

TE Bvwg Erkenntnis 2021/4/13 W129 2168366-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.04.2021

Entscheidungsdatum

13.04.2021

Norm

BDG 1979 §44 Abs1

BDG 1979 §44 Abs2

BDG 1979 §44 Abs3

B-VG Art133 Abs4

Spruch

W129 2168366-1/13E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter DDr. Markus GERHOLD als Einzelrichter über die Beschwerde von XXXX vertreten durch Holzer Kofler Mikosch Kasper Rechtsanwälte OG gegen den Bescheid der Landespolizeidirektion XXXX vom 13.07.2017, P6/33861-PA2/2017, in Bezug auf eine Weisung, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung, zu Recht:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

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

Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Schreiben vom 12.06.2017 beantragte der Beschwerdeführer die bescheidmäßige Feststellung,

- ob er seine freiwillige Tätigkeit als Bezirksdatenermittler mit sofortiger Wirkung zurücklegen könne;

- des Fortbestandes der Weisung, da er laut Erlass P4/91911/2013 vom 23.12.2013 dem Landeskriminalamt, AB 06, unterstellt sei und diese seine Austrittserklärung genehmigen könne;
- ob ihm nur die beim Landeskriminalamt, AB 06, eingerichtete Abteilung (diese beurteilten seine Kenntnisse) die Weisung zu solchen Diensten erteilen könne und
- warum er seine Tätigkeit nicht sofort beenden könne, da gewisse Beamte mit sofortiger Wirkung ihre Tätigkeit hätten beenden können.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass ein Bezirksdatenermittler unter der Fachaufsicht des Landeskriminalamtes, AB 06, stehe. Im Bezirk XXXX seien drei Bezirksdatenermittler tätig gewesen. Er habe sein Austrittsgesuch zeitgleich mit einem weiteren Kollegen verfasst und abgegeben. Das Gesuch eines Kollegen sei mit sofortiger Wirkung, ohne Verpflichtung zur weiteren Ausübung, akzeptiert worden. Angemerkt werde ferner, dass in den Bezirken XXXX und XXXX der Austritt von Kollegen ebenfalls ohne Probleme möglich gewesen sei.

2. Die belangte Behörde erließ in weiterer Folge den nunmehr bekämpften Bescheid, dessen Spruch nachstehenden Wortlaut hatte:

„Die von Ihrer Bezirkspolizeikommandantin, Obstlt XXXX , BA MA, ab Juni 2017 veranlassten und Ihnen in Form des jeweils monatlichen Dienstplanes der PI XXXX zur Kenntnis gebrachten Weisungen, im jeweiligen Monat Dienste als Bezirks-IT Ermittler (BezIT) zu verrichten, sind rechtmäßig und gehört deren Befolgung zu Ihren Dienstpflichten.

Rechtsgrundlage: §§ 43 und 44 Beamtendienstrechtsgesetz 1979“

Begründend wurde nach Wiedergabe des Verfahrensganges ausgeführt, dass gemäß Erlass der Landespolizeidirektion (LPD) XXXX vom 23.12.2013, GZ: P4/91911/2013-LKA, beim Landeskriminalamt XXXX , Assistenzbereich (AB) 06 ITB, für die Bereiche der Bezirks- und Stadtpolizeikommanden Bedienstete zu Bezirks-IT-Ermittlern (BezIT) ausgebildet worden seien bzw. werden würden. Diese würden im Zuge dieser Ausbildung die erforderlichen Kenntnisse der korrekten IT-Beweissicherung vermittelt erhalten.

Gemäß Erlass der LPD XXXX vom 01.07.2013, GZ: P4/51128/2013/LKA, Pkt. 3.2.2., sei bei jedem Bezirkspolizeikommando unter der Leitung des Kriminalreferates ein Koordinierter Kriminaldienst eingerichtet.

Gemäß Erlass des Bundesministeriums für Inneres (BMI) vom 20.11.2012, GZ: BMI EE1500/0125-II/2/a/2012, seien die Bezirks-IT-Ermittler Bestandteil des Bezirks Kriminaldienstes und daher grundsätzlich in den Koordinierten Kriminaldienst integriert.

Leiterin des Kriminaldienstreferates beim Bezirkspolizeikommando XXXX und daher unmittelbare Vorgesetzte der Beamtinnen und Beamten im Koordinierten Kriminaldienst sei die Bezirkspolizeikommandantin Obstlt XXXX , BA MA. Sie sei als unmittelbare Vorgesetzte sowohl mit der Dienst- als auch mit der Fachaufsicht in allen Belangen des Koordinierten Kriminaldienstes betraut.

Obstlt XXXX , BA MA, sei das zur Erteilung der gegenständlichen Weisung zuständige Organ.

Die Weisung verstoße weder gegen strafgesetzliche Vorschriften, noch sei sie aus anderen Gründen rechtswidrig.

Der Beschwerdeführer habe sich im Jahr 2013 aus eigenen Stücken der LPD XXXX als BezIT ausbilden lassen und für den Bereich des Bezirkspolizeikommandos XXXX zur Verfügung gestellt. Mit seiner und der Ausbildung weiterer drei Exekutivbeamter als BezIT für den Bezirk XXXX sei für die LPD XXXX der Bedarf für den gegenständlichen Bezirk abgedeckt gewesen und es habe die Kontinuität der Ermittlungen und Beweissicherungen gesichert werden können.

Wenn aber nun, wie aktuell, der Fall eintrete, dass drei von vier BezIT im Bezirk XXXX ihre Tätigkeit innerhalb kürzester Frist zurücklegen wollen würden, könne dies aus organisatorischen und kriminalpolizeilichen Erwägungen nicht ohne entsprechende Reaktion hingenommen werden.

Im Sinne der allgemeinen Dienstpflichten eines Beamten, wonach dieser seine dienstlichen Aufgaben „treu“ und „mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln“ - darunter sei auch das dem Beschwerdeführer von der LPD XXXX vermittelte Spezialwissen als BezIT zu verstehen - zu besorgen habe, entspräche das Beharren auf der kurzfristigen Zurücklegung der Sonderverwendung, insbesondere wegen der Ausbildungsdauer von zumindest drei Monaten bis zur Heranbildung von neuen Spezialkräften, nicht den allgemeinen Dienstpflichten.

Insbesondere im Sinne des § 45 Abs 2 BDG sei von Seiten von Obstlt XXXX , BA MA, mit der gegenständlichen Weisung

vorzugehen gewesen, um bis zu einer Nachfolgeregelung und Verfügbarkeit von neuen Spezialkräften ein geordnetes Zusammenwirken im Bereich des Bezirkspolizeikommandos XXXX zum Zwecke der Sicherstellung einer gesetzmäßigen Vollziehung sowie einer zweckmäßigen, wirtschaftlichen und sparsamen Geschäftsgebarung zu sorgen.

3. Gegen diesen Bescheid erhob der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften und unrichtiger rechtlicher Beurteilung.

Hinsichtlich der Verletzung von Verfahrensvorschriften wurde vorgebracht, dass dem Beschwerdeführer keine Gelegenheit gegeben worden sei, vom Ergebnis einer Beweisaufnahme Kenntnis zu erlangen und dazu Stellung zu nehmen. Dies sei gegenständlich unterblieben. Vor allem sei eine Einvernahme seiner Person unterlassen worden.

