

TE Bvwg Beschluss 2019/5/13 W257 2210322-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.05.2019

Entscheidungsdatum

13.05.2019

Norm

BDG 1979 §56 Abs6

B-VG Art. 133 Abs4

RStDG §63 Abs7

VwGVG §28 Abs3 Satz 2

1. BDG 1979 § 56 heute
 2. BDG 1979 § 56 gültig ab 01.01.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2025
 3. BDG 1979 § 56 gültig von 01.01.2019 bis 31.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2018
 4. BDG 1979 § 56 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 210/2013
 5. BDG 1979 § 56 gültig von 31.12.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2010
 6. BDG 1979 § 56 gültig von 01.01.2010 bis 30.12.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 153/2009
 7. BDG 1979 § 56 gültig von 01.07.2007 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 53/2007
 8. BDG 1979 § 56 gültig von 01.07.2005 bis 30.06.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 80/2005
 9. BDG 1979 § 56 gültig von 29.05.2002 bis 30.06.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 87/2002
 10. BDG 1979 § 56 gültig von 01.01.2002 bis 28.05.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 87/2002
 11. BDG 1979 § 56 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 6/2000
 12. BDG 1979 § 56 gültig von 01.07.1997 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 61/1997
 13. BDG 1979 § 56 gültig von 01.07.1991 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 277/1991
 14. BDG 1979 § 56 gültig von 01.07.1990 bis 30.06.1991 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 447/1990
 15. BDG 1979 § 56 gültig von 01.01.1985 bis 30.06.1990 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 550/1984
 16. BDG 1979 § 56 gültig von 01.01.1980 bis 31.12.1984
-
1. B-VG Art. 133 heute
 2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
 6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
 9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946

10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945

11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. RStDG § 63 heute
 2. RStDG § 63 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 210/2013
 3. RStDG § 63 gültig von 01.07.2007 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 53/2007
 4. RStDG § 63 gültig von 01.07.2006 bis 30.06.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 7/2006
 5. RStDG § 63 gültig von 01.07.1992 bis 30.06.2006 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 315/1992
 6. RStDG § 63 gültig von 01.06.1990 bis 30.06.1992 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 259/1990
 7. RStDG § 63 gültig von 01.12.1988 bis 31.05.1990 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 75/1988
 8. RStDG § 63 gültig von 01.05.1962 bis 30.11.1988
-
1. VwGVG § 28 heute
 2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W257 2210322-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht beschließt durch den Richter Mag. Herbert MANTLER, MBA, als Einzelrichterin über Beschwerde von XXXX gegen den Bescheid des Präsidenten des Oberlandesgerichtes XXXX vom 17.10.2018, mit dem der Antrag der Beschwerdeführerin auf Ausstellung eines Feststellungsbescheides abgelehnt wurde: Das Bundesverwaltungsgericht beschließt durch den Richter Mag. Herbert MANTLER, MBA, als Einzelrichterin über Beschwerde von römisch 40 gegen den Bescheid des Präsidenten des Oberlandesgerichtes römisch 40 vom 17.10.2018, mit dem der Antrag der Beschwerdeführerin auf Ausstellung eines Feststellungsbescheides abgelehnt wurde:

A)

Der Bescheid wird gemäß § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG aufgehoben und die Angelegenheiten zur Erlassung eines neuen Bescheides zurückverwiesen. Der Bescheid wird gemäß Paragraph 28, Absatz 3, zweiter Satz VwGVG aufgehoben und die Angelegenheiten zur Erlassung eines neuen Bescheides zurückverwiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

1. Verfahrensgang:

1.1. Die Beschwerdeführerin steht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund.

1.2. Sie übte ab Mitte 2002 und anschließend wieder ab Februar 2004 eine Nebenbeschäftigung bei der Firma Ihres Mannes, der Firma " XXXX ", aus. Der Sitz des Unternehmens befindet sich XXXX . Sie war bei diesem Unternehmen Buchhalterin. Die Beschwerdeführerin teilte 2009 mit, dass sie statt dieser Tätigkeit fortan für zwei Stunden in der Woche als rechtliche Beraterin für diese Firma tätig sei. 1.2. Sie übte ab Mitte 2002 und anschließend wieder ab Februar 2004 eine Nebenbeschäftigung bei der Firma Ihres Mannes, der Firma " römisch 40 ", aus. Der Sitz des Unternehmens befindet sich römisch 40 . Sie war bei diesem Unternehmen Buchhalterin. Die Beschwerdeführerin teilte 2009 mit, dass sie statt dieser Tätigkeit fortan für zwei Stunden in der Woche als rechtliche Beraterin für diese Firma tätig sei.

