33

Auszug aus dem Urteil der Abteilung I
i.S. A. gegen Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport
A–4443/2013 vom 7. Mai 2014

Bundespersonalrecht. Nichtbewilligung einer Nebenbeschäftigung.

Art. 27 und Art. 36 BV. Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG. Art. 23 BPG. Art. 91 Abs. 2 und Abs. 3 BPV.

1. **Voraussetzungen einer Bewilligungspflicht für Nebentätigkeiten. Mitwirkungspflicht, Beweislast und Beweismass im Fall der Verweigerung einer Bewilligung (E. 5).**
2. **Gefahr einer verminderten Leistungsfähigkeit: Eine Nebenbeschäftigung vermag die Leistungsfähigkeit im Arbeitsverhältnis mit dem Bund umso eher zu beeinträchtigen, je grösser ihr zeitlicher Aufwand und je höher der Beschäftigungsgrad der Anstellung beim Bund ist (E. 6.3).**
3. **Bewilligungsverweigerung: Das Risiko einer Interessenkollision im Sinne von Art. 91 Abs. 3 BPV kann unter anderem dann bestehen, wenn der Bundesangestellte durch seine Nebenbeschäftigung (zeitlich) in einem Ausmass beansprucht wird, welches seine (volle) Arbeitskraft für den Arbeitgeber nachteilig beeinträchtigt beziehungsweise reduziert und zu einer Verzettelung derselben führt (E. 7.3).**

Droit du personnel de la Confédération. Refus d'autoriser une activité accessoire.

Art. 27 et art. 36 Cst. Art. 13 al. 1 let. a PA. Art. 23 LPers. Art. 91 al. 2 et al. 3 OPers.

1. **Régime et conditions d'octroi de l'autorisation d'exercer une activité accessoire. Obligation de collaborer, fardeau et degré de la preuve en cas de refus de l'autorisation (consid. 5).**
2. **Risque que les prestations soient compromises: l'exercice d'une activité accessoire peut d'autant plus compromettre les prestations de l'employé dans l'activité effectuée pour le compte de la Confédération que le temps qu'il y consacre est important et que**

son taux d'occupation auprès de la Confédération est élevé (consid. 6.3).

3. **Refus de l'autorisation: le risque d'un conflit d'intérêt au sens de l'art. 91 al. 3 OPers peut notamment survenir au détriment de l'employeur, lorsque l'employé de la Confédération est mobilisé (en temps) par son activité accessoire dans une mesure qui entrave, voire réduit, sa (pleine) force de travail et conduit à une dispersion de celle-ci (consid. 7.3).**

Diritto del personale della Confederazione. Diniego dell'autorizzazione a svolgere un'occupazione accessoria.

Art. 27 e art. 36 Cost. Art. 13 cpv. 1 lett. a PA. Art. 23 LPers. Art. 91 cpv. 2 e cpv. 3 OPers.

1. **Presupposti alla base dell'obbligo di autorizzazione per le occupazioni accessorie. Obbligo di cooperazione, onere probatorio e grado probatorio in caso di diniego dell'autorizzazione (consid. 5).**
2. **Rischio di una diminuzione delle prestazioni: il rischio che un'occupazione accessoria diminuisca le prestazioni di un impiegato nell'ambito del rapporto di lavoro con la Confederazione è direttamente proporzionale al tempo ad essa consacrato e al grado di occupazione previsto per l'impiego presso la Confederazione (consid. 6.3).**
3. **Diniego dell'autorizzazione: il rischio di un conflitto d'interessi ai sensi dell'art. 91 cpv. 3 OPers può sussistere in particolare quando il tempo che l'impiegato federale deve consacrare all'occupazione accessoria è di proporzioni tali da ridurre o compromettere la sua (piena) capacità lavorativa al servizio del datore di lavoro e provoca un effetto dispersivo sulla stessa (consid. 7.3).**

A. ist seit 1. November 2007 als (…) bei der Logistikbasis der Armee (LBA) im C. angestellt. Sein Arbeitspensum beträgt 100 %. Er hat seit dem 12. April 2005 den eidgenössischen Fachausweis als Fachmann für Sicherheit und Bewachung und seit dem 4. Juni 2012 eine Bewilligung des Kantons (…) zur Ausübung der Tätigkeit als Privatdetektiv und zum Betrieb eines Sicherheitsunternehmens.

