

# TE Bvwg Erkenntnis 2020/4/9 W257 2210322-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.04.2020

## Entscheidungsdatum

09.04.2020

## Norm

B-VG Art133 Abs4

RStDG §63

RStDG §66

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

## Spruch

W257 2210322-2/2E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter Mag. Herbert Gerhard MANTLER, MBA, als Einzelrichter über die Beschwerde von XXXX gegen den Bescheid des Präsidenten des XXXX vom XXXX , ohne Zahl, zu Recht:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und der Spruch des angefochtenen Bescheides mit der Maßgabe bestätigt, dass es zu lauten hat:

„I. Es wird festgestellt, dass die von XXXX zuletzt ausgeübte Nebenbeschäftigung „Personalberatung bei der „ XXXX “ gemäß § 63 Abs. 2 RStDG unzulässig ist.

II. Die Anträge vom 14.11.2018 werden zurückgewiesen.“

B)

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

## Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

1. Verfahrensgang:

- 1.1. Die Beschwerdeführerin (in der Folge kurz „BF“) steht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund.
- 1.2. Mit Weisung der Dienstbehörde, dem Präsidenten des XXXX (idF kurz „belBeh“), vom 14.08.2018 wurde der Beschwerdeführerin die Nebenbeschäftigung XXXX untersagt. Sie stellte am gleichen Tag die Nebenbeschäftigung ein.
- 1.3. Die BF beantragte am 20.09.2018 einen Feststellungsbescheid, wobei lediglich der Antrag gestellt wurde, die Weisung vom 14.08.2018 bescheidmäßig zu erlassen.
- 1.4. Mit Schreiben der Dienstbehörde vom 27.09.2018 wurde der BF Parteiengehör gewährt und in diesem Zuge mitgeteilt, dass die Erlassung eines Feststellungsbescheides nicht möglich sei, weil sie die Tätigkeit bereits aufgenommen gehabt hätte. Wäre die Tätigkeit noch nicht aufgenommen worden, wäre ein Feststellungsbescheid möglich. Am 05.10.2018 langte eine Stellungnahme ein, worin sie auf die Ausstellung eines Feststellungsbescheides beharrte.
- 1.5. Mit Bescheid der belBeh vom 17.10.2018 wurde der Antrag der BF vom 20.09.2018 zurückgewiesen. Die belBeh führte aus, dass die (UN-)Zulässigkeit einer Nebenbeschäftigung wegen dessen Subsidiarität nur bis zu Aufnahme der Nebenbeschäftigung zulässig sei. Bei der mit Weisung der belBeh vom 14.08.2018 untersagten Nebenbeschäftigung handle es sich um eine solche, die die BF bereits seit ca. 2012 ausübe. Daher sei die Erlassung eines Feststellungsbescheides, den die BF begehre, nicht möglich.
- 1.6. Gegen diesen Bescheid wurde fristgerecht Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben. Sie stellte folgende Anträge: „Das Bundesverwaltungsgericht wolle in Stattgebung der Beschwerde den angefochtenen Bescheid aufheben und selbst bescheidmäßig  
über die Rechtmäßigkeit und  
über die Befolgungspflicht der in Rede stehenden Weisung  
absprechen;  
in eventu  
- den Bescheid vom 17.10.2018 aufheben und die Rechtssache an den Präsidenten des Oberlandesgerichtes zur Ausstellung eines Feststellungsbescheides (über die Rechtmäßigkeit der Weisung vom 14.08.2018 und die Befolgungspflicht) zurückverweisen.“
- 1.7. Mit 01.12.2018 wurde die BF zur Vorsteherin des Bezirksgericht XXXX ernannt.
- 1.8. Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 13.05.2019, W257 2210322-1/2E hob das Gericht den Bescheid der belBeh vom 17.10.2018 gem. § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG auf und verwies die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde an die belBeh zurück. Es führte rechtlich aus, dass der BF nicht die Last auferlegt werden dürfe, sich eines Disziplinarverfahrens auszusetzen, um Rechtssicherheit zu erlangen. Sie sei der Weisungen nachgekommen und habe zuvor auch die Nebenbeschäftigung gemeldet. Zum Zeitpunkt des Erlassens des Bescheides habe keine Nebenbeschäftigung mehr vorgelegen. Bis zum Zeitpunkt der Untersagung der Nebenbeschäftigung sei diese durch die Nichtuntersagung genehmigt gewesen, weshalb ein Disziplinarverfahren nicht als primärer Rechtsbehelf herangezogen werden könne. Insgesamt bestehe jedenfalls ein rechtliches Interesse der BF an der Erlassung eines Feststellungsbescheides über die Rechtmäßigkeit der Weisung und stelle dieser ein notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung dar.
- 1.9. Mit dem im Spruch erwähnten Bescheid der belBeh wird festgestellt, dass die von der BF ausgeübte Nebenbeschäftigung „Personalberatung bei der XXXX “ gemäß § 63 Abs 2 RStDG unzulässig sei. Die belBeh führt rechtlich aus, dass zum Entscheidungszeitpunkt der Weisung, dem 14.08.2018, bereits feststand, dass die BF zur Vorsteherin des Bezirksgerichtes XXXX ernannt werden würde. Nach § 63 Abs. 2 RStDG sind Richtern ua Nebenbeschäftigungen, die die Vermutung der Befangenheit bei der Ausübung des Dienstes hervorrufen könnten, verboten. Dass die Nebenbeschäftigung die Vermutung der Befangenheit in Ausübung des Dienstes hervorgerufen hat, sei nicht erforderlich (VwGH 13.03.1969, 1113/68). Die Vermutung der Befangenheit in Ausübung des Dienstes kann hervorgerufen werden, wenn es sich bei der Nebenbeschäftigung um eine Tätigkeit handelt, die mit dem gegenwärtigen oder unmittelbar bevorstehenden Tätigkeitsbereich des Richters in einem inhaltlichen Zusammenhang steht, d.h. mit diesem Tätigkeitsbereich inhaltlich identisch oder zumindest inhaltlich ähnlich ist (Fellner/Nogratinger, RSrDG-GOG, § 63 RStDG Anm2).