Am 08.08.2018 beziehungsweise am 13.08.2018 teilte die Beschwerdeführerin der Dienstbehörde mit, dass die Beratungstätigkeiten schon lange zurückliege. Seit 2012 sei sie ausschließlich im Personalbereich tätig.

1.3. Mit Weisung der Dienstbehörde vom 14.08.2018 wurde der Beschwerdeführerin die Nebenbeschäftigung "Personalberatung bei der Firma " XXXX " untersagt. Sie stellte am gleichen Tag die Nebenbeschäftigung ein. 1.3. Mit Weisung der Dienstbehörde vom 14.08.2018 wurde der Beschwerdeführerin die Nebenbeschäftigung

"Personalberatung bei der Firma " römisch 40 " untersagt. Sie stellte am gleichen Tag die Nebenbeschäftigung ein.

1.4. Sie beantragte am 20.09.2018 einen Feststellungsbescheid, wobei lediglich der Antrag gestellt wurde, die Weisung vom 14.08.2018 bescheidmäßig zu erlassen.

1.5. Mit Schreiben der Dienstbehörde vom 27.09.2018 wurde der Antragstellerin 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.

1.6. Mit dem im Spruch erwähnten Bescheid wurde der Antrag der Beschwerdeführerin vom 20.09.2018 zurückgewiesen.

1.7. Am 17.10.2018 erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde gegen diese Entscheidung. Darin führte Sie unter Beibehaltung des bisherigen Vorbringens aus, dass Sie die Untersagung der Nebenbeschäftigung nicht nachvollziehbar sei. Eine inhaltliche Auseinandersetzung bzw. Begründung weswegen ihr die Nebenbeschäftigung untersagt wurde, sei aus der Weisung vom 14.08.2018 nicht erkennbar, weswegen der Antrag auf eine Feststellung ein notwendiges und einziges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung darstelle. Sie könne - bei Kenntnis, dass ein Feststellungsbescheid nur bis zur Aufnahme der Nebentätigkeit erlassen werden könne - nicht annehmen, dass Sie erst durch die Nichtbeachtung der Weisung sich einem Disziplinarverfahren auszusetzen habe, um eine inhaltliche Prüfung Ihrer Nebentätigkeit zu erwirken.

1.8. Der Verwaltungsakt langte beim Verwaltungsgericht am 28.11.2018 und wurde gemäß der Geschäftsverteilung der Gerichtsabteilung W257 zugewiesen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogenrömisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Der entscheidungswesentliche Sachverhalt steht fest.

2. Feststellungen:

2.1. Die Beschwerdeführerin steht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Ihre Dienststelle befindet sich im Planstellenbereich des Oberlandesgerichtes XXXX . Sie war mit der Funktion der XXXX des XXXX betraut.2.1. Die Beschwerdeführerin steht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Ihre Dienststelle befindet sich im Planstellenbereich des Oberlandesgerichtes römisch 40 . Sie war mit der Funktion der römisch 40 des römisch 40 betraut.

2.2. Zum Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung über die Zurückweisung des Feststellungsantrages übte sie keine Nebenbeschäftigung aus. Sie war bis zur schriftlichen Weisung im Bereich der Personalberatung in dem Unternehmen Ihres Mannes, der " XXXX " mit Sitz in XXXX tätig.2.2. Zum Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung über die Zurückweisung des Feststellungsantrages übte sie keine Nebenbeschäftigung aus. Sie war bis zur schriftlichen Weisung im Bereich der Personalberatung in dem Unternehmen Ihres Mannes, der " römisch 40 " mit Sitz in römisch 40 tätig.

2.3. Die Behörde untersagte Ihr die Tätigkeit mit schriftlicher Weisung vom 14.08.2018.

3. Beweiswürdigung:

Der oben unter Punkt 1. angeführte Verfahrensgang und die Feststellungen ergeben sich aus dem Akteninhalt des vorgelegten Verwaltungsaktes der belangten Dienstbehörde.

