergangene Weisung des Referates I/1/b des BMI, GZ: BMI-PA1000/8110-I/1/b/2019, selbigen Inhaltes remonstrierte. Darin gab der Beschwerdeführer zunächst sachverhaltsbezogen an, dass er am 14.11.2019 zum Direktor des BVT zu einer Besprechung gebeten worden sei, wiewohl diesem der Inhalt nicht bekannt gegeben worden sei. Dabei sei neben dem Direktor des BVT auch der Personalvertreter XXXX anwesend gewesen. Dem Beschwerdeführer sei mitgeteilt worden, dass gemäß einer Weisung des Generaldirektors für die öffentliche Sicherheit die Rechtmäßigkeit seiner gemeldeten Nebenbeschäftigung als Aufsichtsrat für ein deutsches Bankinstitut überprüft werde und er bis zum Abschluss dieser Prüfung seine Funktion als Referatsleiter des Referates II/BVT/3.3 (Sicherheitsüberprüfung) nicht mehr ausüben dürfe, sondern dem Referat II/BVT/2.2 (Terrorismusbekämpfung) als Referent zugewiesen werde. Als Grund dafür sei in dieser Besprechung dargelegt worden, dass das Bundesamt für Korruptionsbekämpfung und Korruptionsprävention (in der Folge kurz „BAK“ bezeichnet), die Zuverlässigkeit des Referatsleiters angesichts seiner Nebenbeschäftigung in Zweifel gezogen habe, da dieses einer Sicherheitsüberprüfung durch das Referat II/BVT/3.3 und somit durch den Beschwerdeführer zu unterziehen gewesen sei.

Für den Beschwerdeführer sei einerseits fraglich, woher das BAK die Information über seine Nebenbeschäftigung habe. Andererseits sei ein Zusammenhang zwischen der in Zweifel gezogenen Zuverlässigkeit eines Referatsleiters betreffend die anstehende Sicherheitsüberprüfung des BAK und der Ausübung seiner seit über eineinhalb Jahren genehmigten Nebenbeschäftigung als Aufsichtsrat für ein deutsches Kreditinstitut nicht ersichtlich.

Die gegenständliche Weisung sei mittels E-Mail durch den Direktor des BVT am 14.11.2019 schriftlich an XXXX weitergeleitet worden. Fälschlicherweise sei in diesem Schreiben dargelegt worden, dass der Beschwerdeführer sich mit dieser Maßnahme einverstanden erklärt habe. Dass er seine Zustimmung nicht erteilt habe, habe der Beschwerdeführer noch am 14.11.2019 schriftlich durch ein E-Mail an den Direktor des BVT klargestellt. Der Beschwerdeführer habe zudem auf Nachfrage keine Bestätigung darüber erlangt, dass diese Weisung vom Generaldirektor für die öffentliche Sicherheit ausgegangen sei. Dennoch sei die Weisung aufrecht geblieben und durch die Personalabteilung der belangten Behörde am 18.11.2019 rückwirkend mit 15.11.2019 schriftlich ausgesprochen worden. Gegen diese Weisung, die nach Ansicht des Beschwerdeführers willkürlich erteilt worden und daher rechtswidrig sei, richte sich die Remonstration.

Am 01.04.2018 habe der Beschwerdeführer seine Funktion als Aufsichtsrat des deutschen Bankinstitutes XXXX aufgenommen. Gemäß § 56 Abs. 5 BDG habe er diese Tätigkeit am 07.03.2018 seiner Dienstbehörde gemeldet. Eine Untersagung der Dienstbehörde sei nicht erteilt worden, weswegen der Beschwerdeführer seine Tätigkeit

aufgenommen habe.

Aufgrund eines Auftrages zur Evaluierung aller Nebenbeschäftigungen der Mitarbeiter des BVT und des Bundeskriminalamtes sei vom Abteilungsleiter XXXX am 19.12.2018 an alle Bediensteten des BVT der Auftrag erteilt worden, alle Nebenbeschäftigungen gemäß § 56 Abs. 3 BDG einer neuerlichen Zulässigkeitsüberprüfung zu unterziehen. Diesbezüglich seien alle Mitarbeiter aufgefordert worden, neuerliche Meldungen hinsichtlich ihrer ausgeübten Nebenbeschäftigung abzugeben. Dieser Aufforderung sei der Beschwerdeführer am 08.01.2018 nachgekommen und habe nochmals mitgeteilt, dass er mit 01.04.2018 die Nebenbeschäftigung aufgenommen habe. Diese Meldung des Beschwerdeführers sowie die weiteren Meldungen hinsichtlich der Nebenbeschäftigungen der Mitarbeiter des Referates II/BVT/3.3 seien auftragsgemäß am 18.01.2019 per E-Mail an die Dienstbehörde weitergeleitet worden.

Nach Ansicht des Beschwerdeführers sei es eine reine Willkürhandlung des Direktors des BVT, mit 14.11.2019 bzw. mit 18.11.2019 rückwirkend auf den 15.11.2019 die Weisung zu erteilen, ihn aus dem Referat II/BVT/3.3, welches er geleitet habe, dem Referat II/BVT/2.2 zuzuweisen und dies aufgrund seiner Nebenbeschäftigung, die er der Dienstbehörde nachweislich bereits zweimal gemeldet habe, jedoch dazu seitens der Dienstbehörde niemals eine Untersagung oder Einwendung vorgetragen worden sei. Zum einen sei die Weisungserteilung dieser Vorgangsweise an den Direktor des BVT durch den Generaldirektor für öffentliche Sicherheit nicht bestätigt worden, zum anderen sei die Dienstbehörde seit März 2018 in Kenntnis der Nebenbeschäftigung und übe der Beschwerdeführer diese unter gleichzeitiger Ausübung seiner Planstelle als Referatsleiter des Referates II/BVT/3.3 aus.

Ferner sei es laut Ausführungen des Beschwerdeführers nicht nachvollziehbar, worin die Notwendigkeit bei einer zum dritten Mal angestrebten Überprüfung der gemäß § 56 Abs. 5 BDG lediglich meldungspflichtigen Nebenbeschäftigungen im November des Jahres 2019 bestehe, ihn währenddessen von seiner Planstelle zu entfernen und ihm eine Tätigkeit in einem noch dazu operativ fungierenden Referat zuzuweisen.

Die Rechtswidrigkeit der Weisung sei zusammenfassend darin begründet, dass für die Zuweisung des Beschwerdeführers weder eine Veranlassung noch ein rechtlicher Hintergrund bestehe, sondern diese offensichtlich willkürlich durch den Direktor des BVT indiziert und nunmehr erlassen worden sei und diese dem Ansehen des Referatsleiters im Amt selbst und auch im Bundesministerium für Inneres einen großen Schaden zufüge.