Hinsichtlich der inhaltlichen Rechtswidrigkeit des bekämpften Bescheides wurde vorgebracht, dass der Beschwerdeführer zu Recht ein Feststellungsinteresse hinsichtlich der gegenständlichen Weisung habe, weil es letztlich um die Frage gehe, ob die Befolgung der ihm gegenüber, nach Remonstration, erlassenen Weisung, weiterhin und zukünftig als BezIT tätig zu sein, zu den Dienstpflichten gehöre. Gemäß Art. 20 Abs. 1 3. Satz B-VG (und weiterführend § 44 BDG) könne eine Verpflichtung zur Befolgung einer Weisung dann ausscheiden, wenn ein unzuständiges Organ die Weisung erteilt habe oder die Weisung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde. Weiters müsse die Weisung nicht befolgt werden, wenn sie nach der Remonstration nicht schriftlich wiederholt werde oder, was gegenständlich bedeutsam sei, ihre Erteilung gegen das Willkürverbot verstoße. Tatsächlich sei davon auszugehen, dass im gegenständlichen Fall Willkür geübt worden sei, weil ohne nähere Konkretisierung im bekämpften Bescheid nicht die Frage beurteilt werde, ob und wie lange er zur Erbringung von Leistungen als BezIT berechtigt oder verpflichtet sei, sondern im gegenständlichen Fall unter Anwendungen der Bestimmungen über die allgemeinen Dienstpflichten (§§ 43, 44 und 45 BDG) nun offenbar ein Dienstpflichtenverstoß fingiert werde und dann aus Anlass dieser überschießenden Annahme auch auf die Rechtmäßigkeit einer ihn betreffenden Weisung geschlossen werde.

Richtigerweise hätte sich der vorliegende Bescheid mit der Frage zu befassen gehabt, ob die Auferlegung der Pflichten als BezIT auch zukünftig zu den Dienstpflichten des Beschwerdeführers gehöre. Der Bescheid hätte rechtlich Klarheit darüber zu schaffen gehabt, ob er durch die Erteilung der Weisung in seinen Rechten verletzt worden sei.

Tatsächlich bestehe keine Verpflichtung des Beschwerdeführers als BezIT tätig zu werden. Die in Rede stehende Weisung sei daher schlichtweg rechtswidrig erfolgt und er sei nicht zur Befolgung verhalten.

Auszugehen sei davon, dass er nach Durchführung einer Ausbildung als BezIT im Bezirkspolizeikommando XXXX eingesetzt worden sei. Die Einsetzung in diese Funktion sei ohne einen konkreten Ernennungs- oder Beststellungsakt erfolgt. Nach seinen Informationen sei nur im Personalakt ein entsprechender Verweis erstellt worden.

Er sei Polizeibeamter im Bezirk XXXX und erbrächte neben den Tätigkeiten als BezIT (1 Tag je Woche) daher normalen Exekutivdienst. Er bekomme für seine Tätigkeiten als BezIT keine wie immer geartete zusätzliche Vergütung oder sonstige Besserstellung. Die Übernahme seiner Funktion des BezIT sei freiwillig erfolgt.

Bei der Funktion des BezIT handle es sich um eine Tätigkeit, die als Kriminaldienst zu bewerten sei. Er besetzte auf der P I XXXX eine Planstelle als Gruppeninspektor. Bedeutsam sei aber, dass er eine Planstelle nur im Exekutivdienst besetze. Die Tätigkeit als BezIT sei nicht planstellenjunktiniert. Die belangte Behörde vertrete den Standpunkt, dass, nachdem der Beschwerdeführer bisher die Funktion eines BezIT ausübe, er dies auch in Hinkunft zu tun hätte. Sie erwähne zwar die dem Beschwerdeführer nach § 43 BDG obliegenden allgemeinen Dienstpflichten, lasse aber völlig unbeachtet, ob die Tätigkeit als BezIT überhaupt zu seinen dienstlichen Aufgaben im Sinne des § 43 BDG gehöre.

Der Begriff der dienstlichen Aufgab konkretisiere sich im Wesentlichen aus zwei Faktoren. Der erste Faktor sei der Arbeitsplatz im Sinne des § 36 BDG, dem der Beamte nach Ernennung auf eine Planstelle (§ 3 BDG) an einer bestimmten Dienststelle zugewiesen sei. Erst durch die Übertragung der Planstelle werde also festgelegt, für welche Tätigkeit der Beamte in seiner Dienststelle überhaupt zu verwenden sei. Da der Beschwerdeführer eine Planstelle für den Exekutivdienst besetze, sei seine dienstliche Aufgabenerfüllung eben mit diesem Planstellenumfang umrissen. Dass er Exekutivdienst erbringe, sei unzweifelhaft. Konkretisiert werde der Umfang der dienstlichen Aufgaben noch durch das von der belangten Behörde in der Bescheidbegründung unterdrückte Faktum, dass der Beschwerdeführer

die Leistungen als BezIT von vornherein freiwillig erbracht habe. Es gebe keine rechtliche Verpflichtung, die ihn dazu verhalten würde, einen derartigen Kriminaldienst zu erbringen. Wie bereits dargestellt, besetze er eine Planstelle im Exekutivdienst der PI XXXX .

Der Beschwerdeführer habe die Tätigkeit als BezIT ohne zeitliche Befristung im Zuständigkeitsbereich übernommen. Wenn aber eine Tätigkeit ohne zeitliche Befristung übernommen werde, bestehe naturgemäß auch keine Verpflichtung, diese bis zu einem bestimmten Zeitablauf zu erbringen. Eine Tätigkeit zu der er sich freiwillig entschieden habe und die er ohne zeitliche Befristung eingegangen sei, könne er daher jederzeit zurücklegen, ohne dass dadurch seine dienstlichen Aufgabenstellungen beeinträchtigt werden.

Das von der belangten Behörde nun so in den Vordergrund gestellte Argument, die Zurücklegung könne erst mit der Einsetzung neuer BezIT wirksam werden, habe keine wie immer geartete gesetzliche oder erlassmäßige Grundlage. Der auch von der belangten Behörde in ihrem Bescheid genannte Erlass (BMI vom 20.12.2012) sehe ausdrücklich vor, dass die Tätigkeiten, die ein BezIT auf Bezirkspolizeikommandoebene erbringe unter fachlicher Verantwortung und im fachlichen Aufgabenbereich des LKA XXXX , AB 06 IT, stünden. Aus dem im Bescheid genannten Erlass der LPD XXXX ergebe sich weiters der Hinweis, dass, sollte der zuständige BezIT nicht erreichbar seien, die Verständigung des LKA XXXX , AB06 IT, zu erfolgen habe.

Es bestehe daher überhaupt keine fachliche Veranlassung, die Wirksamkeit einer einseitigen Erklärung eines Beamten über die Zurücklegung einer Funktion an die Ausbildung bzw. die Nachfolge anderer BezIT auf Bezirkskommandoebene zu knüpfen. Eine derartige Vorgangsweise wäre mit dem verfassungsrechtlichen Recht auf Erwerbsfreiheit ohnehin nicht in Einklang zu bringen. Dienstgeberseitige Interessenslagen seien für ihn in diesem Bereich nicht relevant. Er könne die Funktion des BezIT jederzeit zurücklegen.