Am 8. August 2012 reichte A. beim Chef des C. ein Gesuch um Bewilligung einer Nebenbeschäftigung als Inhaber und Leiter des von ihm gegründeten Sicherheitsunternehmens D. ein. Dieses wurde am 30. August 2012 abgelehnt. Auf entsprechendes Ersuchen hin erliess der Chef LBA am 7. Januar 2013 ihm gegenüber eine anfechtbare Verfügung.

Eine von A. dagegen gerichtete Beschwerde wies das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (nachfolgend: Vorinstanz) mit Entscheid vom 25. Juli 2013 ab.

Mit Eingabe vom 5. August 2013 führt A. (nachfolgend: Beschwerdeführer) gegen diesen Entscheid beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und ersucht um Neubeurteilung der Angelegenheit.

Das Bundesverwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

3. Art. 27 BV garantiert die Wirtschaftsfreiheit, welche insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung umfasst. Eingriffe in dieses verfassungsmässige Recht sind nur zulässig, sofern sie auf einer angemessenen gesetzlichen Grundlage beruhen, auf ein überwiegendes öffentliches Interesse gestützt werden und verhältnismässig sind (Art. 36 BV; PETER HELBLING, in: Handkommentar zum BPG, 2013, Art. 23 N. 14 ff.; Richtlinie des Eidgenössischen Personalamts EPA vom 30. Oktober 2013 zu Nebenbeschäftigungen und öffentlichen Ämtern Fn. 10, nachfolgend: Richtlinie EPA).

4. Gemäss Art. 23 BPG (SR 172.220.1) können die Ausführungsbestimmungen die Ausübung bestimmter Tätigkeiten und öffentlicher Ämter von einer Bewilligung abhängig machen, soweit sie die Erfüllung der Aufgaben zu beeinträchtigen vermögen. Art. 91 der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV, SR 172.220.111.3) enthält hierzu folgende Regelung:

> [1] Die Angestellten melden ihren Vorgesetzten sämtliche öffentlichen Ämter und gegen Entgelt ausgeübten Tätigkeiten, die sie ausserhalb ihres Arbeitsverhältnisses ausüben.
>
> [1bis] Unentgeltlich ausgeübte Tätigkeiten sind meldepflichtig, sofern Interessenkonflikte nicht ausgeschlossen werden können.
>
> [2] Die Ausübung der Ämter und Tätigkeiten nach den Absätzen 1 und 1[bis] bedarf der Bewilligung, wenn:

a. sie die Angestellten in einem Umfang beanspruchen, der die Leistungsfähigkeit im Arbeitsverhältnis mit dem Bund vermindern kann;

b. aufgrund der Art der Tätigkeit die Gefahr eines Konfliktes mit den dienstlichen Interessen besteht.

3 Wenn nicht im Einzelfall Interessenkonflikte ausgeschlossen werden können, wird die Bewilligung verweigert. Interessenkonflikte können insbesondere bei folgenden Tätigkeiten bestehen:

a. Beratung oder Vertretung von Dritten in Angelegenheiten, die zu den Aufgaben der Verwaltungseinheit gehören, bei der die angestellte Person tätig ist;

b. Tätigkeiten im Zusammenhang mit Aufträgen, die für den Bund ausgeführt werden oder die der Bund in absehbarer Zeit zu vergeben hat.

(…)

Für die Beschränkung der Nebentätigkeit der Angestellten des Bundes besteht somit eine hinreichende (formell-)gesetzliche Grundlage. Diese rechtlichen Schranken sind überdies im öffentlichen Interesse, wollen sie doch allgemein die volle Leistungsfähigkeit und Arbeitskraft des Personals für den Bund erhalten, die Unabhängigkeit und Glaubhaftigkeit der Amtsführung sicherstellen und Interessenkonflikten zwischen dem Bund, seinem Personal und Dritten vorbeugen (vgl. auch Richtlinie EPA Ziff. 5.3).