Schließlich beantragte der Beschwerdeführer im Falle der schriftlichen Wiederholung der Weisung vorab die Ausstellung eines Feststellungsbescheides darüber, ob die Befolgung dieser Weisung zu seinen Dienstpflichten gehöre, damit selbige Entscheidung durch das zuständige Bundesverwaltungsgericht überprüft werden könne.

I.8. Die belangte Behörde erließ in weiterer Folge den nunmehr bekämpften Bescheid, dessen Spruch nachstehenden Inhalt hat:

„Aufgrund Ihres Antrages vom 18. November 2019 wird folgendes

festgestellt:

Die Befolgung der Weisung vom 14.11.2019 und vom 18.11.2019, Ihren Dienst vorübergehend im Referat II/BVT/2.2 zu verrichten, gehört zu Ihren Dienstpflichten.“

In der Begründung wurde nach Wiedergabe des Verfahrensganges und des festgestellten Sachverhaltes zur Remonstration gegen diese Weisung festgehalten, dass die Befolgung einer Weisung gemäß § 44 Abs. 2 BDG nur abgelehnt werden könne, wenn die Weisung von einem unzuständigen Organ erteilt worden sei oder die Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde. Gemäß § 44 Abs. 3 BDG habe der Beamte, der eine Weisung des Vorgesetzten aus einem anderen Grund für rechtswidrig halte, wenn es sich nicht wegen Gefahr im Verzug um eine unaufschiebbare Maßnahme handle, vor Befolgung der Weisung dem Vorgesetzten seine Bedenken mitzuteilen. Der Vorgesetzte habe eine solche Weisung schriftlich zu erteilen, widrigenfalls sie als zurückgezogen gelte.

Nach seinem unmissverständlichen Wortlaut räume § 44 Abs. 3 BDG dem Beamten die Remonstrationspflicht vor Befolgung der Weisung ein. Auch der Zusammenhang mit der Dienstpflicht, den Vorgesetzten zu unterstützen (§ 44 Abs. 1 BDG), und die „Aussetzungswirkung“ einer Remonstration bis zur schriftlichen Bestätigung der Weisung (§ 44 Abs. 3 BDG) seien ein Indiz dafür, dass die Remonstration als eine Präventivmaßnahme (gleichsam eine Art „Frühwarnsystem“) gedacht sei, die den Vollzug einer als gesetzwidrig erachteten Weisung vor ihrer (erstmaligen) Umsetzung verhindern solle. Falls jedoch die vom Vorgesetzten erteilte Weisung befolgt werde, komme die

Remonstration als Rechtsbehelf zur Klärung der Zweifel betreffend die Gesetzwidrigkeit - jedenfalls im Regelfall - nicht mehr in Frage. Nach Ansicht der belangten Behörde, die sich diesbezüglich auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes stützte, bestehe damit auch keine Unsicherheit über die (weitere) Befolgung einer bereits umgesetzten Weisung, da die nachträgliche Mitteilung gesetzlicher Bedenken mangels Wertung als Remonstration nicht zur Aussetzung der Gehorsamspflicht führe.

Da der Beschwerdeführer die am 14.11.2019 erstmals erteilte Weisung bereits am selben Tag befolgt habe, sei eine Remonstration am 19.11.2019 nicht mehr möglich gewesen und bewirke nicht die Aussetzung der Gehorsamspflicht. Die erteilte Weisung sei daher (auch ohne Wiederholung) weiterhin aufrecht.

Zum Feststellungsantrag führte die belangte Behörde aus, dass der Beschwerdeführer für den Fall der schriftlichen Wiederholung der Weisung die Feststellung beantragt habe, ob die Befolgung dieser Weisung zu seinen Dienstpflichten gehöre. Zwar sei nach seiner (unwirksamen) Remonstration aufgrund der tatsächlichen Befolgung keine schriftliche Wiederholung der Weisung erfolgt, jedoch sei der Antrag dahingehend auszulegen, dass der Beschwerdeführer die genannte Feststellung im Falle der Aufrechterhaltung der Weisung beantrage.

Die Erlassung eines Feststellungsbescheides sei nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes unter anderem dann zulässig, wenn die betreffende bescheidmäßige Feststellung im öffentlichen Interesse oder im rechtlichen Interesse einer Partei liege. Der Feststellungsantrag sei jedoch ein subsidiärer Rechtsbehelf; ein Feststellungsbescheid sei daher unter anderem dann unzulässig, wenn die strittige Frage im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgesehenen Verfahrens entschieden werden könne (vgl. VwGH 29.08.2017, Ra 2016/17/0170, mwH). Bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzung zur Erlassung eines Feststellungsbescheids sei auch in Bezug auf Weisungen (Dienstaufträge) ein rechtliches Interesse an der Erlassung eines solchen Feststellungsbescheids zu bejahen. Gegenstand eines solchen Feststellungsverfahrens könne einerseits die Frage sein, ob die Befolgung einer Weisung zu den Dienstpflichten des Beamten gehöre, das heißt, ob er verpflichtet sei, diese Weisung zu befolgen. Eine Pflicht zur Befolgung einer Weisung sei danach dann zu verneinen, wenn einer der in Art. 20 Abs. 1 dritter Satz B-VG genannten Tatbestände vorliege – also die Weisung von einem unzuständigen Organ erteilt werde oder ihre Befolgung gegen strafrechtliche Vorschriften verstoße –, wenn die Weisung nach erfolgter Remonstration nicht schriftlich wiederholt worden sei oder wenn ihre Erteilung gegen das Willkürverbot verstoße. Gleiches gelte, wenn die Personalmaßnahme in Bescheidform zu ergehen gehabt hätte (vgl. VwGH 28.02.2019, Ra 2018/12/0018, mwH).

Die belangte Behörde erachtete den Feststellungsantrag als zulässig, da die Weisung weiterhin aufrecht und eine Remonstration nicht mehr möglich sei. Als Bediensteter habe der Beschwerdeführer nach der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ein Interesse an der Feststellung, ob die Befolgung einer Weisung zu seinen Dienstpflichten gehöre.

Ferner kam die belangte Behörde zu dem Ergebnis, dass die erstmals am 14.11.2019 erteilte und die am 18.11.2019 schriftliche dienstbehördliche Verfügung betreffend die vorläufige Zuweisung zum Referat II/BVT/2.2 weder gegen strafrechtliche Bestimmungen verstoße noch von einem unzuständigen Organ erteilt worden sei. In der Funktion als Bediensteter des Bundesministeriums für Inneres (BVT) sei er sowohl an die Weisungen der Dienstbehörde als auch an die Weisungen des Direktors des BVT gebunden. Eine Remonstration vor Befolgung der Weisung erfolgte seitens des Beschwerdeführers nicht. Die Erteilung der Weisung verstoße auch nicht gegen das Willkürverbot, da es aufgrund einer Sicherheitsüberprüfung des BAK, die vom Referat II/BVT/3.3 – und somit vom Beschwerdeführer – durchzuführen gewesen wäre, zu Zweifel bezüglich eines Interessenskonfliktes aufgrund Nebenbeschäftigung des Beschwerdeführers gekommen sei. Für die Dauer der Überprüfung der Vereinbarkeit der Nebenbeschäftigung mit den dienstlichen Interessen sei daher von der Verwendung des Beschwerdeführers als Leiter des Referats II/BVT/3.3 abzusehen.