Bei der von der BF ausgeübten Nebenbeschäftigung „Personalberatung“ würde es sich um eine Beratungstätigkeit, die nach eigenen Angaben der BF auch die Beratung zum Umgang mit schwierigen Mitarbeitern umfasst, handeln. Gerade in Bezug auf diesen Themenbereich würde es sich zweifelsohne um eine rechtliche Beratung handeln, da die Möglichkeiten der Kündigung, Entlassung, Dienstfreistellung etc zu erörtern wären. Eine rechtliche Beratungstätigkeit wäre alleine schon wegen ihren inhaltlichen Konnexes zur Tätigkeit als Richterin problematisch. Da die Ernennung der BF zur Vorsteherin des Bezirksgericht XXXX zum Zeitpunkt per 01.12.2018 auch tatsächlich erfolgte und sich der Sitz des Unternehmens ihres Ehegatten, für den die Beratungstätigkeiten erbracht werden würden, sich im Gerichtsbezirk befänden, bestehe nicht nur ein inhaltlicher, sondern auch ein enger örtlicher Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit als Richterin. Es reiche für eine Befangenheit bereits die Vermutung aus, das hier jedenfalls zu bejahen sei. Im Interesse des Ansehens der Justiz sei ein strenger Maßstab anzulegen und war daher festzustellen, dass die zuletzt von der BF ausgeübte Nebenbeschäftigung „Personalberatung“ bei der Firma „ XXXX “ eine unzulässige Nebenbeschäftigung darstelle. Aufgrund der Verwendungsänderung der BF, nunmehr Vorsteherin des Bezirksgericht XXXX , musste die Nebenbeschäftigung neu beurteilt werden und wäre die belBeh zu dem im Spruch ausgedrücktem Ergebnis gelangt.