4. Rechtliche Beurteilung:

4.1. Gemäß § 6 Bundesverwaltungsgerichtsgesetz (in der Folge: "BVwGG") entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gegenständlich liegt mangels anderslautender gesetzlicher Anordnung eine Einzelrichterzuständigkeit vor.4.1. Gemäß Paragraph 6, Bundesverwaltungsgerichtsgesetz (in der Folge: "BVwGG") entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gegenständlich liegt mangels anderslautender gesetzlicher Anordnung eine Einzelrichterzuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (in der Folge: "VwGVG"), BGBl. I 2013/33 i.d.F. BGBl. I Nr. 57/2018, geregelt (§ 1

leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (in der Folge: "VwGVG"), BGBl. römisch eins 2013/33 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 57 aus 2018,, geregelt (Paragraph eins, leg.cit.). Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

4.2. Gemäß § 24 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Gemäß Abs. 4 leg.cit. kann das Verwaltungsgericht, soweit das Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt, ungeachtet eines Parteienantrages von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt. 4.2. Gemäß Paragraph 24, Absatz eins, VwGVG hat das Verwaltungsgericht auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Gemäß Absatz 4, leg.cit. kann das Verwaltungsgericht, soweit das Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt, ungeachtet eines Parteienantrages von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt.

Letzteres ist hier der Fall. Ebenso liegen im gegenständlichen Fall keine Anhaltspunkte dafür vor, dass dem Entfall einer mündlichen Verhandlung allenfalls Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) oder Art. 47 der Charta der Grundrechte der europäischen Union entgegenstehen könnten. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat etwa in seiner Entscheidung vom 5. September 2002, Spiel v. Austria, no. 42057/98, unter Hinweis auf seine Vorjudikatur das Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung dann als mit der EMRK vereinbar erklärt, wenn besondere Umstände ein Absehen von einer solchen Verhandlung rechtfertigen. Solche besonderen Umstände erblickte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte darin, dass das Vorbringen des Beschwerdeführers nicht geeignet war, irgendeine Tatsachen- oder Rechtsfrage aufzuwerfen, die eine mündliche Verhandlung erforderlich machte ("where the facts are not disputed and a tribunal is only called upon to decide on questions of law of no particular complexity, an oral hearing may not be required under Article 6 § 1"; vgl. etwa das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20.02.2014, Zl. 2013/07/0169). Eine solche Fallkonstellation lag auch im Beschwerdefall vor. Letzteres ist hier der Fall. Ebenso liegen im gegenständlichen Fall keine Anhaltspunkte dafür vor, dass dem Entfall einer mündlichen Verhandlung allenfalls Artikel 6, Absatz eins, der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) oder Artikel 47, der Charta der Grundrechte der europäischen Union entgegenstehen könnten. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat etwa in seiner Entscheidung vom 5. September 2002, Spiel v. Austria, no. 42057/98, unter Hinweis auf seine Vorjudikatur das Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung dann als mit der EMRK vereinbar erklärt, wenn besondere Umstände ein Absehen von einer solchen Verhandlung rechtfertigen. Solche besonderen Umstände erblickte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte darin, dass das Vorbringen des Beschwerdeführers nicht geeignet war, irgendeine Tatsachen- oder Rechtsfrage aufzuwerfen, die eine mündliche Verhandlung erforderlich machte ("where the facts are not disputed and a tribunal is only called upon to decide on questions of law of no particular complexity, an oral hearing may not be required under Article 6 Paragraph eins,; vergleiche etwa das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20.02.2014, Zl. 2013/07/0169). Eine solche Fallkonstellation lag auch im Beschwerdefall vor.

Der Unterlassung der Verhandlung steht Art. 6 EMRK nicht entgegen, weil im gegenständlichen Verfahren die maßgeblichen Fakten - insbesondere die Beschäftigung der Beschwerdeführerin - nicht bestritten waren und es im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nur um Rechtsfragen ohne besondere Komplexität ging. Im Hinblick auf das Erfordernis der Effizienz und Ökonomie konnte die Verhandlung daher entfallen (vgl. die Entscheidung des EGMR vom 13. März 2012, Nr. 13.556/07, Efferl/Österreich). Zudem wurde eine mündliche Verhandlung auch nicht beantragt. Der Unterlassung der Verhandlung steht Artikel 6, EMRK nicht entgegen, weil im gegenständlichen Verfahren die maßgeblichen Fakten - insbesondere die Beschäftigung der Beschwerdeführerin - nicht bestritten waren und es im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nur um Rechtsfragen ohne besondere Komplexität ging. Im Hinblick auf das Erfordernis der Effizienz und Ökonomie konnte die Verhandlung daher entfallen vergleiche die Entscheidung des EGMR vom 13. März 2012, Nr. 13.556/07, Efferl/Österreich). Zudem wurde eine mündliche Verhandlung auch nicht beantragt.