Abschließend wurde festgehalten, dass die Verwendung des Beschwerdeführers sowohl im Referat II/BVT/3.3 als auch im Referat II/BVT/2.2 in der Verwendungsgruppe A1, Funktionsgruppe 2, erfolge, womit eine „schlichte“ Verwendungsänderung vorliege, die durch Weisung verfügt werden könne (vgl. VwGH 10.10.2012, 2010/12/0198; 10.09.2009, 2008/12/0230). Die Befolgung der erstmals am 14.11.2019 erteilten und der am 18.11.2019 schriftlichen dienstbehördlichen Verfügung betreffend die vorläufige Zuweisung zum Referat II/BVT/2.2 gehöre somit zu den Dienstpflichten des Beschwerdeführers, weshalb spruchgemäß zu entscheiden gewesen sei.

I.9. Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer durch seinen anwaltlichen Vertreter fristgerecht Beschwerde und brachte in der Beschwerdebegründung im Wesentlichen Folgendes vor: Eine Sicherheitsüberprüfung dürfe nur mit

Zustimmung des jeweilig zu überprüfenden Probanden erfolgen, der eine Sicherheitserklärung auszufüllen und zu unterfertigen habe. Das Referat II/BVT/3.3 entscheide nicht darüber, ob die Vertraulichkeit einer Person aufgrund des durchgeführten Überprüfungsergebnisses gegeben sei oder nicht, sondern es habe lediglich ein objektives Überprüfungsergebnis mit keinerlei Empfehlungen oder Wertungen an die beantragende Stelle zu übermitteln. Zudem habe der Beschwerdeführer als Referatsleiter keine operativen Sicherheitsüberprüfungen durchgeführt. Während seiner Funktionsausübung als Aufsichtsrat in einer deutschen Bank in Form einer Nebenbeschäftigung seien unter seiner Leitung durch das Referat II/BVT/3.3 40 Mitarbeiter des BAK ohne jeglichen Einwand einer Befangenheit durchgeführt worden.

Ferner führte der Beschwerdeführer aus, dass es bei Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen unmöglich sei, dass der Leiter des BAK von seiner Nebenbeschäftigung Kenntnis erlangen hätte können. Auch sei es objektiv nicht nachvollziehbar, weshalb seine Nebenbeschäftigung einen Vorwurf der Befangenheit bzw. ein Anzweifeln seiner Vertraulichkeit hervorrufen könne, zumal das BAK keinesfalls Ermittlungen gegen deutsche Bankinstitute, deren Mitglieder oder deren Vorstände durchführe.

Zu den Ausführungen der belangten Behörde betreffend der verspäteten Remonstration brachte der Beschwerdeführer vor, dass nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes eine Remonstration gegen eine Weisung, die fortwähre und durchgehend einen Eingriff in die subjektiven Rechte des Beschwerdeführers – wie gegenständlich – darstelle, zeitnah, aber keinesfalls sofort zu erstatten sei. Entgegen den Ausführungen der belangten Behörde habe der Beschwerdeführer am 14.11.2019 seine Tätigkeit im Referat II/BVT/2.2 nicht sofort aufgenommen. Ein erstes Gespräch sei vielmehr erst am 15.11.2019 vereinbart gewesen. Darüber hinaus habe der Beschwerdeführer noch am 14.11.2019 per E-Mail dem Direktor des BVT mitgeteilt, dass er der vorübergehenden Zuweisung nicht zustimme und bereits im Zuge des Gesprächs erklärt, dass er die Weisung für rechtswidrig erachte. Darauf habe der Direktor des BVT erwähnt, dass es sich um eine Weisung des Generaldirektors für die öffentliche Sicherheit handle. Der Generaldirektor für die öffentliche Sicherheit habe dem Beschwerdeführer hingegen nicht bestätigen können, dass die entsprechende Weisung von ihm ausgegangen sei. Eine schriftliche Wiederholung der Weisung durch den Direktor des BVT sei nicht erfolgt. Die belangte Behörde habe dieselbe Weisung jedoch am 18.11.2019 schriftlich festgehalten und rückwirkend mit 15.11.2019 über die vorübergehende Zuweisung verfügt. Fraglich sei demnach die Feststellung im bekämpften Bescheid, dass der Beschwerdeführer der Weisung des Direktors des BVT vom 14.11.2019 bereits am selben Tag, ohne zu remonstrieren, nachgekommen sei. Die schriftliche Weisung sei dem Beschwerdeführer am 18.11.2019 zugestellt worden und sogleich sei dagegen eine Remonstration erfolgt. Darauf hätte die belangte Behörde ihre Weisung schriftlich wiederholen müssen anstatt den Feststellungsbescheid, der somit mit Rechtswidrigkeit behaftet sei, zu erlassen.

Der belangten Behörde sei auch ein Begründungsfehler vorzuwerfen, da eine Begründung, warum die Befolgung der Weisung zu den Dienstpflichten gehöre, fehle. Außerdem stelle die Befolgung der Weisung vom 18.11.2019 eine qualifizierte Verwendungsänderung dar und sie sei auch deswegen nicht eine Dienstpflicht des Beschwerdeführers.

In seinem Beschwerdeschreiben begehrt der Beschwerdeführer, das Bundesverwaltungsgericht wolle nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung in der Sache selbst erkennen, den bekämpften Bescheid der belangten Behörde aufheben und feststellen, dass die Befolgung der gegenständlichen Weisung nicht zu den Dienstpflichten des Beschwerdeführers gehöre.

I.10. Mit Schreiben vom 10.12.2019 stellte die belangte Behörde durch das Referat I/1/a fest, dass sie im Rahmen einer durchgeführten Prüfung der Zulässigkeit von gemeldeten Nebenbeschäftigungen von Bediensteten des BVT zur Ansicht gelangt sei, dass die gemeldete Nebenbeschäftigung des Beschwerdeführers aus Gründen des § 56 Abs. 2 BDG unzulässig sei. Die Untersagung der Ausübung der Nebenbeschäftigung gemäß § 56 Abs. 6 BDG sei daher beabsichtigt und die Dienststelle werde daher um Aufnahme von Verhandlungen mit dem zuständigen Dienststellenausschuss ersucht.

In rechtlicher Hinsicht wurde darin zur gemeldeten Nebenbeschäftigung insbesondere Folgendes ausgeführt:

Die Tätigkeit im BVT sei aufgrund des Aufgabengebietes und des damit verbundenen Zugriffs auf besonders sensible Informationen äußerst sensibel. Mitarbeiter des BVT würden über umfassendes Wissen verfügen, dessen Verwertung in der Privatwirtschaft für die Republik folgenschwere Konsequenzen nach sich ziehen würde. Aufgrund der Funktion

des Beschwerdeführers als Aufsichtsrat der XXXX , die öffentlich beispielsweise auf der Homepage der Bank ersichtlich sei, sei auch für die Öffentlichkeit eine Verbindung zwischen dem Bediensteten des BVT und seiner privaten Tätigkeit als Aufsichtsrat einer Bank herzustellen.