1.10. Die BF brachte gegen den Bescheid fristgerecht eine Beschwerde ein. Sie vermeinte, dass die Tätigkeit bereits bis Mitte 2002 und sodann wieder nach ihrer Rückkehr aus der Karenz ab August 2006 ausgeübt worden sei. Die Tätigkeit hätte der belBeh bekannt sein müssen, denn sie hätte dies 2011, 2016 und 2017 als „Rechtliche Beraterin 2 Std./Woche“ der belBeh gegenüber gemeldet. Unstrittig befände sich die Tätigkeit in dem Unternehmen ihres Gatten. Nachdem die belBeh ihre Nebenbeschäftigung nicht untersagt hätte, wäre sie von einer Vereinbarkeit mit Ihrem Beruf ausgegangen. Ab ca. 2012 wäre ihre Tätigkeit nicht mehr die „rechtliche Beratung“ gewesen, sondern sie hätte sich lediglich auf die „Personalberatung“ eingeschränkt. Dies wäre der belBeh am 08.08.2018 bekannt gegeben worden, wobei sich der zeitliche Umfang auf 4 Stunden in der Woche erhöht hätte. Das Unternehmen würde auch als Familienunternehmen geführt werden, indem sie neben dieser „Personalberatung“ auch ihren Mann ganz allgemein in der Organisation und Führung des Unternehmens unterstütze. Es stimme nicht, dass die Nebenbeschäftigung die Würde des Amtes widerstritten werde. Es stimme auch keineswegs die Unzulässigkeit der Nebenbeschäftigung nicht, welche aufgrund ihrer dienstlichen Veränderung als Vorsteherin des Bezirksgericht XXXX , zugleich dem Unternehmenssitz, seitens der belBeh einer neuerlichen Bewertung zugeführt worden sei. Die BF könne – entgegen der Ansicht der belBeh - aus ihrer Tätigkeit, der „Personalberatung“, insbesondere dem „Umgang mit schwierigen Mitarbeitern“, nicht erkennen, dass sie eine rechtliche Beratung vornehmen. Würde es tatsächlich bei „schwierigen Mitarbeitern“ um rechtliche Konsequenzen gehen, würde ihr Ehegatte einen Rechtsanwalt bzw eine Rechtsanwältin beiziehen. Sie sei mit Arbeitsrecht auch nicht befasst, zudem das Gericht, dem sie vorsteht für Arbeitsrecht auch nicht zuständig sei. Es liege somit kein Fall vor, in welchem ihre „Fachkenntnisse“ seitens des Unternehmens ihres Mannes von ihr „gekauft“ werden könne. Es bestehe demnach keine Verbindung zwischen der Nebenbeschäftigung und der richterlichen Stellung. Die Befangenheit müsse nicht allein abstrakten Möglichkeiten folgen, sondern sie müsse sich aus den Erfahrungen des täglichen Lebens erschließen.

Zudem hätte die Behörde nicht über die Anträge abgesprochen, denn sie hätte die Feststellung über die Rechtmäßigkeit und die Befolgungspflicht der in Rede stehenden Weisung begehrt, dagegen die belBeh mit dem gegenständlichen Bescheid die Unzulässigkeit der Nebenbeschäftigung festgestellt hätte. Sie stelle daher die Anträge der Stattgebung der Beschwerde, indem festgestellt werden, dass die in Rede stehende Nebenbeschäftigung zulässig sei, in eventu den Bescheid aufzuheben und zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belBeh zurückzuweisen.

1.11. Der Verwaltungsakt langte am 20.08.2019 beim ho Gericht ein und wurde entsprechend der Geschäftsverteilung der Kammer W257 zugewiesen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

## 2. Feststellungen:

2.1. Der entscheidungswesentliche Sachverhalt steht fest. Die Beschwerde wurde rechtzeitig erhoben.

2.2. Die Beschwerdeführerin steht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Ihre Dienststelle befindet sich im Planstellenbereich des XXXX . Sie wurde am 01.10.2000 zur Richterin des Landesgerichts XXXX und am 01.08.2006 zur Vorsteherin des Bezirksgerichts XXXX ernannt. Mit 01.12.2018 wurde sie zur Vorsteherin des Bezirksgerichtes XXXX ernannt.