Der Hinweis der belangten Behörde, die Zurücklegung der Funktion des Beschwerdeführers als BezIT entspreche nicht den allgemeinen Dienstpflichten nach § 43 BDG, gehe am Thema vorbei. Es gehe vor allem um die Frage, ob die von der Weisung umfasste Leistung oder Tätigkeit zu den dienstlichen Aufgaben des Beschwerdeführers gehöre. Dies sei gegenständlich nicht der Fall.

Aus den von der belangten Behörde genannten Erlässen des BM.I und der LPD ergebe sich, dass die Aufgaben des BezIT unter der Fachaufsicht des LKA XXXX , Ab06 IT, also auf Landesebene wahrgenommen werde. Der BezIT sei dieser Abteilung direkt unterstellt. In dienstlicher Hinsicht könnte ein BezIT dem BPK nur unterstellt werden, wenn es sich bei seinen Tätigkeiten um einen sogenannten Koordinierten Kriminaldienst (KKD) handle. Von einem derartig koordinierten Kriminaldienst scheine auch die belangte Behörde auszugehen, wenn sie an mehrfacher Stelle hinweise, dass die unmittelbare Vorgesetzte des Beschwerdeführers im koordinierten Kriminaldienst die Bezirkspolizeikommandantin wäre. Dadurch wäre die Zuständigkeit zur erteilten Weisung gegeben. Allein die Fakten seien aber anders gestaltet.

Für die Annahme eines koordinierten Kriminaldienstes wäre die Planung der Dienste seitens des BPK notwendig.

Nicht zuletzt aus budgetären Gründen, würden aber im Bezirk XXXX die koordinierten Kriminaldienste nicht durch das BPK, sondern durch die jeweilige Polizeiinspektion, eingeplant werden. Dies allein stelle schon klar, dass von einer Tätigkeit im koordinierten Kriminaldienst nicht ausgegangen werden könne.

Weiters müsse aber auf die bereits angesprochene Richtlinie für die Organisation und Vollziehung des Kriminaldienstes der Bundespolizei (KDR) hingewiesen werden. Unter Punkt 3.7.2. sei der kriminalkoordinierte Kriminaldienst in den BPK geregelt. Der KKD sei dabei an bestimmte sich aus Punkt 3.7.2. Abs. 4 genannte Voraussetzungen geknüpft. Eine Voraussetzung sei die Freiwilligkeit des KKD. Der Beschwerdeführer sei aber nun nicht mehr bereit, freiwillig KKD als BezIT zu erbringen.

Da kein KKD vorliege, sei eine Zuständigkeit des BPK auch in dienstlicher Hinsicht nicht gegeben.

Wenn also der Bescheid im Spruch festhalte, dass die von der Bezirkspolizeikommandantin zur Kenntnis gebrachten Weisungen, Dienste als BezIT zu verrichten, zu befolgen seien, müsse mit Blick auf § 44 Abs. 2 BDG der Hinweis erfolgen, dass die Weisung von einem unzuständigen Organ erteilt worden sei. Richtigerweise hätte die Weisung nur durch LKA erteilt werden dürfen.

Aus dem Erlass des BM.I vom 20.11.2012 sei weiters zu entnehmen, dass für die Tätigkeit als BezIT ein notwendiges fachliches Interesse voraussetze. Er habe aber dieses notwendige fachliche Interesse nicht mehr, da diese Tätigkeit

sehr belastend sei.

Die Nichtberücksichtigung seiner Funktionszurücklegung sei auch völlig gleichheitswidrig erfolgt. Im Bezirk XXXX habe es, entgegen dem Inhalt des Bescheides nie 4 BezIT gegeben. Tatsächlich seien nur 3 BezIT tätig gewesen.

Wegen Problemen bei den erforderlichen Ressourcen und der notwendigen Infrastruktur hätten alle drei BezIT ihre Funktion gleichzeitig zurückgelegt. Gleichheitswidrig und zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Differenzierung führend, sei aber der Umstand, dass bei einem BezIT der Rücktritt kommentar- und sanktionslos zur Kenntnis genommen worden sei, wohingegen bei ihm und einem weiteren BezIT die Zurücklegung nicht akzeptiert worden sei. Er werde dadurch diskriminiert, weil einfach nicht erklärbar sei, warum sein Rücktritt nicht akzeptiert werden könne.

Auch könne die Bestimmung des § 45 BDG nicht auf den vorliegenden Sachverhalt angewendet werden.

Es werde daher beantragt, der Beschwerde stattzugeben und zu erkennen, dass

1.) die von der Bezirkspolizeikommandantin Obstlt XXXX, BA MA, ab Juni 2017 veranlassten und in Form des jeweiligen monatlichen Dienstplanes der PI XXXX zur Kenntnis gebrachten Weisungen, im jeweiligen Monat Dienste als BezIT Ermittlerin zu verrichten, unrechtmäßig ergingen und

2.) die Erbringung weiterer Leistungen als BezIT nicht zu den dienstlichen Aufgaben des Beschwerdeführers ab dem 31.5.2017, gehört, in eventu

3.) das Verfahren zur Verfahrensergänzung an die erste Instanz zurückverwiesen wird.

4. Am 20.11.2018 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt, in der der Beschwerdeführer ausführlich einvernommen wurde. Ferner wurde die Bezirkspolizeikommandantin Obstlt XXXX, BA MA, als Zeugin eingehend befragt.

5. Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 28.02.2019, GZ. Ra 2018/12/0018, in einem ähnlichen Fall Folgendes festgehalten:

„Die Revisionswerberin ist Exekutivbeamtin der - nicht in Funktionsgruppen unterteilten - Verwendungsgruppe E 2b. Die Rechtmäßigkeit der Zuweisung von Tätigkeiten als Bezirks-IT-Ermittlerin hängt im vorliegenden Fall zunächst daher davon ab, ob es sich bei den vom Bundesverwaltungsgericht festgestellten, mit dieser Tätigkeit verbundenen Aufgaben um solche der Verwendungsgruppe E 2b handelt. Die Beantwortung der Frage der Zuordnung dieser Tätigkeiten zu dieser Verwendungsgruppe ist dabei nach dem in der Anlage 1 zum Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 positivierten Vorbildungsprinzip anhand der Ernennungserfordernisse in die Verwendungsgruppe E 2b zu prüfen. Dazu ist gegebenenfalls unter Heranziehung eines Sachverständigen die Tatsachenfrage zu klären ist, welche Anforderungen dieser Arbeitsplatz an den Ausbildungsstand stellt (vgl. VwGH 26.2.2016, Ra 2016/12/0013, mwN). Lediglich bei Zustimmung des Beamten ist nämlich gemäß § 36 Abs. 3 BDG 1979 ein Auftrag an diesen zulässig, bei der Dienststelle, bei der er in Verwendung steht, auf Dauer Amtsgeschäfte zu verrichten, die nicht zu den gewöhnlichen Dienstverrichtungen seiner Verwendungsgruppe gehören. Die Zuweisung ist nur auf die Dauer der Zustimmung zulässig; bei deren Zurückziehung muss die Zuweisung zurückgenommen werden (VwGH 11.10.2006, 2005/12/0267).