Seitens der Dienstbehörde ist gemäß § 56 Abs. 6 BDG eine Nebenbeschäftigung zu untersagen, die einen Beamten an der Erfüllung der dienstlichen Aufgaben hindere, die Vermutung seiner Befangenheit hervorrufe oder sonstige wesentliche dienstliche Interessen gefährde (§ 56 Abs. 2 BDG). Im Sinne der Judikatur genüge auch der Anschein, dass die Grenzen zwischen Verwendung von sensiblen Informationen und Know-How für die dienstlichen Aufgaben und die private Tätigkeit verschwimmen und die dienstlichen Interessen dadurch beeinträchtigt werden könnten. Vor diesem Hintergrund gelte es, dieses gewichtige dienstliche Interesse vor jeder möglichen Einflussnahme oder auch nur dem Anschein einer möglichen Beeinflussung zu schützen.

In einer Stellungnahme des Dienstvorgesetzten XXXX vom 18.01.2019 sei zunächst keine Unzulässigkeit der Nebenbeschäftigung des Bediensteten im Sinne des § 56 Abs. 2 BDG gesehen worden. Hingegen sei laut der am 26.11.2019 abgegebenen Stellungnahme von XXXX , der unmittelbaren Dienstvorgesetzten, resümierend der Anschein einer Unvereinbarkeit der ausgeübten Nebenbeschäftigung mit der Zugehörigkeit des Beamten zum BVT nicht ausgeschlossen. Die zitierten Stellungnahmen wurden diesem Schreiben in der Beilage angeschlossen.

Festzuhalten ist, dass die unmittelbare Dienstvorgesetzte in ihrer Stellungnahme vom 26.11.2019 folgende nähere Überlegungen ausführte: Ein Anschein für die Unvereinbarkeit der beiden Tätigkeiten des Beschwerdeführers sei etwa dadurch gegeben, dass die Prüfung von Kreditwürdigkeiten im Aufgabenbereich der Banken liege und die Sicherheitsüberprüfungen von natürlichen Personen hinsichtlich von Umständen, die für eine Kreditwürdigkeit ausschlaggebend seien könnten, im Dienstbereich des Beschwerdeführers liegen würden. Außerdem sei festzustellen, dass eine Gesellschaft mit Hauptniederlassung in der Türkei mit ca. 33 % an der XXXX beteiligt sei und die Beobachtung von Gruppierungen in Österreich mit Einfluss aus anderen Ländern zum grundlegenden Bereich des BVT gehören würden. Auch aufgrund der Veröffentlichung der Aufsichtsrats­tätigkeit des Beschwerdeführers auf der Website der XXXX sei die Möglichkeit eines Anscheines nicht auszuschließen, da Erledigungen von durchgeführten Sicherheitsüberprüfungen betreffend private Unternehmen durch den Beschwerdeführer als genehmigender Organwalter unterzeichnet werden würden.

I.11. Mit Schreiben der belangten Behörde vom 22.01.2020 wurde die Beschwerde samt Verwaltungsakt dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegt. Dabei führte die belangte Behörde ergänzend zu den Beschwerdeausführungen an, dass es nichts ändere, wenn der Beschwerdeführer ausführe, er selber würde keine operativen Sicherheitsüberprüfungen durchführen, da schon aufgrund der Weisungsgebundenheit seiner Mitarbeiter die Objektivität des durchgeführten Überprüfungsergebnisses stark in Zweifel gezogen werden könnte. Weiters sei aufgrund der Funktion des Bediensteten als Aufsichtsrat der XXXX die öffentlich auf der Homepage der Bank ersichtlich sei, auch für die Öffentlichkeit eine Verbindung zwischen dem Bediensteten des BVT und seiner privaten Tätigkeit als Aufsichtsrat einer Bank herzustellen.

Auch wenn die schon früher gemeldete Nebenbeschäftigung zuvor von der Dienstbehörde nicht untersagt worden sei, steht es der Dienstbehörde frei, die Nebenbeschäftigung zu einem späteren Zeitpunkt einer neuerlichen Überprüfung zu unterziehen und die Ausübung der Nebenbeschäftigung gegebenenfalls auch zu untersagen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Beschwerdeführer steht seit 01.09.1981 in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Er war seit 01.04.2012 im Bundesministerium für Inneres, im BVT mit der Leitung des Referats II/BVT/3.3 betraut.

Mit 01.04.2018 wurde der Beschwerdeführer in den Aufsichtsrat der XXXX bestellt. Diese Nebenbeschäftigung meldete der Beschwerdeführer zuvor seiner Dienstbehörde mit E-Mail vom 07.03.2018. Zu diesem Zeitpunkt erging keine Weisung oder Untersagung durch die belangte Behörde.

Angesichts einer durchzuführenden Zulässigkeitsprüfung von gemeldeten Nebenbeschäftigungen der Bediensteten des BVT wurden alle Bediensteten am Ende des Jahres 2018 aufgefordert, neuerliche Meldungen hinsichtlich ihrer ausgeübten Nebenbeschäftigung abzugeben. Vor diesem Hintergrund meldete der Beschwerdeführer zum zweiten Mal, dass er mit 01.04.2018 die Nebenbeschäftigung aufgenommen habe.

Am 14.11.2019 wurde dem Beschwerdeführer seitens des Direktors des BVT XXXX im Beisein des Personalvertreters mitgeteilt, dass aufgrund von Zweifeln bezüglich eines Interessenskonfliktes aufgrund seiner gemeldeten Nebenbeschäftigung die Rechtmäßigkeit seiner Nebenbeschäftigung überprüft werde und er bis zum Abschluss dieser Prüfung vorübergehend dem Referat II/BVT/2.2 zugewiesen werde. Der Beschwerdeführer ließ sowohl bei diesem Gespräch als auch in einem am selben Tag versandten E-Mail an den Direktor des BVT erkennen, dass er gegen diese Weisung rechtliche Bedenken hat. Am nächstfolgenden Tag trat er seinen Dienst im Referat II/BVT/2.2 an.

Die Weisung des Direktors des BVT wurde durch die belangte Behörde im Wege des Referats I/1/b mit Schreiben vom 15.11.2019 wiederholt, wonach der Beschwerdeführer mit sofortiger Wirksamkeit vorläufig und bis auf weiteres dem Referat II/BVT/2.2 zur Dienstleistung zugewiesen werde.

Sowohl im Referat II/BVT/3.3 als auch im Referat II/BVT/2.2 erfolgte die Verwendung des Beschwerdeführers in der Verwendungsgruppe A1, Funktionsgruppe 2.