2.3. Ihr Gatte ist Geschäftsführer der Firma XXXX in XXXX .

2.4. Sie übte bis zur Erlassung des Bescheides die Nebenbeschäftigung der „Personalberatung“ im Ausmaß von ca. 4 Stunden die Woche in dieser Firma aus.

2.5. Diese Nebenbeschäftigung ist geeignet die Vermutung der Befangenheit in Ausübung des Dienstes als Bezirksvorsteherin des Bezirksgerichtes XXXX hervorzurufen.

3. Beweiswürdigung:

3.1. Der oben unter Punkt 1. angeführte Verfahrensgang ergibt sich aus dem Akteninhalt des vorgelegten Verwaltungsaktes der belangten Behörde.

3.2. Das Ergebnis des Feststellungspunkte 2.2. ergeben sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt. Das Ergebnis des Feststellungspunktes 2.3. und 2.4. ergeben sich aus den Angaben der BF bzw dem Verwaltungsakt.

3.3. Das Ergebnis des Feststellungspunktes 2.5. ergibt sich vor dem Hintergrund der einschlägigen Rechtsprechung (sh dazu Punkt Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden. bis Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.) aus folgenden Überlegungen:

3.4. Wie die BF selbst vorbringt, wird der Betrieb ihres Gatten in dem er zugleich auch Geschäftsführer ist, als „Familienbetrieb“ geführt. Damit meint die BF, das sie - wie sie auch bereits in dem Vorverfahren zum Ausdruck brachte - keine Abgrenzung vornehmen könne zwischen familiären Austausch über die Arbeit, wie es zwischen Eheleuten üblich ist, und einem Dienstverhältnis zu ihrem Gatten. Nach ihren Schilderungen in der Beschwerde geht ihr Engagement weit über die Personalberatung hinaus, indem sie Weihnachtsfeiern und beispielsweise Skitage (mit)organisiere. In den familiären Gesprächen mit ihrem Gatten wird somit über Organisatorisches gesprochen, aber auch über MitarbeiterInnen, dies wohl zum dem Kerngeschäft einer „Personalberatung“ gehört. Es liegt daher auch nahe, dass sie auch über „schwierige MitarbeiterInnen“ gesprochen werde. Es ist der BF wohl zu folgen, dass im Falle rechtlicher Konsequenzen bei „schwierigen MitarbeiterInnen“ die Geschäftsführung eine Rechtsanwältin bzw. einen Rechtsanwalt beiziehen werde, die Vorgespräche ob eine Erfolgsaussicht bestehe und vor allem bei einem Gespräch zwischen Rechtsanwältin/Rechtsanwalt und der Geschäftsführung wird wohl auch die Personalberatung anwesend sein. Jedoch selbst wenn sie nicht anwesend ist, wird sie wohl als Personalberatung einen starken Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens haben. Es mag wohl auch der BF zugestimmt werden, dass es noch zu keinen „schwierigen Personalentscheidungen“ kommen musste, daraus lässt sich jedoch keine gesicherte Zukunft ableiten, zumal das Unternehmen, soweit der Richter überblicken konnte mit 65 MitarbeiterInnen, nicht zu den kleinen Betrieben in XXXX gehört. Es ist für das Gericht ein wesentlicher Unterschied, ob man mit dem Ehegatten im familiären Umfeld einen Austausch über die Arbeit pflegt, oder ob man als Angestellte des Ehegatten - die mitunter inhaltlich gleichen - Gespräche führe. Ersteres Umfeld zu beurteilen steht dem Gericht nicht zu, jedoch stellt zweiteres eine Nebenbeschäftigung dar. Das Gericht gelangt zur Ansicht, dass es keine abstrakte Möglichkeitsform ist, so wie die BF in der Beschwerde vermeint, wenn sie bei Ausübung beider Tätigkeiten in einem Konflikt geraten könne, denn gerade die Erfahrungen des Lebens zeigen, dass es durchaus möglich ist, dass eine Personalberaterin die zugleich Richterin ist, irgendeinmal ein Konfliktpunkt kommen wird. Aber nicht nur die durchaus denkbare Möglichkeit eines Konfliktes bedeutet eine Befangenheit, sondern auch generell die Stellung einer Personalberaterin, ungeachtet dessen, dass sie die Ehegattin des Geschäftsführers ist. Würde man sich die Stellung als Ehegattin wegdenken, das durchaus als geboten erachtet werden kann, bedenkt man, dass dieses familiäre „Beratungs“umfeld ohnehin nicht verfahrensgegenständlich sein kann, so würde man wohl keine sachliche Unbefangenheit einer Gerichtsvorsteherin annehmen können. Eine Personalberaterin ist typischerweise mit Recruiting, Aus-, und Weiterbildung, HR Management, Bindung und dem zielgerichteten Einsatz von Personal in allen Unternehmensbereichen und der Beendigung der Arbeits/Dienstverhältnisse, beschäftigt. Gerade diese Tätigkeiten (mehr noch als General Management) verlangen ein hohes rechtliches Verständnis mit der Konsequenz, auch in diesen Bereichen rechtliche Beratung des CEO vorzunehmen. Bereits aus diesem Gesichtspunkt heraus ist eine Befangenheit durchaus gegeben und ist nicht nur eine reine abstrakte Denkvariante welche im äußert möglichen Spannungsumfeld einer Personalberaterin gegeben ist.