Das Verwaltungsgericht hätte daher nicht nur die mit einer Tätigkeit als Bezirks-IT-Ermittlerin verbundenen Aufgaben festzustellen gehabt, sondern darüber hinaus auch, ob diese Tätigkeiten der Verwendungsgruppe E 2b zugehören. Erst an Hand dieser Feststellungen lässt sich beurteilen, ob die (Aufrechterhaltung der) Weisung der Revisionswerberin zu einer Tätigkeit als Bezirks-IT-Ermittlerin auch ohne deren (weiterer) Zustimmung im Sinn des § 36 Abs. 3 BDG 1979 rechtmäßig war.

[...]

Bereits an dieser Stelle ist abschließend auszuführen, dass entgegen der Ansicht der Revisionswerberin die Übereinstimmung der Weisung mit der Erlasslage nicht Gegenstand des Verfahrens ist. So geht es im dienstrechtlichen Feststellungsverfahren lediglich darum, ob das von der Weisung erfasste Verhalten zum Pflichtenkreis des Angewiesenen gehört, nicht aber, ob die Weisung im Übrigen rechtmäßig ist (siehe VwGH 14.10.2013, 2013/12/0042, ua; vgl. zudem VwGH 3.10.2018, Ra 2017/12/0089, mwN).“

6. Durch das Bundesverwaltungsgericht wurde in weiterer Folge eine gutachterliche Stellungnahme des BMKÖS zur Frage eingeholt, ob die Tätigkeit eines Bezirks IT-Ermittlers der Verwendungsgruppe E2b zuzuordnen ist.

7. Mit Schreiben vom 23.09.2020 teilte das BMKÖS mit, dass die in den BMI-Erlässen vom 20.11.2012, GZ. BMI-EE1500/0125-II/2/a/2012 bzw. vom 3.03.2017, GZ. BMI-KP1000/0028-II/BK/5.2/2017 umschriebenen Tätigkeiten als IT-Bezirksermittlerin/Ermittler zweifelsfrei der Verwendungsgruppe E2b zuzuordnen seien und somit zu den allgemeinen Dienstpflichten einer E2b-Exekutivbediensteten/eines E2b-Exekutivbediensteten zählten.

8. Der Beschwerdeführer nahm dazu im Rahmen des Parteiengenhörs Stellung und brachte im Wesentlichen vor, dass die Ansicht, dass die Tätigkeit als IT-Bezirksermittler aufgrund der Tatsache, dass diese auch der Verwendungsgruppe E2b zuzuordnen sei, zu den allgemeinen Dienstpflichten einer E2b-Exekutivbediensteten/eines E2b-Exekutivbediensteten zähle, unrichtig sei. Die Stellungnahme des XXXX sei insofern nicht nachvollziehbar, als die Einschätzung ausschließlich anhand der BMI-Erlässe getroffen worden sei. Diese bezögen sich lediglich auf die Fachkenntnisse. Ob eine Verbindung zu einer bestimmten Verwendungsgruppe erforderlich sei, sei in den Erlässen nicht angeführt. Es handle sich bei der Funktion als BezIT um eine Tätigkeit, die als Kriminaldienst zu bewerten sei. Der Exekutivdienst werde durch die Richtlinien für die Organisation und Vollziehung des Exekutivdienstes (EDR) geregelt. Der Kriminaldienst werde in den Richtlinien für die Organisation und Vollziehung des Kriminaldienstes der Bundespolizei (KDR) geregelt. Die Tätigkeit als BezIT sei eben nicht planstellenjunktiniert. Eine Verpflichtung der Beamten zur Ausübung dieser Tätigkeit bestehe gerade nicht. Diese würden freiwillig ausgeführt. Auch ergebe sich aus den Richtlinien für die Organisation und Vollziehung des Kriminaldienstes der Bundespolizei (KDR), dass eine sofortige Beendigung der Tätigkeit freiwillig erfolgen könne (Punkt 3.6. Abs 5). Weshalb MinR XXXX daher zur Auffassung gelange, die Tätigkeit als IT-Bezirksermittler gehört zu den allgemeinen Dienstpflichten, sei nicht nachvollziehbar.

Es gebe keine rechtliche Verpflichtung, die den Beschwerdeführer dazu verhalten würde, einen derartigen Kriminaldienst und demnach die Tätigkeit als IT-Bezirksermittler zu erbringen. Daraus ergebe sich daher zwingend, dass eine allgemeine Dienstpflicht eben entgegen den Ausführungen des MinR XXXX nicht vorliegen könne.

Aus all den oben dargelegten Gründen ergebe sich, dass der Bescheid der LPD XXXX vom 13.07.2017 an inhaltlicher Rechtswidrigkeit leide, zumal die Erbringung weiterer Leistungen des Beschwerdeführers als BezIT nicht zu den dienstlichen Aufgaben des Beschwerdeführers zählen würden. Der Beschwerdeführer stelle daher den Antrag der Beschwerde vom 16.08.2017 Folge zu geben.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Beschwerdeführer steht als Gruppeninspektor (Verwendungsgruppe E2b) in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund und ist der Landespolizeidirektion XXXX , Bezirkspolizeikommando XXXX , zur Dienstleistung zugewiesen. Seit 01.09.2013 wird er im Rahmen des koordinierten Kriminaldienstes als ausgebildeter Bezirks-IT-Ermittler (BezIT) verwendet. Er hat sich im Jahr 2013 als Bezirks-IT-Ermittler zur Verfügung gestellt und sich im Rahmen einer Dienstzuteilung zum LKA XXXX , AB 06 ITB, als solcher ausbilden lassen. Neben dem Beschwerdeführer waren noch Insp XXXX und GrInsp. Ing. XXXX als BezIT tätig. Ein weiterer Kollege, der gesundheitlich eingeschränkt war, hat sie ein wenig unterstützt.

Die Aufgaben des Beschwerdeführers als BezIT im Rahmen kriminalpolizeilicher Erhebungen umfassten unter anderem

- ? Die forensisch korrekte Beweismittelsicherung, Transport und Verwahrung von IT-Medien;
- ? Die forensisch korrekte Sicherung, Auswertung und Berichterstellung;
- ? Staatsanwaltlich/gerichtlich angeordnete Daten- oder Netzwerksicherungen;
- ? Datenbereitstellung (z.B. Datenträger oder lokales Netzwerk);
- ? Forensische/weiterführende Auswertung von mobilen Geräten.

Der Bereich der IT- Beweissicherung wird durch den verfahrensgegenständlichen Erlass vom 20.11.2012, GZ. BMI-EE1500/0125-II/2/a/2012, mit dem die Regelungen für den im jeweiligen Landeskriminalamt eingerichteten Assistenzbereich - „IT- Beweissicherung“ (LKA AB 06 ITB) verlaubar werden bzw. durch den am 03.03.2017 in Kraft getretenen Grundsatzterlass GZ. BMI-KP1000/0028-11/BK/5.2/2017 (welcher - neben der Regelung der Organisation und Aufgaben des im Bundeskriminalamt neu eingerichteten Büros 5.2-C4 („Cybercrime Competence Center“) - auch allgemeine Grundlagen für die elektronische Beweissicherung und IT-Ermittlungen sowie ergänzende Regelungen für

den LKA AB 06 ITB und die Bezirks-IT-Ermittlerinnen/Ermittler in den Landespolizeidirektionen enthält) geregelt. Soweit dieser neuere Erlass unter Punkt V keine spezielleren Regelungen für den LKA AB 06 ITB und die Bezirks-IT-Ermittlerinnen/Ermittler vorsieht, gelten aber weiterhin die Regelungen des Erlasses aus dem Jahr 2012.