Festgestellt wird, dass die vorliegende Weisung insbesondere auf eine Sicherheitsüberprüfung des BAK zurückzuführen ist, für deren Durchführung das Referat II/BVT/3.3 zuständig war und somit vom Beschwerdeführer als Referatsleiter durchzuführen gewesen wäre.

Des Weiteren wird festgestellt, dass auf der Website der XXXX die Funktion des dort namentlich angeführten Beschwerdeführers als Aufsichtsratsmitglied dieses Bankinstituts veröffentlicht ist.

## 2. Beweiswürdigung:

Die obigen Feststellungen konnten aufgrund der Aktenlage getroffen werden. Sämtliche Korrespondenz sowie die relevante Weisung in schriftlicher Form finden sich im vorliegenden Verwaltungsakt. Der Sachverhalt ist aktenkundig, unstrittig und deshalb erwiesen.

Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte daher gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG Abstand genommen werden, da der Sachverhalt aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde geklärt erscheint und eine mündliche Erörterung die weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt. Dem Entfall der Verhandlung stehen auch weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958 noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389 entgegen.

## 2. Rechtliche Beurteilung und Beweiswürdigung:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gegenständlich liegt mangels anderslautender gesetzlicher Anordnung in den anzuwendenden Gesetzen eine Einzelrichterzuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 i.d.F. BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist.

## Zu A)

Die hier maßgeblichen Bestimmungen des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979, BGBl. Nr. 333/1979 (BDG 1979) idGF lauten auszugsweise wie folgt:

„Dienstpflichten gegenüber Vorgesetzten

§ 44. (1) Der Beamte hat seine Vorgesetzten zu unterstützen und ihre Weisungen, soweit verfassungsgesetzlich nicht anderes bestimmt ist, zu befolgen. Vorgesetzter ist jeder Organwalter, der mit der Dienst- oder Fachaufsicht über den Beamten betraut ist.

(2) Der Beamte kann die Befolgung einer Weisung ablehnen, wenn die Weisung entweder von einem unzuständigen Organ erteilt worden ist oder die Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde.

(3) Hält der Beamte eine Weisung eines Vorgesetzten aus einem anderen Grund für rechtswidrig, so hat er, wenn es sich nicht wegen Gefahr im Verzug um eine unaufschiebbare Maßnahme handelt, vor Befolgung der Weisung seine Bedenken dem Vorgesetzten mitzuteilen. Der Vorgesetzte hat eine solche Weisung schriftlich zu erteilen, widrigenfalls sie als zurückgezogen gilt.

Nebenbeschäftigung

§ 56 (1) Nebenbeschäftigung ist jede Beschäftigung, die der Beamte außerhalb seines Dienstverhältnisses und einer allfälligen Nebentätigkeit ausübt.

(2) Der Beamte darf keine Nebenbeschäftigung ausüben, die ihn an der Erfüllung seiner dienstlichen Aufgaben behindert, die Vermutung seiner Befangenheit hervorruft oder sonstige wesentliche dienstliche Interessen gefährdet.

(3) Der Beamte hat seiner Dienstbehörde jede erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung und jede Änderung einer solchen unverzüglich zu melden. Eine Nebenbeschäftigung ist erwerbsmäßig, wenn sie die Schaffung von nennenswerten Einkünften in Geld- oder Güterform bezweckt.

(4) (...)

(5) Eine Tätigkeit im Vorstand, Aufsichtsrat, Verwaltungsrat oder in einem sonstigen Organ einer auf Gewinn gerichteten juristischen Person des privaten Rechts hat der Beamte jedenfalls zu melden.

(6) Die Ausübung einer aus den Gründen des Abs. 2 unzulässigen Nebenbeschäftigung oder Tätigkeit im Sinne des Abs. 5 ist von der Dienstbehörde unverzüglich mit schriftlicher Weisung zu untersagen.

(7) Die zuständige Bundesministerin oder der zuständige Bundesminister kann mit Verordnung regeln, welche Nebenbeschäftigungen jedenfalls aus den Gründen des Abs. 2 unzulässig sind.“

Der Beschwerdeführer beehrte zunächst in seinem als „Remonstration“ bezeichneten Schreiben vom 18.11.2019 und in weiterer Folge in seiner Beschwerde vom 07.01.2020 die Feststellung, ob die Befolgung der verfahrensgegenständlichen Weisung vom 14.11.2019 zu seinen Dienstpflichten zählt.

Zur Wirksamkeit der Remonstration ist Folgendes auszuführen:

Aus der Ablehnungsregelung nach § 44 Abs. 2 BDG, die inhaltlich Art. 20 Abs. 1 letzter Satz

B-VG wiederholt, ist abzuleiten, dass in allen sonstigen Fällen eine Weisung – und daher auch eine (aus anderen als in § 44 Abs. 2 BDG genannten Gründen) gesetzwidrige Weisung – grundsätzlich zu befolgen ist. Für den in Parenthese genannten Fall der „sonstigen Rechts-widrigkeit“ einer Weisung enthält allerdings § 44 Abs. 3 BDG folgende Einschränkungen: Zweifelt der Weisungsempfänger an der Rechtmäßigkeit der ihm erteilten Weisung, hat er, wenn es sich nicht wegen Gefahr im Verzug um eine unaufschiebbare Maßnahme handelt, seine rechtlichen Bedenken gegen die Weisung mitzuteilen. Dies hat zur Folge, dass bis zur schriftlichen Bestätigung der erteilten Weisung durch den Vorgesetzten keine Pflicht des Beamten zur Befolgung besteht (VwGH 15.09.2004, 2001/09/0023). Der Beamte muss die erteilte Weisung nur dann nicht befolgen und kann sich auf die Aussetzungswirkung berufen, wenn er seine Bedenken in einem vertretbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Weisung geltend gemacht hat (VwGH 26.09.1989, 88/09/0126).

In Bezug auf das erwähnte Remonstrationsrecht wäre allerdings zu bedenken, dass sich zwar dem Gesetz nicht ausdrücklich eine Formvorschrift für die Remonstration entnehmen lässt, wie etwa die Bezeichnung der Einwände als Remonstration oder ein ausdrückliches Verlangen, die erteilte Weisung wegen der geäußerten Bedenken schriftlich zu erteilen, doch aber im Hinblick auf die vielfachen Formen, in der Kritik vorgetragen werden kann, und auch die damit unterschiedlich verbundenen Zielsetzungen unter Einbeziehung der jeweiligen Gesamtsituation (und damit auch der Form der vorgebrachten Einwendungen) bei objektiver Betrachtung die vorgebrachten Bedenken für den Vorgesetzten als Remonstration erkennbar sein müssen (VwGH 20.11.2003, 2002/09/0088).