3.5. Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG Abstand genommen werden, da der für die Entscheidung maßgebliche 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, zumal eine mündliche Verhandlung auch nicht beantragt wurde.

Daraus folgt die

#### 4. Rechtliche Beurteilung

##### 4.1. Anzuwendendes Recht

Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit.

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Zuzufolge § 135a Abs. 1 BDG 1979 liegt gegenständlich – da eine Angelegenheit gemäß § 44 BDG 1979 vorliegt – keine Senatszuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG), 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 dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 27 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, soweit es nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, den angefochtenen Bescheid auf Grund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z 3 und 4) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung zu prüfen.

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

Gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn (1.) der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder (2.) die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

##### 4.2. Zu A): Abweisung der zulässigen Beschwerde:

Das Bundesgesetz über das Dienstverhältnis der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte und Richteramtsanwärterinnen und Richteramtsanwärter (Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz – RStDG), BGBl. Nr. 305/1961, in der Fassung BGBl. I Nr. 112/2019, lautet auszugsweise:

„Nebenbeschäftigung

§ 63.

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

(2) Der Richter darf keine Nebenbeschäftigung ausüben, die der Würde seines Amtes widerstreiten oder die ihn bei Erfüllung seiner Dienstpflichten behindern oder die Vermutung der Befangenheit in Ausübung des Dienstes hervorrufen oder sonstige wesentliche dienstliche Interessen gefährden könnte. Im Zusammenhang mit der Ausübung von Nebenbeschäftigungen - ausgenommen wissenschaftliche Nebenbeschäftigungen - hat der Richter jeden Hinweis auf sein Richteramt zu unterlassen und dafür zu sorgen, daß ein solcher Hinweis von anderer Seite unterbleibt.

(3) Dem Richter ist die Ausübung von Nebenbeschäftigungen untersagt, soweit das zeitliche Ausmaß oder die Zeit der Ausübung entweder eine Behinderung bei der Erfüllung der Dienstpflichten mit sich bringen könnte oder im Falle einer

Herabsetzung der Auslastung, der Teilauslastung oder der Karenzierung zur Pflege eines behinderten Kindes oder einer oder eines pflegebedürftigen Angehörigen dem Grunde für die Herabsetzung, Teilauslastung oder Karenzierung widerstreitet.

(4) Dem Richter ist es untersagt, dem Vorstand, dem Aufsichtsrat, dem Verwaltungsrat oder einem sonstigen Organ einer auf Gewinn gerichteten juristischen Person anzugehören. Im Falle der Zugehörigkeit des Richters zu einem Organ einer anderen juristischen Person darf für diese Beschäftigung weder dem Richter selbst noch einer anderen Person ein Entgelt zufließen.