Beide Erlässe sehen ein dreistufiges Zuständigkeitsmodell zur Bekämpfung von Straftaten, bei denen die Informations- und Kommunikationstechnik zur Begehung von strafbarer Handlungen eingesetzt wird, vor:

Das im Bundeskriminalamt (.BK) angesiedelte Büro 5.2-C4 („Cybercrime Competence Center“) ist dabei als nationale und internationale Zentralstelle zuständig für :

? die elektronische Beweismittelsicherung und -auswertung,

? die Ermittlungen im Zusammenhang mit Cybercrime im engeren Sinn und die Koordinierung der Bekämpfung von Cybercrime.

Das Büro 5.2-C4 übt die Fachaufsicht über den Assistenzbereich AB06 IT-Beweissicherung in den Landeskriminalämtern (LKA) und die diesen fachlich unterstellten Bezirks-IT-Ermittlern aus. Den einzelnen Organisationseinheiten im C4 obliegt die Koordinierung und Kontaktaufnahme mit ausländischen Behörden in Bezug auf elektronische Beweismittelsicherung/-auswertungen sowie in den zugewiesenen Ermittlungsbereichen.

In der darunterliegenden Hierarchieebene nehmen der Assistenzbereich AB 06 IT-Beweissicherung der Landeskriminalämter und auf unterster Ebene die Bezirks-IT-Ermittlerinnen/Ermittler spezielle IT-technische Ermittlungsaufgaben wahr. Der Aufgabenschwerpunkt für die Bezirks-IT-Ermittlerinnen/Ermittler liegt dabei grundsätzlich im Bereich der IT-technischen Unterstützung bei Amtshandlungen. Die technischen Aufgaben der Bezirks-IT-Ermittlerinnen/Ermittler umfassen dabei das Setzen von notwendigen Sofortmaßnahmen zur elektronischen Beweismittelsicherung und die Vorbereitung und Durchführung der Sicherung von elektronischen Beweismitteln, sofern die Bezirks-IT-Ermittlerinnen/Ermittler nach ihren fachlichen und technischen Möglichkeiten dazu befähigt sind. Andernfalls ist mit dem AB 06 ITB im LKA oder dem C4 im BK Rücksprache zu halten.

Unter Ausübung der Fachaufsicht des LKA AB 06 ITB, kann der Bezirks-IT-Ermittler auch für auswertende Tätigkeiten herangezogen werden. Bezüglich der Ermittlungsaufgaben ist darauf hinzuweisen, dass der Bezirks-IT-Ermittler für die Bearbeitung von Fällen im Zusammenhang mit „Cybercrime im engeren Sinn“ (analog der Zuständigkeit des LKA AB06) und damit für Delikte nach den §§ 118a („Widerrechtlicher Zugriff auf ein Computersystem“), 119a („Missbräuchliches Abfangen von Daten“), 126a (Datenbeschädigung), 126b („Störung der Funktionsfähigkeit eines Computersystems“), 126c („Missbrauch von Computerprogrammen oder Zugangsdaten“), 148a („Betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch“) und 225a („Datenfälschung“) StGB zuständig ist. In allen anderen Fällen obliegt der Bezirks-IT-Ermittlerin bzw. dem Bezirks-IT-Ermittler lediglich die IT-bezogene technische Unterstützung.

Demgemäß würde etwa ein bloßer Bestellbetrug im Internet (§§ 146 ffStGB) keine unmittelbare Zuständigkeit begründen, wohl aber ein Betrug (§§ 146 ffStGB) in Verbindung mit einem der oben angeführten Delikte wie z.B. § 118a StGB. Für die Durchführung von technischen Assistenzleistungen sowie für Weiterbildungsmaßnahmen sehen beide Erlässe vor, dass den Bezirks-IT-Ermittlern ein ausreichendes Zeitkontingent zur Verfügung zu stellen ist. Sonstige Aufgaben der Bezirks-IT-Ermittlerinnen/Ermittler sind die regelmäßige Teilnahme an Fortbildungs- und Informationsveranstaltungen sowie die Durchführung von Schulungsmaßnahmen in den Dienststellen vor Ort oder innerhalb des Bezirks bzw. der Abteilung zur Information über aktuelle Cyber-Phänomene, mögliche Ermittlungsansätze, Bearbeitungshinweise und Präventionsmaßnahmen.

Die Ausbildung zur Bezirks-IT-Ermittlerin umfasst E-Learning Module (12 und 3 Stunden), eine Präsenzschulung durch das .BK Büro 5.2-C4 in Kooperation mit dem LKA AB06 -(3x4 Tage - 3 Module, diese Präsenzschulung kann auch nach der praktischen Ausbildung erfolgen!) sowie eine praktische Ausbildung durch das LKA (zweimonatige praktische Ausbildung in Form von Zuteilungen zum LKA AB 06 ITB für den Bereich der forensischen Datensicherung bzw. Datenauswertung). Als Fortbildungsmaßnahmen sind jährlich nach Bedarf mindestens drei Tage im Bereich einer LPD sowie zusätzliche Teilnahmen an IT-Veranstaltungen aus dem Bereich des BM.I vorgesehen.

Aus den zitierten Erlässen ergibt sich, dass für die Tätigkeit als Bezirks-IT-Ermittlerin/Ermittler nur auf die Fachkenntnis abgestellt wird und keine Verbindung zu einer bestimmten Verwendungsgruppe erforderlich ist. Daher sind sowohl Angehörige der Verwendungsgruppe E2a als auch Angehörige der Verwendungsgruppe E2b als Bezirks-IT- Ermittler tätig.

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass bei der LPD XXXX insgesamt 90 Qualifikationen eingetragen sind, die eine Bedienstete/ein Bediensteter zusätzlich zu ihren/seinen normalen exekutivdienstlichen Aufgaben ausüben kann. Allen Qualifikationen ist gemeinsam, dass sie keine bestimmte Verwendungsgruppe (insbesondere keine E2a-Ausbildung) voraussetzen und nicht gesondert abgegolten werden. Ein Exekutivbediensteter kann dabei mehrere, höchstens aber fünf dieser Qualifikationen ausüben.