Außerdem kann von einer gültigen Remonstration gemäß § 44 Abs. 3 BDG nur dann gesprochen werden, wenn der

Beamte dabei seine rechtlichen Bedenken gegen die ihm erteilte Weisung erkennen lässt und zumindest andeutet, womit er seinen Standpunkt vertreten zu können glaubt. Die Bedenken dürfen einerseits kein mutwilliges, geradezu rechtsmissbräuchliches Vorbringen darstellen, andererseits ist für den Eintritt der im § 44 Abs. 3 BDG vorgesehenen Rechtsfolge ohne Bedeutung, ob die geäußerten Bedenken des Beamten rechtlich zutreffen oder nicht (VwGH 15.09.2004, 2001/09/0023).

Fallbezogen bedeutet dies, dass die Erteilung der Weisung am 14.11.2019 in mündlicher Form erstmals erfolgte und der BF am selben Tag gegenüber dem Direktor des BVT sowohl mündlich als auch in einem E-Mail seine rechtlichen Bedenken gegen diese äußerte oder zumindest andeutete, womit er seinen Standpunkt vertreten zu können glaubte. Der Beschwerdeführer machte somit seine Bedenken jedenfalls in einem vertretbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Weisung geltend. Unter Berücksichtigung der Gesamtsituation mussten bei objektiver Betrachtung die vorgebrachten Bedenken für die belangte Behörde als Remonstration erkennbar gewesen sein. Insbesondere angesichts der erwähnten Reaktionshandlungen des Beschwerdeführers, die er noch am Tag der erstmaligen Weisungserteilung unternahm, liegt eine wirksame Remonstration im Sinne des § 44 Abs. 3 BDG vor.

Den Ausführungen im bekämpften Bescheid zur verspäteten Remonstration ist aus folgenden Gründen nicht zu folgen: Die belangte Behörde erwähnte in diesem Zusammenhang im Zuge der Darstellung des Verfahrensganges zwar das E-Mail des Beschwerdeführers vom 14.11.2019, in dem der Beschwerdeführer seine rechtlichen Bedenken zur erfolgten Weisung kundtat, jedoch beurteilte dieses nicht näher. Sie ging davon aus, dass der Beschwerdeführer die am 14.11.2019 erteilte Weisung am selben Tag befolgt habe und eine Remonstration, die am 19.11.2019 schriftlich einlangte, nicht mehr möglich sei. Dabei verkannte sie jedoch die bereits erfolgte mündliche bzw. schriftliche Remonstration vom 14.11.2019. Dass der Beschwerdeführer seine spätere schriftliche Einwendung anstatt der erstmals erfolgten als Remonstration bezeichnete, kann ihm nicht unterstellt werden. Wie oben dargelegt, ergibt das Gesamtbild, dass die am 14.11.2019 vorgebrachten Bedenken für den Vorgesetzten als Remonstration aus objektiver Sicht erkennbar waren, sodass mangels gesetzlicher Formvorschriften die fehlende Bezeichnung als Remonstration unbeachtlich ist.

Einen Tag nach der mündlichen Weisung des Direktors des BVT und der unmittelbaren Remonstration des Beschwerdeführers, erteilte die belangte Behörde die gleiche Weisung, nämlich die vorläufige Zuweisung des Beschwerdeführers zum Referat II/BVT/2.2 zur Dienstleistung, in schriftlicher Form, wobei aufgrund der darin enthaltenen Formulierung „mit sofortiger Wirkung“ der Beginn der Wirksamkeit mit 15.11.2019 festgesetzt wurde. Mit dieser schriftlichen Wiederholung der Weisung hatte der Beschwerdeführer die gegenständliche Weisung zu befolgen.

Das fälschlicherweise als „Remonstration“ bezeichnete Schreiben des Beschwerdeführers vom 18.11.2019, in dem er erst im Falle der schriftlichen Wiederholung der Weisung einen Feststellungsbescheid beantragte, musste somit – angesichts der bereits erfolgten schriftlichen Weisungswiederholung – als ein Feststellungsbegehren, ob die Befolgung der Weisung zu seinen Dienstpflichten gehöre, umgedeutet werden. Eine derartige Umdeutung hat die belangte Behörde vorgenommen, auch wenn sie diese unrichtigerweise mit einer schriftlich verspäteten und daher unwirksamen Remonstration begründete.

Soweit der Beschwerdeführer in seinen Ausführungen andeutet, dass die schriftliche Wiederholung nicht vom Direktor des BVT, sondern durch das Referat I/1/b erfolgte, ist dies nicht von Relevanz. Beide Weisungen haben einen im Wesentlichen identen Inhalt und sind jeweils von Organwaltern ausgegangen, die mit der Dienst- bzw. Fachaufsicht über den Beschwerdeführer betraut sind. Die belangte Behörde war daher nicht verpflichtet, ihre Weisung ein zweites Mal schriftlich zu wiederholen.

Zur Feststellung, ob die Befolgung der Weisung zu den Dienstpflichten des Beschwerdeführers gehört, lassen sich folgende Erwägungen anführen:

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Erlassung eines Feststellungsbescheides nur dann zulässig, wenn sie entweder im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist oder wenn eine gesetzliche Regelung zwar nicht besteht, die Erlassung eines solchen Bescheides aber im öffentlichen Interesse liegt, oder wenn sie insofern im Interesse einer Partei liegt, als sie für die Partei ein notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung darstellt. Dieses rechtliche Interesse ist nur dann gegeben, wenn dem Feststellungsbescheid im konkreten Fall die Eignung zukommt, ein Recht oder Rechtsverhältnis für die Zukunft klarzustellen und dadurch eine Rechtsgefährdung des Antragstellers zu beseitigen. Ein wirtschaftliches, politisches oder wissenschaftliches Interesse rechtfertigt nicht die

Erlassung eines Feststellungsbescheides. Ein Feststellungsbescheid als subsidiärer Rechtsbehelf ist jedenfalls dann nicht zulässig, wenn die strittige Rechtsfrage im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgezeichneten Verwaltungsverfahrens entschieden werden kann. Die bescheidförmige Feststellung rechtserheblicher Tatsachen ist überdies nur aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zulässig (VwGH 31.03.2006, GZ. 2005/12/0161 mwN).

Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bejaht auch in Bezug auf Weisungen (Dienstaufträge) ein rechtliches Interesse an der Erlassung eines Feststellungsbescheides. Gegenstand eines solchen Feststellungsverfahrens kann einerseits die Frage sein, ob die Befolgung einer Weisung zu den Dienstpflichten des Beamten gehört, das heißt ob er verpflichtet ist, diese Weisung zu befolgen. Eine Pflicht zur Befolgung einer Weisung ist danach dann zu verneinen, wenn einer der in Art. 20 Abs. 1 dritter Satz B-VG genannten Tatbestände vorliegt, wenn die Weisung nach erfolgter Remonstration nicht schriftlich wiederholt wurde oder wenn ihre Erteilung gegen das Willkürverbot verstößt. Andererseits kann Gegenstand eines Feststellungsverfahrens aber auch die "schlichte" Rechtswidrigkeit der Weisung sein, also eine solche, die die Pflicht zu ihrer Befolgung nicht berührt; ein Recht auf eine solche bescheidmäßige Feststellung der Rechtmäßigkeit von Dienstaufträgen besteht jedoch bloß dann, wenn durch einen Dienstauftrag die Rechtssphäre des Beamten berührt wird (VwGH 04.02.2009, GZ. 2007/12/0062 mwN).