(5) Die Eintragung von Richtern des Dienststandes in die von den Präsidenten der Gerichtshöfe I. Instanz zu führenden Sachverständigenliste ist unzulässig. Richter des Dienststandes dürfen eine Bestellung als Schiedsrichter im Sinne des Vierten Abschnitts des Sechsten Teils der Zivilprozessordnung, RGBl. Nr. 113/1895, nicht annehmen.

(6) Die Aufnahme, die Art und das Ausmaß einer erwerbsmäßigen Nebenbeschäftigung sowie deren Beendigung sind unverzüglich der Dienstbehörde zu melden. Wesentliche Änderungen sind gleichfalls unverzüglich bekanntzugeben.

(7) Die Ausübung einer aus den Gründen des Abs. 2 unzulässigen Nebenbeschäftigung ist von der Dienstbehörde unverzüglich mit schriftlicher Weisung zu untersagen.

4.3. Nach § 63 Abs. 2 RStDG sind Richtern u.a. Nebenbeschäftigungen, die die Vermutung der Befangenheit bei der Ausübung des Dienstes hervorrufen könnten, verboten. Dass die Nebenbeschäftigung die Vermutung der Befangenheit in Ausübung des Dienstes hervorgerufen hat, ist nicht erforderlich, es reicht die bloße Möglichkeit. Der Beweis der Befangenheit ist nicht erforderlich (VwGH 13.03.1969, 1113/68). Die Vermutung der Befangenheit in Ausübung des Dienstes kann hervorgerufen werden, wenn es sich bei der Nebenbeschäftigung um eine Tätigkeit handelt, die mit dem gegenwärtigen oder unmittelbar bevorstehenden Tätigkeitsbereich des Richters in einem inhaltlichen Zusammenhang steht, d.h. mit diesem Tätigkeitsbereich inhaltlich identisch oder ihm zumindest inhaltlich ähnlich ist (Fellner/Nogratnig, RStDG-GOG, § 63 RStDG Anm. 2).

4.4. Bei einer erwerbsmäßigen Nebenbeschäftigung, die unmittelbar im dienstlichen Aufgabenbereich des Richters ausgeübt werden soll, ist ein strenger Maßstab anzulegen (VwGH 23.06.1986, 86/12/0085). Auch bei der Prüfung des Anscheins der Befangenheit gilt im Interesse des Ansehens der Justiz ein strenger Maßstab (Fellner, Nogratnig, RStDG-GOG, § 63 RStDG Anm. 2).

4.5. Die entgeltliche Erteilung von Rechtsauskünften wird den Standespflichten umso eher zuwiderlaufen, als ein konkreter Zusammenhang mit (inländischen) Gerichtsverfahren besteht (Fellner/ Nogratnig, RStDG-GOG, § 63 RStDG Anm. 15). Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Nebenbeschäftigung erlaubt ist, ist es nicht ausschlaggebend, ob Leistungen im Hinblick auf eine allfällige Beistandspflicht dem Ehegatten gegenüber erbracht werden, weil auch in diesem Rahmen keine Tätigkeiten ausgeübt werden dürfen, die einer gesetzlichen Voraussetzung widersprechen (VwGH 13.03.1969, 1113/68). Eine verbotene Nebenbeschäftigung darf auch ohne ausdrückliches Verbot der Dienstbehörde nicht ausgeübt werden. Die Ausübung einer verbotenen Nebenbeschäftigung ist vielmehr schon an sich unzulässig. Der Richter hat sich daher selbst jeder verbotenen Nebenbeschäftigung zu enthalten (Fellner/ Nogratnig, RStDG-GOG, § 63 RStDG Anm. 4). Jede Nebenbeschäftigung, die nicht verboten ist, ist eine erlaubte Nebenbeschäftigung (Fellner/ Nogratnig, RStDG-GOG, § 63 RStDG Anm. 6).

Wie im gegenständlichen Fall begründet wurde (sh Punkt Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.) liegt nach Auffassung des Gerichtes die Vermutung der Befangenheit nahe.