5. Will ein Arbeitgeber beim Bund gegenüber einem seiner Angestellten eine Bewilligungspflicht für eine Nebentätigkeit einführen oder eine von diesem nachgesuchte Bewilligung verweigern, so muss er nachweisen, dass die entsprechenden (gesetzlichen) Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. HELBLING, a.a.O., Art. 23 N. 19). Diese Beweislast des Arbeitgebers ergibt sich auch aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass diejenige Partei das Vorhandensein einer Tatsache zu beweisen hat, welche aus ihr Rechte ableitet. Demzufolge hat bei belastenden Verfügungen – wie die Verweigerung einer Bewilligung eine ist – die Verwaltung das Vorhandensein der Tatbestandsvoraussetzungen zu beweisen (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.150; CHRISTOPH AUER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, Art. 12 N. 16; Urteil des BVGer A–6664/2009 vom 29. Juni 2010 E. 5.7.1). Zugleich ist gemäss Art. 91 Abs. 2 und 3 BPV jedoch das erforderliche Beweismass bei der Unterstellung einer Nebentätigkeit unter die Bewilligungspflicht und bei

der Verweigerung einer solchen Bewilligung eingeschränkt, sind doch deren Voraussetzungen in beiden Absätzen offen formuliert. Aufgrund dieser gesetzlichen Beweiserleichterungen muss die beweispflichtige LBA beziehungsweise die beweispflichtige Vorinstanz demnach nicht den Vollbeweis erbringen, sondern hat bloss darzutun, dass die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers durch die Nebenbeschäftigung vermindert werden « kann » oder die « Gefahr » eines Konfliktes mit den dienstlichen Interessen besteht beziehungsweise im Einzelfall Interessenkonflikte nicht ausgeschlossen werden « können ». Der Beschwerdeführer seinerseits hat als Gesuchsteller nach Treu und Glauben bei der Beweisführung zumindest mitzuwirken (Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG). Diese Mitwirkungspflicht erstreckt sich insbesondere auf Tatsachen, welche er besser kennt als seine Arbeitgeberin und welche diese ohne seine Mitwirkung gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben kann (vgl. Urteil des BGer 2C_222/2011 vom 3. Juli 2012 E. 4.6.4 m.w.H.).

6. In einem ersten Schritt ist zu untersuchen, ob die vom Beschwerdeführer gegen Entgelt ausgeübte Nebenbeschäftigung als Inhaber und Leiter des von ihm gegründeten Sicherheitsunternehmens D. überhaupt bewilligungspflichtig ist.

6.1 Die Vorinstanz bejaht eine Bewilligungspflicht, da davon auszugehen sei, dass die nebenberufliche Tätigkeit des Beschwerdeführers zumindest einen Einfluss auf seine Leistungsfähigkeit im Arbeitsverhältnis mit dem Bund haben könne. Der Beschwerdeführer vermöge seine Kundenakquisition gar nicht ausschliesslich abends nach den Bürozeiten und an Wochenenden auszuüben. Ausserdem könnten seine Einsätze am Abend nach der Arbeit (negative) Auswirkungen auf die ordnungsgemässe Verrichtung der täglichen Arbeit bei seiner Arbeitgeberin haben.

6.2 Der Beschwerdeführer seinerseits stellt in Abrede, dass seine Nebenbeschäftigung seine Arbeitsleistung für den Bund beeinträchtige.

6.3 Die Gefahr einer verminderten Leistungsfähigkeit im Sinne von Art. 91 Abs. 2 Bst. a BPV besteht vor allem dann, wenn die ausgeübte Nebenbeschäftigung so geartet ist, dass sie die Erbringung der normalen Arbeitsleistung im Rahmen der vereinbarten Arbeitszeit verunmöglicht, oder wenn die Tätigkeit die Qualität der im Arbeitsverhältnis mit dem Bund zu erbringenden Leistungen spürbar vermindert (vgl. Richtlinie EPA Fn. 6). Da eine zur Diskussion stehende Nebenbeschäftigung hauptsächlich von der individuellen Disposition und Belastbarkeit des Arbeit-