Wie schon im angefochtenen Bescheid anhand der einschlägigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu Recht dargelegt wurde, ist die Erlassung eines Feststellungsbescheides im gegenständlichen Fall zulässig, weil für den Beschwerdeführer ein rechtliches Interesse daran besteht, ob er die in Frage stehende Weisung zu befolgen hat oder nicht. Zudem wurde nach einer gültigen Remonstration die Weisung schriftlich wiederholt.

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass einerseits die Weisung durch ein zuständiges Organ erteilt wurde und andererseits, dass die Befolgung der Weisung nicht gegen strafrechtliche Vorschriften verstößt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat ausgesprochen, dass sich keine allgemeine Aussage darüber treffen lässt, welche Umstände gegeben sein müssen, um einer Behörde Willkür anzulasten (VwGH 22.03.2012, Zl. 2011/12/0170). Zur Frage, ob willkürliches Verhalten einer Behörde vorliegt, wurden in der Judikatur bestimmte Kriterien entwickelt: Demnach liegt willkürliches Verhalten der Behörde unter anderem in der gehäuften Verkennung der Rechtslage vor, im Unterlassen jeglicher Ermittlungstätigkeit in einem entscheidenden Punkt oder dem Unterlassen eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens überhaupt, insbesondere in Verbindung mit einem Ignorieren des Parteienvorbringens und einem leichtfertigen Abgehen vom Inhalt der Akten oder dem Außerachtlassens des konkreten Sachverhaltes (VfGH 22.02.1987, VfSlg. 10338/1985, VfGH 26.02.1987, VfSlg. 11213/1987). Ebenso kann eine denkunmögliche Gesetzesanwendung Willkür indizieren, wobei nur dem Gesamtbild des Verhaltens im einzelnen Fall entnommen werden kann, ob Willkür vorliegt (VfGH 24.09.1996, VfSlg. 14573/1996).

Soweit der Beschwerdeführer vermeint, dass die verfahrensgegenständliche Weisung willkürlich erteilt worden sei und daher nicht zu befolgen gewesen wäre, ist dem vor dem Hintergrund der oben dargestellten Rechtsprechung Folgendes entgegenzuhalten:

Der Beschwerdeführer wurde bei der Erteilung der Weisung über den Grund seiner neuen Zuweisung in Kenntnis gesetzt. Die Weisung beruht auf einer Sicherheitsüberprüfung des BAK, die vom Referat II/BVT/3.3 und somit vom Beschwerdeführer durchzuführen gewesen wäre. In diesem Zusammenhang kamen Zweifel hervor, ob durch die Ausübung der Nebenbeschäftigung des Beschwerdeführers eine Gefährdung dienstlicher Interessen gegeben sei. Diesen Grund erwähnte die belangte Behörde auch im bekämpften Bescheid, weshalb ein vom Beschwerdeführer vorgebrachter Begründungsmangel wegen fehlender Begründung, warum die Befolgung der Weisung zu seinen Dienstpflichten gehöre, nicht vorliegt. Die belangte Behörde stützte sich bei der Erteilung der Weisung auf § 56 BDG.

Gemäß § 56 Abs. 2 BDG darf der Beamte keine Nebenbeschäftigung ausüben, die ihn an der Erfüllung seiner dienstlichen Aufgaben behindert, die Vermutung seiner Befangenheit hervorruft oder sonstige wesentliche dienstliche Interessen gefährdet.

Der dritte Tatbestand des § 56 Abs. 2 BDG wird dann erfüllt sein, wenn die Ausübung der Nebenbeschäftigung ihrer Art nach eine Gefahr für die aus der Rechtsordnung ableitbaren wesentlichen dienstlichen Interessen (die nicht bereits durch die ersten beiden Untersagungstatbestände des § 56 Abs. 2 BDG erfasst sind) darstellt. So wie beim zweiten Tatbestand des § 56 Abs. 2 BDG die Vermutung der Befangenheit genügt, also nicht der Nachweis von konkreten Befangenheitssituationen geführt werden muss, reicht beim dritten Tatbestand die Gefährdung solcher wesentlicher

dienstlichen Interessen aus. Diese Gefährdung darf aber - ähnlich wie bei der Vermutung der Befangenheit - keine bloß hypothetische sein, sondern muss vielmehr unter Beachtung der Erfahrungen des täglichen Lebens und des dienstlichen Aufgabenbereiches des Beamten möglichst konkret dargelegt werden. Eine durch die Nebenbeschäftigung bedingte Gefährdung der sachlichen und gesetzestreuen Aufgabenerfüllung durch Bedienstete wie auch die Gefährdung des darauf gerichteten Vertrauens der Allgemeinheit können ein solches wesentliches dienstliches Interesse im Sinne des § 56 Abs. 2 BDG darstellen (VwGH 14.10.2009, 2008/12/0182).

Zur Zulässigkeit seiner Nebenbeschäftigung brachte der Beschwerdeführer zunächst vor, dass eine Sicherheitsüberprüfung nach Abgabe einer Sicherheitserklärung und somit nur mit Zustimmung des Probanden möglich sei. Aus diesem Umstand resultiert jedoch nach eigenen Angaben des Beschwerdeführers lediglich, dass sich der Proband mit der Überprüfung der angegebenen Daten und der Übermittlung des Überprüfungsergebnisses an die beantragende Stelle einverstanden erklärt. Dass die Abgabe einer Sicherheitserklärung ein Vertrauen der Allgemeinheit auf die sachliche Aufgabenerfüllung des Referatsleiters indiziert und eine Gefährdung wesentlicher dienstlicher Interessen nicht gegeben ist, kann daraus jedoch nicht abgeleitet werden.

Auch durch die weiteren angeführten Argumente, dass das von ihm geleitete Referat II/BVT/3.3 lediglich ein objektiv durchgeführtes Überprüfungsergebnis übermittle und nicht über das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen der Vertraulichkeit einer Person entscheide oder dass er selbst keine operativen Sicherheitsüberprüfungen durchführe, vermögen nicht darzulegen, dass das Vertrauen der Allgemeinheit auf die sachliche Aufgabenerfüllung nicht gefährdet ist. Wie die belangte Behörde in ihrer Äußerung vom 22.01.2020 zutreffend ausführte, besteht eine derartige Gefährdung bereits aufgrund der Weisungsgebundenheit der Mitarbeiter des Referates an den Beschwerdeführer als Referatsleiter.