Der Tätigkeitsbereich der Richterin als Vorsteherin des Bezirksgerichtes XXXX ist zwar nicht inhaltlich in einem direkten Zusammenhang zu bringen, doch ist gerade die Stellung als Vorsteherin des Bezirksgerichtes der gleichen Örtlichkeit wie die des Unternehmens eine besondere Stellung, welche die Annahme rechtfertigen lässt, dass zumindest eine Verbindung zwischen ihrer Tätigkeit und der einer Personalberaterin besteht (Fellner/Nogratnig, RStDG-GOG, § 63 RStDG Anm. 2).

4.6. Soweit die BF vermeint, dass über Ihren Antrag auf Feststellung nicht abgesprochen wurde, ist folgendes auszuführen:

Am 05.09.2018 beantragte die BF die Erlassung seines Feststellungsbescheides hinsichtlich der Weisung auf Unterlassung der Nebenbeschäftigung (eingelangt bei der belBeh am 20.09.2018, sh dazu auch Punkt Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.). Dieser Antrag wurde mit Schreiben vom 05.10.2018 (einlangend)

wiederholt. In Ihrer Beschwerde führte sie an, dass die belBeh nicht über Ihren Antrag vom 14.11.2019 (richtigerweise der 14.11.2018) befunden hätte. Sie stellte die unter Punkt Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden. erwähnten Anträge an das Bundesverwaltungsgericht gestellt.

Sie vermeinte in der gegenständlichen Beschwerde, dass die belBeh einen Feststellungsbescheid erlassen hätte über - die „Unzulässigkeit der Nebenbeschäftigung“. Sie hingegen hätte mit dem Antrag (sh Punkt Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.) von 14.11.2019 (richtigerweise der 14.11.2018) folgendes beantragt:

- „Feststellungsbescheid über die Rechtmäßigkeit und die Befolgungspflicht der in Rede stehenden Weisung“.

Die schriftliche Weisung vom 16.08.2018 lautet: „...die Nebenbeschäftigung „Personalberatung bei der XXXX “ wird.... untersagt...!“ Dabei ist festzuhalten, dass das gegenständliche Verfahren von Amts wegen begonnen wurde und sich die oben Anträge an das Bundesverwaltungsgericht gerichtet waren.

Die Weisung und der verfahrensgegenständliche Bescheid haben somit den ähnlichen Ausspruch, nämlich die Untersagung der Nebenbeschäftigung (Weisung) und die Feststellung der Unzulässigkeit dieser Nebenbeschäftigung (Bescheid). Dem gegenüber steht das Feststellungsbegehren der BF auf Feststellung, dass die Weisung rechtmäßig und diese zu befolgen ist.

4.7. 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.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Erlassung eines Feststellungsbescheides jedoch nur dann zulässig, wenn sie entweder im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist oder wenn eine gesetzliche Regelung zwar nicht besteht, die Erlassung eines solchen Bescheides 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 (so etwa VwGH 22.05.2012, 2011/12/0170).

4.8. In Ansehung weisungsförmig vorgenommener Personalmaßnahmen werden vom Verwaltungsgerichtshof zwei Arten von Feststellungsbescheiden für zulässig erachtet:

1. Die auf die Wirkungslosigkeit der Weisung und das Fehlen von Befolgungspflicht gerichtete Feststellung, wonach die Befolgung einer konkreten Personalmaßnahme anordnenden Weisung nicht zu den Dienstpflichten eines Beamten gehört (vgl. VwGH 17.10.2008, 2007/12/0049). Ein solcher Antrag ist dann erfolgreich, wenn die in Weisungsform verfügte Personalmaßnahme von einem unzuständigen Organ erlassen wurde, ihre Befolgung einen strafgesetzwidrigen Erfolg herstellen würde oder dem weisungserteilenden Vorgesetzten "Willkür" vorzuwerfen ist. Unwirksamkeit einer solchen Personalmaßnahme liegt auch dann vor, wenn diese rechtens nicht in Weisungs-, sondern in Bescheidform zu ergehen gehabt hätte (vgl. VwGH 04.02.2009, 2008/12/0224).