4.3. Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG haben die Verwaltungsgerichte die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern

die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß Abs. 2 leg.cit. hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden nach Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn 4.3. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, VwGVG haben die Verwaltungsgerichte die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß Absatz 2, leg.cit. hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden nach Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, 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.

Zu A)

4.4. Die für den vorliegenden Fall maßgebliche gesetzliche Bestimmung des § 63 des Bundesgesetzes über das Dienstverhältnis der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte und Richteramtsanwärterinnen und Richteramtsanwärter (Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz - RStDG), BGBl. Nr. 305/1961 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2018, lautet - auszugsweise - wie folgt 4.4. Die für den vorliegenden Fall maßgebliche gesetzliche Bestimmung des Paragraph 63, des Bundesgesetzes über das Dienstverhältnis der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte und Richteramtsanwärterinnen und Richteramtsanwärter (Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz - RStDG), Bundesgesetzblatt Nr. 305 aus 1961, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 102 aus 2018, , lautet - auszugsweise - wie folgt:

"(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) [...]

(5) [...]

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

Die Dienstbehörde stützt Ihren Bescheid auf § 63 Abs. 7 RStDG. Diese Bestimmung ist weitgehend gleichlautend mit § 56 Abs. 6 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979 - BDG 1979. Die Dienstbehörde stützt Ihren Bescheid auf Paragraph 63, Absatz 7, RStDG. Diese Bestimmung ist weitgehend gleichlautend mit Paragraph 56, Absatz 6, des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979 - BDG 1979.

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

4.5. Zur allgemeinen Zulässigkeit von Feststellungsbescheiden im Zusammenhang mit Weisungen hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 22. Mai 2012, 2011/12/0170, Folgendes ausgeführt:

"Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Erlassung eines Feststellungsbescheides nur dann zulässig, wenn sie entweder im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist oder wenn eine gesetzliche Regelung zwar nicht besteht, die Erlassung eines solchen Bescheides 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 (vgl. hierzu etwa das hg. Erkenntnis vom 17. Oktober 2011, Zl. 2010/12/0150 mwN)."

"Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Erlassung eines Feststellungsbescheides nur dann zulässig, wenn sie entweder im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist oder wenn eine gesetzliche Regelung zwar nicht besteht, die Erlassung eines solchen Bescheides 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 vergleiche hierzu etwa das hg. Erkenntnis vom 17. Oktober 2011, Zl. 2010/12/0150 mwN).

...

Gegenstand eines solchen Feststellungsverfahrens kann einerseits die Frage sein, ob die Befolgung einer Weisung zu den Dienstpflichten des Beamten gehört, das heißt ob er verpflichtet ist, diese Weisung zu befolgen. Eine Pflicht zur Befolgung einer Weisung ist danach zu verneinen, wenn einer der in Art 20 Abs. 1 dritter Satz B-VG genannten Tatbestände vorliegt, wenn die Weisung nach erfolgter Remonstration nicht schriftlich wiederholt wurde oder wenn ihre Erteilung gegen das Willkürverbot verstößt. Andererseits kann Gegenstand eines Feststellungsverfahrens aber auch die ‚schlichte‘ Rechtswidrigkeit der Weisung sein, also eine solche, die die Pflicht zu ihrer Befolgung nicht berührt; ein Recht auf eine solche bescheidförmige Feststellung der Rechtmäßigkeit von Dienstaufträgen besteht jedoch bloß dann, wenn durch einen Dienstauftrag die Rechtssphäre des Beamten berührt wird (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 27. September 2011, Zl. 2010/12/0184 mwN)."