Da der Beschwerdeführer auf der Website der XXXX als Mitglied des Aufsichtsrates mit seinem vollständigen Namen aufscheint, ist die Nebenbeschäftigung des Beschwerdeführers für die Öffentlichkeit ersichtlich. Der Ansicht des Beschwerdeführers, wonach es für den Leiter des BAK unmöglich sei, bei Einhaltung datenschutzrechtlicher Bestimmungen von seiner Nebenbeschäftigung Kenntnis zu erlangen, ist daher nicht zu folgen. Nicht von Relevanz ist auch der Umstand, dass das BAK nicht gegen deutsche Bankinstitute ermittelt. Nach der oben zitierten Rechtsprechung reicht nämlich lediglich eine Gefährdung wesentlicher dienstlicher Interessen aus, worunter eine sachliche und gesetzestreue Aufgabenerfüllung durch Bedienstete wie auch das darauf gerichtete Vertrauen der Allgemeinheit fallen. Konkret ist angesichts der Tätigkeit und des Aufgabengebietes des BVT und des Referates für Sicherheitsüberprüfung, das Zugriff auf geheime und sensible Informationen hat, das Vertrauen der Allgemeinheit auf objektive Erfüllung der dienstlichen Aufgaben durch eine privatwirtschaftliche Tätigkeit des Leiters des erwähnten Referates gefährdet. Dabei ist besonders hervorzuheben, dass es sich bei der Nebenbeschäftigung um eine der Allgemeinheit bekannten Position als Aufsichtsratsmitglied in einem Bankinstitut handelt.

Gemäß § 56 Abs. 5 BDG hat der Beamte eine Tätigkeit im Vorstand, Aufsichtsrat, Verwaltungsrat oder in einem sonstigen Organ einer auf Gewinn gerichteten juristischen Person des privaten Rechts jedenfalls zu melden. Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer dieser Meldepflicht ausreichend nachgekommen ist.

Weiters ist gemäß § 56 Abs. 6 BDG die Ausübung einer aus den Gründen des Abs. 2 unzulässigen Nebenbeschäftigung oder Tätigkeit im Sinne des Abs. 5 von der Dienstbehörde unverzüglich mit schriftlicher Weisung zu untersagen.

Der Umstand, dass die Meldung einer Nebenbeschäftigung aus welchen Gründen auch immer zu keiner Reaktion der Dienstbehörde geführt hat, kann aber an der objektiven Rechtswidrigkeit der Ausübung einer gemäß § 56 Abs. 2 BDG unzulässigen Nebenbeschäftigung nichts ändern (VwGH 25.11.2015, Ra 2015/09/0095).

Liegt eine unzulässige Nebenbeschäftigung im Sinn des § 56 Abs. 2 BDG vor, hat der Beamte ihre Ausübung zu unterlassen; andernfalls macht er sich disziplinar strafbar. Will er sichergehen, dass es sich bei der ausgeübten Nebenbeschäftigung um keine verbotene handelt, kann der Beamte einen Feststellungsbescheid der Dienstbehörde beantragen; die Pflicht zur Unterlassung einer gemäß § 56 Abs. 2 BDG verbotenen Beschäftigung besteht jedoch unabhängig von einem solchen (nicht konstitutiven) Feststellungsbescheid. Hat sich der Beamte dafür entschieden, seine Nebenbeschäftigung selbst als erlaubt zu beurteilen, hat der Beamte das Risiko seiner unrichtigen Einschätzung der Nebenbeschäftigung daher selbst zu tragen. Dass der Beamte sich für die ihm günstiger erscheinende Variante, die Nebenbeschäftigung selbst als erlaubt zu beurteilen, entschieden hat, kann ihm nicht als fehlendes Verschulden zugutegehalten werden (VwGH 01.10.2004, 2000/12/0195).

Angesichts dieser Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann der belangten Behörde nicht entgegengehalten

werden, dass sie sich mit den bereits am 07.03.2018 und am 08.01.2019 erfolgten Meldungen der Nebenbeschäftigung durch den Beschwerdeführer nicht näher befasste. Ein Feststellungsbescheid der Dienstbehörde zur Zulässigkeit der Nebenbeschäftigung liegt nicht vor. Der Beschwerdeführer durfte daher – selbst nach Rücksprache mit der Personalabteilung vor Aufnahme der Nebenbeschäftigung und auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die belangte Behörde seit März 2018 in Kenntnis seiner Position als Aufsichtsratsmitglied der Bank war – nicht von der Rechtmäßigkeit seiner ausgeübten Nebenbeschäftigung ausgehen. Lediglich die Ausführungen in der Beschwerde, wonach etwa unter seiner Leitung als Referatsleiter im Referat II/BVT/3.3 über 40 Mitarbeiter des BAK während seiner Ausübung der Nebenbeschäftigung Sicherheitsüberprüfungen unterzogen wurden, vermögen die Zulässigkeit der gegenständlichen Nebenbeschäftigung nicht zu begründen.

Folglich kann aus den dargelegten Erwägungen nicht erkannt werden, dass die angefochtene Weisung – wie vom Beschwerdeführer behauptet - mit behördlicher Willkür behaftet wäre.

Vollständigkeitshalber ist zur Anmerkung des Beschwerdeführers, dass die Befolgung der Weisung eine qualifizierte Verwendungsänderung darstelle und eine solche bescheidmäßig erfolgen hätte müssen, anzuführen, dass der Beschwerdeführer diesbezüglich keinen Antrag auf einen Feststellungsbescheid zur Frage, ob die Personalmaßnahme ohne Einhaltung des Formerfordernisses des § 38 Abs. 7 BDG zulässig war, gestellt hat. Davon abgesehen, ist er den Angaben der Behörde zur „schlichten“ Verwendungsänderung aufgrund derselben Verwendungs- und Funktionsgruppe nicht substantiiert entgegengetreten.

Aus vorstehenden Gründen war die Beschwerde gemäß § 44 BDG i.V.m. § 28 Abs. 1 und 2 VwGVG als unbegründet abzuweisen.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen.

Die hier zu prüfenden Fragen der gültigen Remonstration, der Zulässigkeit eines Feststellungsbescheides, der Befolgungspflicht in Bezug auf Weisungen und der Zulässigkeit einer Nebenbeschäftigung sind angesichts der oben dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes als eindeutig geklärt zu betrachten. Weitere Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung sind im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht hervorgekommen.

### **Schlagworte**

Arbeitsplatz Beamter Befangenheit Befolgung einer Weisung Befolgungspflicht Dienstpflicht Dienstzuteilung Feststellungsantrag Feststellungsbescheid Nebenbeschäftigung qualifizierte Verwendungsänderung rechtliche Bedenken Remonstration Unvereinbarkeit Verwendungsänderung - schlichte Weisung wesentliche Interessen des Dienstes wichtiges dienstliches Interesse Willkür Zuverlässigkeit

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2020:W213.2227795.1.00

### **Im RIS seit**

23.02.2021

### **Zuletzt aktualisiert am**

23.02.2021

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)