Als mögliche Qualifikationen können ausgeübt werden:

- ? Alpinist-Piste ZS
- ? Diplomschullehrer ZS
- ? Flight-Operator ZS
- ? Polizei-Alpinist ZS
- ? Polizei-Bergführer ZS
- ? Polizei-Hochalpinist ZS
- ? Polizeischiffsführer/Seedienst ZS
- ? Sprengstoffkundiges Organ (SKO) ZS
- ? Zivilbergführer ZS
- ? AGM-Beamter
- ? Alpinist-Piste
- ? Angehörige ODE
- ? Anwender Support
- ? Arrestantenwagenlenker AWgr
- ? Banknoten/Dokumentenspürhundeführer
- ? Betreuungsbeamter
- ? Beweissicherung
- ? Brandermittler
- ? Brandmittelspürhundeführer
- ? Brandschutzbeauftragter
- ? Brandschutzwart
- ? Datensicherungsbeamter (IT-Ermittler)
- ? Dienstführung
- ? Diensthundeführer
- ? Dienstsportkoordinator
- ? Dokumentenprüfung
- ? Einsatzeinheit
- ? Ermittler für Scheinehen
- ? Ermittler nach dem Glücksspielgesetz
- ? Fahrtechnik Instruktor
- ? Fährtenhundeführer
- ? Flight- und FLIR-Operator
- ? fremdenpolizeiliche Flugabschiebungen

- ? fremdenpolizeilicher Dienst
- ? Funksprecher
- ? Gefahrenstoffkundiges Organ
- ? GESI - Sicherheitsbeauftragter SB
- ? Gewalt in der Privatsphäre
- ? Gewerkschaftstätigkeit (keine PV)
- ? GSOD Dienstführung
- ? GSOD Führungsunterstützung
- ? GSOD Greiftrupp
- ? GSOD Gruppenkommandant
- ? GSODMZP Schütze
- ? GSOD Zugskommandant
- ? Kapellmeister
- ? KD Gruppe/koordinierter krim. Dienst
- ? Kinderpolizei (KIPO)
- ? Koord. fremdenpolizeilicher Dienst
- ? Koordination
- ? LandesausbilderPDHE
- ? Leichen/Blutspurenspürhundeführer
- ? Mitglied der Bezirksverkehrsgruppe
- ? Mitglied einer AEG
- ? Mitglied Verhandlungsgruppe Ost
- ? Mitglied Vorführhundegruppe
- ? Motorradfahrer
- ? Multabox
- ? PAD-Landestrainer
- ? Peer Support
- ? Personalvertretung
- ? PI – Ermittler
- ? Polizeianhaltevollzug
- ? Polizeimusik
- ? Polizeischiffsführer/Seedienst
- ? Polizeisportlehrer
- ? Präventionsbeamte
- ? Problemabschiebung
- ? Rotlichtermittler/Bordellkontrollen
- ? Sanitäter
- ? Schwerverkehrskontrollorgan-ADR(SVKO-ADR)

- ? Schwerverkehrskontrollorgan
- ? Seiltechniker
- ? Sicherheitsvertrauensperson (SVP)
- ? Sportwart
- ? Sprengstoffkundiges Organ (SKO)
- ? Sprengstoffspürhundeführer
- ? Spurensicherer
- ? StPO-Trainer
- ? Strahlenspürer
- ? Suchtmittelbearbeiter
- ? Suchtmittelspürhundeführer
- ? Szenekundiger Beamter (SKB)
- ? umweltkundiges Organ
- ? Uniformierter Fahrraddienst
- ? Verkehrserziehung
- ? Verkehrsunfallsachbearbeiter
- ? Qualitätsmanager
- ? Rettungssanitäter

Diese Qualifikationen liegen innerhalb der jeweiligen Bandbreite des Fachwissens der E2a- bzw. E2b-Bediensteten.

Im Jahr 2017 wurde von den Kollegen des Beschwerdeführers mit der Bezirkspolizeikommandantin Obstlt XXXX , BA MA, ein Gespräch betreffend die Ressourcen und die Dienste geführt. Bemängelt wurde, dass oft kein Dienst-KFZ zur Verfügung stehe und zu wenig IT-Dienste geplant würden. Der Beschwerdeführer erklärte mit Schreiben vom 04.05.2017, dass er die Tätigkeit als BezIT mit Wirkung vom 31.05.2017 zurücklegen will. Insp XXXX gab ebenfalls mit Schreiben vom 04.05.2017 an, dass sie die Tätigkeit als BezIT mit Wirkung vom 31.05.2017 zurücklegen will. Auch GrInsp. Ing. XXXX erklärte an diesem Tag seinen Austritt, kündigte diesen aber bereits zuvor mündlich an.

Die Bezirkspolizeikommandantin erteilte dem Beschwerdeführer hierauf mit Schreiben vom 08.05.2017 die - verfahrensgegenständliche – Weisung, weiterhin als BezIT tätig zu sein, bis Ersatz zur Verfügung stehe. Insp XXXX wurde mit Schreiben vom 09.05.2017 ebenfalls angewiesen, weiterhin als BezIT tätig zu sein, bis Ersatz zur Verfügung steht.

GrInsp. Ing. XXXX wurde von der Tätigkeit als BezIT entbunden.

Die Bezirkspolizeikommandantin begründete diese Vorgangsweise damit, dass GrInsp. Ing. XXXX der Erste gewesen sei, der seinen Rücktritt erklärte habe. Sie hat seinen Rücktritt akzeptiert, weil noch zwei weitere Bedienstete zur Verfügung gestanden sind und die Bearbeitung durch einen Bediensteten kaum möglich ist, durch zwei schon.

Nachdem der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 18.05.2017 gegen die Weisung vom 08.05.2017 remonstrierte, wurde diese durch die Bezirkspolizeikommandantin mit E-Mail vom 24.05.2017 schriftlich wiederholt.

Die Bezirkspolizeikommandantin Obstlt XXXX , BA MA, Leiterin des Kriminaldienstreferates beim Bezirkspolizeikommando XXXX , ist mit der Dienstaufsicht des Beschwerdeführers im Hinblick auf seine BezIT-Tätigkeit betraut, mit der Fachaufsicht ist in diesem Fall das LKA betraut.

2. Beweiswürdigung:

Diese Feststellungen ergeben sich aus den glaubwürdigen Angaben in der mündlichen Verhandlung sowie der unstrittigen Aktenlage. Sowohl der Wortlaut der in Rede stehenden Weisung als auch der Umstand, dass die Weisung von der Vorgesetzten schriftlich wiederholt wurde, werden vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Die Feststellungen

über Beweggründe der Bezirkspolizeikommandantin, warum sie den Rücktritt des Kollegen GrInsp. Ing. XXXX akzeptierte, ergeben sich aus ihren Aussagen im Rahmen der zeugenschaftlichen Einvernahme in der Verhandlung. Dies deckt sich auch mit dem Akteninhalt, aus dem hervorgeht, dass GrInsp. Ing. XXXX bereits vor dem 04.05.2017, und zwar im April 2017 mündlich erklärte, seine Tätigkeit als BezIT beenden zu wollen (vgl dazu Stellungnahme vom 10.07.2017, Bericht vom 24.05.2017). Auch wird nicht verkannt, dass der Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung ausführte, dass er bereits im Herbst 2016 den Wunsch deponiert habe, nicht mehr weitermachen zu wollen. Diesbezüglich ist zu bemerken, dass der Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung angab, dass der Leiter damals zu ihm gesagt habe, es komme ein neuer Erlass, es werde alles besser. Da der Beschwerdeführer dann weitergemacht hat und bis zum Mai 2017 ein langer Zeitraum vergangen ist, steht dieser im Herbst 2016 deponierte Wunsch nicht der Feststellung entgegen, dass GrInsp. Ing. XXXX im zeitlichen Zusammenhang mit den gegenständlichen Austrittsgesuchen als Erster seinen Austritt mündlich erklärte.