nehmers sowie von der Vereinbarkeit mit den konkreten Aufgaben am Arbeitsplatz abhängt, ist diese zwar primär Gegenstand einer einzelfallweisen Beurteilung (vgl. HELBLING, a.a.O., Art. 23 N. 32). Immerhin kann jedoch der allgemeine Grundsatz aufgestellt werden, dass eine Nebenbeschäftigung umso eher die Leistungsfähigkeit im Arbeitsverhältnis mit dem Bund zu beeinträchtigen vermag, je grösser ihr zeitlicher Aufwand und je höher der Beschäftigungsgrad der Anstellung beim Bund ist. So sieht denn Art. 6*a* Abs. 3 BPG in Verbindung mit Art. 11 Abs. 3 Kaderlohnverordnung (SR 172.220.12), welche bei der Auslegung von Art. 23 BPG in Verbindung mit Art. 91 Abs. 2 Bst. a BPV ergänzend herangezogen werden kann (vgl. HELBLING, a.a.O., Art. 23 N. 20 f.), die Leistungsfähigkeit als vermindert an, wenn die gesamte zeitliche Beanspruchung durch die Haupt- und die Nebenbeschäftigung ein volles Arbeitspensum um mehr als zehn Prozent übersteigt.

6.4 Im ausgefüllten Formular « Meldung einer Nebenbeschäftigung oder eines öffentlichen Amtes » vom 8. August 2012 sowie im Gesuch um Bewilligung einer Nebentätigkeit gleichen Datums bezifferte der Beschwerdeführer den Zeitaufwand für seine Nebenbeschäftigung gegenüber dem Chef des C. anfänglich mit einer Stunde pro Tag. In seinem an den Chef LBA gerichteten Schreiben vom 26. November 2012 ging er von folgenden Arbeitszeiten für D. aus: Montag bis Freitag 19.00–20.00 Uhr, Samstag bei Bedarf 7.00–14.00 Uhr Schulung des Personals von Sicherheitsunternehmen beziehungsweise 10.00–16.00 Uhr operative Tätigkeit. In seiner Beschwerde vom 11. Januar 2013 sprach er gegenüber der Vorinstanz schliesslich von einem zeitlichen Aufwand unter der Woche von einer Stunde pro Tag (jeweils 18.30–19.30 Uhr), am Samstag von vier Stunden (14.00–18.00 Uhr) beziehungsweise in seltenen Fällen von elf Stunden (10.00–21.00 Uhr). Hinzu kämen sporadische Einsätze am Sonntag (im Jahre 2012 zweimal à je sieben Stunden) und seltene Einsätze in der Nacht (im Jahre 2012 viermal jeweils von 18.00–01.00 Uhr).

Bis am 31. Dezember 2013 betrug beim Bund die durchschnittliche Wochenarbeitszeit bei Vollbeschäftigung 41 Stunden, wobei die Angestellten in der Regel eine Arbeitszeit von 42 Stunden pro Woche leisteten und die zusätzlich geleistete Arbeitszeit mit einer Ausgleichswoche pro Kalenderjahr kompensierten (vgl. Art. 64 Abs. 1 und 2 BPV in der Fassung vom 3. Juli 2001 [AS 2001 2206, 2230]). Seit dem 1. Januar 2014 beträgt die durchschnittliche Wochenarbeitszeit bei Vollbeschäftigung nun 41½ Stunden (vgl. Art. 64 Abs. 1 BPV in der Fassung vom 1. Mai

2013 [AS 2013 1515, 1526]). Selbst wenn zugunsten des Beschwerdeführers von einem durchschnittlichen zeitlichen Aufwand von bloss neun Stunden pro Woche (fünf Stunden unter der Woche, vier Stunden an Samstagen) für seine Nebentätigkeit ausgegangen wird, übersteigt seine gesamte zeitliche Beanspruchung durch die Haupt- und die Nebenbeschäftigung sein Vollzeitpensum beim Bund in jedem Fall um mehr als zwanzig Prozent. Erschwerend kommen noch seine gelegentlichen Einsätze in der Nacht und an Sonntagen hinzu, welche die Erholungszeit zwischen seinen Arbeitseinsätzen für den Bund erheblich verkürzen. Die Tätigkeit des Beschwerdeführers als Leiter und Inhaber seines Sicherheitsunternehmens D. ist demnach insgesamt geeignet, seine Leistungsfähigkeit im Arbeitsverhältnis mit dem Bund gemäss Art. 91 Abs. 2 Bst. a BPV zu vermindern, und folglich bewilligungspflichtig (zum reduzierten Beweismass vgl. E. 5).

6.5 Da die Nebenbeschäftigung des Beschwerdeführers bereits gestützt auf Art. 91 Abs. 2 Bst. a BPV bewilligungspflichtig ist, braucht nicht weiter geprüft zu werden, ob eine Tätigkeit im Sicherheitsbereich mit seinem Pflichtenheft bei der LBA verträglich ist (vgl. Art. 91 Abs. 2 Bst. b BPV).

7. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob dem Beschwerdeführer die Nebenbeschäftigung als Inhaber und Leiter seines Sicherheitsunternehmens D. zu Recht verweigert worden ist.

7.1 Die Vorinstanz macht in diesem Zusammenhang geltend, der Beschwerdeführer habe – wie von ihm selber bestätigt – während der Arbeitszeit geschäftliche Telefongespräche für sein Sicherheitsunternehmen geführt und mit diesen die Vorgaben und Interessen seiner Arbeitgeberin verletzt. Die Telefonate mit seinen Kunden seien geeignet, seine Leistungsfähigkeit zu beeinträchtigen. Darüber hinaus habe er einen immer grösseren Arbeitsaufwand für seine Nebenbeschäftigung angegeben, was auf ein beträchtliches und stetig wachsendes Arbeitspensum schliessen lasse. Es sei nicht ersichtlich, wie sich seine Arbeit beim Bund und die Nebenbeschäftigung miteinander vereinbaren liessen. Da nicht alle möglichen Interessenkonflikte ausgeschlossen werden könnten, sei ihm gemäss Art. 23 BPG in Verbindung mit Art. 91 Abs. 3 BPV die Bewilligung für die Nebentätigkeit nicht zu erteilen.

7.2 Der Beschwerdeführer bestreitet, jemals während der Arbeitszeit für sein Sicherheitsunternehmen gearbeitet zu haben. Seine Nebentätigkeit beeinträchtige weder seine Leistungsfähigkeit noch schade sie dem

Ansehen des Bundes. Er überprüfe jeden Auftrag seines Unternehmens vorgängig auf einen allfälligen Reputationsschaden für seine Arbeitgeberin.

7.3 Gemäss der Generalklausel in Art. 91 Abs. 3 Satz 1 BPV ist die Bewilligung einer Nebenbeschäftigung zu verweigern, wenn im Einzelfall Konflikte mit den Interessen der Arbeitgeberin nicht ausgeschlossen werden können. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Unabhängigkeit und Objektivität der angestellten Person oder das in sie gesetzte Vertrauen durch die Ausübung der Nebentätigkeit in Frage gestellt werden kann, weil sie etwa Dritte in Angelegenheiten berät oder vertritt, die zu den Aufgaben der Verwaltungseinheit gehören, bei der sie selber tätig ist (Art. 91 Abs. 3 Bst. a BPV), oder weil die Tätigkeit im Zusammenhang mit Aufträgen steht, die für den Bund ausgeführt werden oder die der Bund in absehbarer Zeit zu vergeben hat (Art. 91 Abs. 3 Bst. b BPV; vgl. auch Richtlinie EPA Fn. 7). Das Risiko einer Interessenkollision im Sinne von Art. 91 Abs. 3 BPV kann aber unter anderem auch dann bestehen, wenn der Bundesangestellte durch seine Nebenbeschäftigung (zeitlich) in einem Ausmass beansprucht wird, welches seine (volle) Arbeitskraft für den Arbeitgeber Bund nachteilig beeinträchtigt beziehungsweise reduziert und zu einer Verzettelung derselben führt (vgl. bereits Art. 91 Abs. 2 Bst. a BPV; s. auch HELBLING, a.a.O., Art. 23 N. 33).

Wie bereits ausgeführt (vgl. E. 6.4), kann die vom Beschwerdeführer ausgeübte Nebentätigkeit als Inhaber und Leiter seines Sicherheitsunternehmens D. aufgrund der zeitlichen Beanspruchung seine Leistungsfähigkeit im Arbeitsverhältnis mit dem Bund vermindern. Die LBA und die Vorinstanz haben daher zu Recht eine Vereinbarkeit der Nebenbeschäftigung mit den Interessen der Arbeitgeberin verneint und dem Beschwerdeführer die Bewilligung verweigert. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich namentlich eine Prüfung, ob dem Beschwerdeführer allenfalls auch konkret gestützt auf Art. 91 Abs. 3 Bst. a BPV (Beratung oder Vertretung von Dritten in Angelegenheiten, die zu den Aufgaben seiner Verwaltungseinheit gehören) die Bewilligung seiner Nebenbeschäftigung zu untersagen wäre.