2. Darüber hinaus wird die Feststellung für zulässig erachtet, dass eine - an sich wirksame - eine Dienstzuteilung verfügende Weisung subjektive Rechte des Beamten verletzt, das heißt, wenn durch einen Dienstauftrag die Rechtssphäre des Beamten berührt wird (vgl. VwGH 20.11.2018, Ro 2018/12/0016; 17.10.2008, 2007/12/0199). Die Konsequenz der Stattgebung eines derartigen Feststellungsbegehrens ist, dass die rechtswidrige Weisung - jedenfalls soweit sie noch Auswirkungen für die Zukunft zeitigt - zurückzuziehen ist (vgl. VwGH 04.02.2009, 2008/12/0224).

Zweck eines Feststellungsverfahrens über die Rechtmäßigkeit eines Dienstauftrages ist, bei der Auferlegung von

Pflichten, die nicht durch Bescheid vorzunehmen ist, nachträglich rechtliche Klarheit zu schaffen, ob der Beamte durch die Erteilung dieser Weisung in einem sich aus dem Dienstrecht ergebenden Recht verletzt wurde. Ein subjektives Recht des Einzelnen, also auch des Beamten, auf Gesetzmäßigkeit der Verwaltung kann aus Art. 18 Abs. 1 B-VG nicht abgeleitet werden. Im dienstrechtlichen Feststellungsverfahren geht es daher lediglich darum, ob das von der Weisung erfasste Verhalten zum Pflichtenkreis des Angewiesenen gehört, nicht aber, ob die Weisung im Übrigen rechtmäßig ist (vgl. VwGH 14.10.2013, 2013/12/0042). Die Feststellung, ob die Befolgung einer Weisung zu den Dienstpflichten gehört, ist auch im Falle eines bereits zeitlich abgeschlossenen Geschehens zulässig, wenn dies einer Klarstellung für die Zukunft dient, was etwa dann der Fall ist, wenn die bescheidmäßige Feststellung der Abwehr künftiger Rechtsgefährdungen gleicher Art dient (vgl. VwGH 14.10.2013, 2013/12/0042). Selbst wenn ein Beschwerdeführer jene Weisung, auf die sich der Feststellungsantrag bezogen hat, nicht mehr befolgen muss, kann ein entsprechendes Feststellungsinteresse zwecks Abwehr künftiger Rechtsgefährdung gleicher Art sowie zur Erreichung eines das rechtliche Interesse des Beschwerdeführers abdeckenden Ergebnisses zu bejahen sein - insbesondere wenn von der Dienstbehörde die Fortdauer der Weisungslage veranlasst wird (vgl. VwGH 03.10.2018, Ra 2017/12/0089).

4.9. Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung ist die belangte Behörde zu Recht davon ausgegangen, dass es im hier vorliegenden konkreten Fall an einem Feststellungsinteresse der BF, ob die Weisung rechtmäßig war mangelt zumal die Anträge vom 14.11.2018 auch gegenüber dem BvWG gestellt wurden. Die belBeh stellte fest, dass die Nebenbeschäftigung gem. § 63 Abs. 2 RStDG unzulässig ist. Der von ihr gestellte Antrag vom 14.11.2018 gegenüber dem BvWG war daher zurückzuweisen, weswegen der Spruch abzuändern war.

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. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzlichen 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, zumal der vorliegende Fall vor allem im Bereich der Tatsachenfragen anzusiedeln ist. Die maßgebliche Rechtsprechung wurde wiedergegeben. Insoweit die in der rechtlichen Beurteilung angeführte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu früheren Rechtslagen ergangen ist, ist diese nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts auf die inhaltlich meist völlig gleichlautenden Bestimmungen der nunmehr geltenden Rechtslage unverändert übertragbar.

### **Schlagworte**

Befangenheit Dienstpflicht Ehe familiäre Situation Familienangehöriger Feststellungsantrag Feststellungsbescheid Feststellungsinteresse Nebenbeschäftigung rechtliches Interesse Richter richterliche Unabhängigkeit Unbefangenheit Weisung Zurückweisung

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

ECLI:AT:BVWG:2020:W257.2210322.2.00

### **Im RIS seit**

22.12.2020

### **Zuletzt aktualisiert am**

22.12.2020

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