Die Ausführungen der belangten Behörde zur Dienstaufsicht konnten anhand der vorgelegten Erlässen bzw. Richtlinien nachvollzogen werden. Dabei ist va auf die Kriminaldienstrichtlinien – KDR, GZ.: BMI-EE1500/0086-II/2/a/2005, 3.7. Abs. 2 hinzuweisen, demnach in direkter Unterstellung unter dem Leiter des Kriminalreferates in den Bezirkspolizeikommanden ein Koordinierter Kriminaldienst und in den übrigen Stadtpolizeikommanden ein operativer Kriminaldienst eingerichtet ist. Dies steht auch im Einklang mit dem Erlass vom 01.07.2013, demnach in jedem Bezirkspolizeikommando unter der Leitung des Kriminalreferates ein Koordinierter Kriminaldienst eingerichtet ist (3.2.2.). Gemäß dem Erlass vom 23.12.2013 5. erfolgt die Dienstverrichtung der BezIT, die dem Bezirks- bzw. Stadtpolizeikommando unterstehen, im Rahmen des koordinierten Kriminaldienstes (KKD bzw. OKD). Die Fachaufsicht hingegen obliegt gemäß dem Erlass vom 20.11.2012 dem LKA AB 06 ITB. Auch aus dem in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Erlass vom 06.11.2017 ergibt sich aus 5., dass die Dienstaufsicht über die BezIT dem örtlich zuständigen Bezirks- oder Stadtpolizeikommando obliegt. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch der Beschwerdeführer selbst in der mündlichen Verhandlung zusammengefasst ausführte, dass die Bezirkspolizeikommandantin Dienstvorgesetzte sei. Hier gehe es um die Planung der Dienste (S. 6 VH-Protokoll). Dies deckt sich mit der Aussage der Zeugin, die ebenso ausführte, dass sie die dienstliche Vorgesetzte sei (S. 12 VH-Protokoll). Weiters führte sie aus, was die IT-Dienste betreffe, habe sie es konkret so gemacht, dass im Schnitt pro Woche auch ein IT-Dienst vorgegeben werde (S. 14 VH-Protokoll).

Die Feststellungen hinsichtlich Art und Umfang der Aufgaben als BezIT ergeben sich insbesondere aus der Stellungnahme des BMKÖS vom 23.09.2020.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

3.1. § 44 BDG lautet 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.“

3.2. Der Verwaltungsgerichtshof bejaht in seiner ständigen Rechtsprechung auch in Bezug auf Weisungen (Dienstaufträge) ein rechtliches Interesse an der Erlassung eines Feststellungsbescheides. Wie er in seinen Erkenntnissen vom 17.10.2008, 2007/12/0049 und 2007/12/0199, mit näherer Begründung klargestellt hat, kann Gegenstand eines solchen Feststellungsverfahrens einerseits die Frage sein, ob die Befolgung einer Weisung zu den Dienstpflichten des Beamten gehört, d. h., ob er verpflichtet ist, diese Weisung zu befolgen: Eine Pflicht zur Befolgung einer Weisung ist 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 die 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 22.05.2012, 2011/12/0170, 2011/12/0171 und 2011/12/0195; 27.02.2014, 2013/12/0159).

Vor dem Hintergrund der Funktion des dienstrechtlichen Feststellungsbescheides als subsidiärer Rechtsbehelf scheidet die Erlassung eines solchen Bescheides darüber, ob ein Beamter zu künftigen weisungsgemäßen Dienstleistungen verpflichtet werden kann, jedenfalls solange aus, als nicht eine Klärung dieser strittigen Frage im Wege des § 44 Abs. 3 BDG 1979 versucht wurde. Denn vor Durchführung dieses einer möglichen Konfliktbewältigung durch Klarstellung, Erläuterung, Modifizierung oder (ausdrückliche oder entsprechend dem letzten Satz der genannten Bestimmung vermutete) Zurückziehung der Weisung dienlichen Verfahrens steht ja der endgültige Inhalt der Weisung, um deren Zugehörigkeit zu den Dienstpflichten bzw. deren Rechtmäßigkeit es geht, gar nicht fest und muss demnach bis zum Abschluss dieses Verfahrens, auch wenn dieser nicht in der Erlassung eines Bescheides besteht, schon deshalb das Interesse an der Erlassung eines entsprechenden Feststellungsbescheides verneint werden (VwGH 13.03.2002, 2001/12/0181).

Schließlich ist einer Weisung die Rechtswirksamkeit und damit die Pflicht zu ihrer Befolgung dann abzusprechen, wenn ihre Erteilung gegen das Willkürverbot verstößt. Willkürliches Verhalten der Behörde liegt unter anderem in der gehäuften Verkennung der Rechtslage, aber auch im Unterlassen jeglicher Ermittlungstätigkeit in einem entscheidenden Punkt oder dem Außerachtlassen des konkreten Sachverhaltes. Auch eine denkmögliche Gesetzesanwendung kann Willkür indizieren. Willkür liegt aber auch dann vor, wenn eine Entscheidung nur aus subjektiven, in der Person des Beschwerdeführers liegenden Gründen erfolgt wäre. Demnach kann nur dem Gesamtbild des Verhaltens der Dienstbehörde im einzelnen Fall entnommen werden, ob Willkür vorliegt (vgl. VwGH, 17.10.2008, GZ. 2007/12/0049 mwN).

3.3. Soweit der Beschwerdeführerin ins Treffen führt, dass er sich freiwillig bereit erklärt habe, als BezIT tätig zu sein, ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis nicht um ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Vertragspartnern handelt. Die aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis abgeleiteten Rechte und Pflichten sind im Gegensatz zu privatrechtlichen Dienstverhältnissen - sofern nicht Gestaltungsrechte gesetzlich ausdrücklich eingeräumt sind - weder vom Dienstgeber noch vom Dienstnehmer gestaltbar, sondern haben sich aus dem Gesetz zu ergeben (vgl. VwGH, 25.01.1995, GZ. 94/12/0242). Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die verfahrensgegenständliche Weisung allein an den oben dargestellten Kriterien zu messen ist.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 28.02.2019, GZ. Ra 2018/12/0018, festgestellt, dass die Rechtmäßigkeit der Zuweisung von Tätigkeiten als Bezirks-IT-Ermittlerin im vorliegenden Fall davon abhängt, ob es sich bei den oben festgestellten, mit dieser Tätigkeit verbundenen Aufgaben um solche der Verwendungsgruppe E 2b handelt. Die Beantwortung der Frage der Zuordnung dieser Tätigkeiten zu dieser Verwendungsgruppe ist dabei nach dem in der Anlage 1 zum Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 positivierten Vorbildungsprinzip anhand der Ernennungserfordernisse in die Verwendungsgruppe E 2b zu prüfen. Dazu ist gegebenenfalls unter Heranziehung eines Sachverständigen die Tatsachenfrage zu klären ist, welche Anforderungen dieser Arbeitsplatz an den Ausbildungsstand stellt. Lediglich bei Zustimmung des Beamten ist nämlich gemäß § 36 Abs. 3 BDG ein Auftrag an diesen zulässig, bei der Dienststelle, bei der er in Verwendung steht, auf Dauer Amtsgeschäfte zu verrichten, die nicht zu den gewöhnlichen Dienstverrichtungen seiner Verwendungsgruppe gehören. Die Zuweisung ist nur auf die Dauer der Zustimmung zulässig; bei deren Zurückziehung muss die Zuweisung zurückgenommen werden.

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus der gutachterlichen Stellungnahme des BMKÖS vom 23.09.2020, dass für die Tätigkeit als Bezirks-IT-Ermittler nur auf die Fachkenntnis abgestellt wird und keine Verbindung zu einer bestimmten Verwendungsgruppe erforderlich ist. Sie setzt keine bestimmte Verwendungsgruppe (insbesondere keine E2a-Ausbildung) voraus und wird nicht gesondert abgegolten. Ferner liegt diese Qualifikation innerhalb der Bandbreite des Fachwissens der E2b-Bediensteten und begründet damit keine Zuordnung zu einer höheren Verwendungs- bzw. Funktionsgruppe. Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass es insgesamt 90 Qualifikationen gibt die ein Bediensteter ausüben kann. Allen Qualifikationen ist gemeinsam, dass sie innerhalb der Bandbreite des Fachwissens der E2b-Bediensteten liegen keiner bestimmten Verwendungsgruppe zuzuordnen ist und

nicht gesondert abgegolten werden. Vergleicht man die Tätigkeit einer BezIT mit den anderen in der gutachterlichen Stellungnahme des BMKÖS vom 23.09.2020 angeführten Tätigkeiten, kann zusammenfassend festgestellt werden, dass es sich um Spezialisierungen innerhalb des Exekutivbeamten der Verwendungsgruppe E2b obliegenden umfassenden verwaltungs-kriminalpolizeilichen Tätigkeitsbereichs handelt. Es ist daher davon auszugehen, dass die Tätigkeiten als IT-Bezirksermittlerin/Ermittler zweifelsfrei der Verwendungsgruppe E2b zuzuordnen sind und somit zu den allgemeinen Dienstpflichten einer E2b-Exekutivbediensteten zählen. Die dem Beschwerdeführer im vorliegenden Fall mit der verfahrensgegenständlichen Weisung aufgetragene weitere Ausübung der ursprünglich freiwillig aufgenommenen Tätigkeit als BezIT war daher nicht von der Zustimmung des Beschwerdeführers abhängig.

Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, dass eine Verpflichtung zur Ausübung dieser Tätigkeit nicht bestehe, in der Kriminaldiensttrichtlinie (Richtlinien für die Organisation und Vollziehung des Kriminaldienstes der Bundespolizei [Kriminaldiensttrichtlinien – KDR]) die Tätigkeit in Kriminaldienstgruppen auf Inspektionsebene an die Freiwilligkeit geknüpft werde, ist damit für seinen Standpunkt nichts gewonnen.

Wie der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 28.02.2019, GZ. Ra 2018/12/0018, unter Hinweis auf einschlägige Vorjudikatur festgestellt hat, ist entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers die Übereinstimmung der Weisung mit der Erlasslage nicht Gegenstand des Verfahrens. Es geht im dienstrechtlichen Feststellungsverfahren lediglich darum, ob das von der Weisung erfasste Verhalten zum Pflichtenkreis des Angewiesenen gehört, nicht aber, ob die Weisung im Übrigen rechtmäßig ist.

Wie die belangte Behörde zu Recht festgestellt hat, ist die Bezirkspolizeikommandantin als zuständiges Organ im Sinne des § 44 Abs. 2 BDG anzusehen. Ebenso steht fest, dass die verfahrensgegenständliche Weisung nicht strafgesetzwidrig ist. Die Weisung wurde von der zuständigen Vorgesetzten nach erfolgter Remonstration schriftlich wiederholt, weshalb auch die Rückziehungsfiktion des § 44 Abs. 3 BDG nicht eingetreten ist.

Entgegen der Ansicht der Beschwerde kann im vorliegenden Fall von Willkür keine Rede sein: Aus den in den Akten befindlichen Erlässen der belangten Behörde geht hervor, dass angesichts der weiten Verbreitung IT-Anwendungen diese auch im Rahmen kriminalpolizeilicher Erhebungen entsprechend zu berücksichtigen sind.

Konfrontiert mit der zeitnah erfolgten Erklärung von drei Bediensteten nicht mehr als BezIT tätig sein zu wollen, musste die Bezirkspolizeikommandantin sicherstellen, dass notwendige IT-Ermittlungen weiterhin durchgeführt werden. In der Verhandlung hat die Bezirkspolizeikommandantin - von dem Beschwerdeführer unbestritten - ausgeführt, dass der damalige Arbeitsanfall von zwei BezIT zu bewältigen war. Ihre Entscheidung GrInsp. Ing. XXXX und nicht den Beschwerdeführer von dieser Tätigkeit zu entbinden, weil dieser als Erster die Zurücklegung erklärte und die Tätigkeit durch zwei Bedienstete Bearbeitung möglich ist, ist aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts sachlich nachvollziehbar. Wohl geht es angesichts des oben dargelegten Wesens des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses nicht an, die Erfüllung dienstlicher Aufgaben von der Freiwilligkeit einzelner Bediensteter abhängig zu machen. Vielmehr besteht die Möglichkeit weisungskonformes Verhalten mit dienst- und/oder disziplinarrechtlichen Mitteln durchzusetzen. Wie sich bei der Verhandlung gezeigt hat, hat der Beschwerdeführer seine Tätigkeit ohne erkennbare Defizite weitergeführt.

Weder in der Verhandlung noch aus dem Akt ergaben sich substantiierten Hinweise auf eine Diskriminierung.

Weiters ändert auch eine unzureichende Ressourcenzuteilung nichts an der Verbindlichkeit der Weisung. Allerdings würde dies einen Rechtfertigungsgrund darstellen, falls - wofür aber im vorliegenden Fall keinerlei Hinweise bestehen - dem Beschwerdeführer vorgeworfen worden wäre, sein Arbeitspensum nicht bewältigt zu haben.

Auch verkennt das Gericht nicht, dass die belangte Behörde dem Beschwerdeführer zusagte, dass die Tätigkeit nur so lange auszuführen ist, bis ein Ersatz gefunden worden ist und ein solcher bis dato nicht zur Verfügung steht. Dieser Umstand ändert jedoch nichts daran, dass dem Gericht die Entscheidung der belangten Behörde trotzdem als gerechtfertigt erscheint.

Die Beschwerde war daher als unbegründet abzuweisen.

Zu Spruchpunkt B):

4.1. 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. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

4.2. 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. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Es wird darauf hingewiesen, dass eine außerordentliche Revision zu einem ähnlichen Fall (W213 2168368-1, 14.01.2021) erhoben wurde.

Schlagworte

Befolgungspflicht Dienstpflicht Feststellungsverfahren Freiwilligkeit öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis Weisung Willkür

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2021:W129.2168366.1.00

Im RIS seit

23.06.2021

Zuletzt aktualisiert am

23.06.2021

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at