Gegenstand eines solchen Feststellungsverfahrens kann einerseits die Frage sein, ob die Befolgung einer Weisung zu den Dienstpflichten des Beamten gehört, das heißt ob er verpflichtet ist, diese Weisung zu befolgen. Eine Pflicht zur Befolgung einer Weisung ist danach zu verneinen, wenn einer der in Artikel 20, Absatz eins, dritter Satz B-VG genannten Tatbestände vorliegt, wenn die Weisung nach erfolgter Remonstration nicht schriftlich wiederholt wurde oder wenn ihre Erteilung gegen das Willkürverbot verstößt. Andererseits kann Gegenstand eines Feststellungsverfahrens aber auch die ‚schlichte‘ Rechtswidrigkeit der Weisung sein, also eine solche, die die Pflicht zu ihrer Befolgung nicht berührt; ein Recht auf eine solche bescheidförmige Feststellung der Rechtmäßigkeit von Dienstaufträgen besteht jedoch bloß dann, wenn durch einen Dienstauftrag die Rechtssphäre des Beamten berührt wird vergleiche dazu das hg. Erkenntnis vom 27. September 2011, Zl. 2010/12/0184 mwN)."

4.6. Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass eine ausdrückliche Erwähnung im Gesetz nicht vorhanden ist, wonach ein Feststellungsbescheid im Falle einer Weisung zu erlassen ist. Es ist lediglich in den einschlägigen Bestimmungen angeführt, dass sie "schriftlich zu ergehen hat" (§ 63 Abs 7 RStDG, § 56 Abs 6 BDG). Daraus lässt sich jedoch noch keine gesetzliche Grundlage für die Erlassung eines Feststellungsbescheides erkennen, wie zB ausdrücklich in §§ 15b Abs 3, 247e Abs 3 BDG.

4.6. Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass eine ausdrückliche Erwähnung im Gesetz nicht vorhanden ist, wonach ein Feststellungsbescheid im Falle einer Weisung zu erlassen ist. Es ist lediglich in den einschlägigen Bestimmungen angeführt, dass sie "schriftlich zu ergehen hat" (Paragraph 63, Absatz 7, RStDG, Paragraph 56, Absatz 6, BDG). Daraus lässt sich jedoch noch keine gesetzliche Grundlage für die Erlassung eines Feststellungsbescheides erkennen, wie zB ausdrücklich in Paragraphen 15 b, Absatz 3, 247 e, Absatz 3, BDG.

Die Beschwerdeführerin stützt sich darauf, dass der Feststellungsbescheid für sie "ein notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung" darstellt. Dies würde ebenso die Erlassung eines Feststellungsbescheides

rechtfertigt.

4.7. Ob dies der Fall ist, lässt sich nur anhand der weiteren einschlägigen Judikatur klären. Im Kern steht hier die Frage, ob ein Disziplinarverfahren als primärer Rechtsbehelf das Feststellungsverfahren als subsidiärer Rechtsbehelf generell ausschließt, denn die Nichtbefolgung der Weisung und in der Folge das gegen die Beschwerdeführerin anzustreitende Disziplinarverfahren, welches sich die Beschwerdeführerin nicht aussetzen wollte, könnte die von ihr gewünschte Klärung herbeizuführen.

4.8. Dass das Verfahren nach dem Disziplinarrecht dem Feststellungsverfahren vorgeht und dieses ausschließt, ergibt sich aus den folgenden Erkenntnissen:

Der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 14.10.2009, 2008/12/0182, zur Rechtslage des "neuen" § 56 Abs. 6 BDG Folgendes auszugsweise ausgesprochen: Der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 14.10.2009, 2008/12/0182, zur Rechtslage des "neuen" Paragraph 56, Absatz 6, BDG Folgendes auszugsweise ausgesprochen:

"Nach dem durch die Dienstrechts-Novelle 2007 dem § 56 BDG 1979 angefügten Abs. 6 ist die Ausübung einer aus den Gründen des Abs. 2 unzulässigen Nebenbeschäftigung (oder Tätigkeit im Sinne des Abs. 5) von der Dienstbehörde unverzüglich mit schriftlicher Weisung zu untersagen. Obzwar diese Bestimmung von ihrem Wortlaut her nicht zwischen der beabsichtigten und einer bereits angetretenen Nebenbeschäftigung unterscheidet, weist das Wort "unverzüglich" darauf hin, dass diese Bestimmung nur den Fall der bereits angetretenen (unzulässigen) Nebenbeschäftigung im Auge hat. Dieses Auslegungsergebnis wird durch die Materialien zur Dienstrechts-Novelle 2007 (193 BlgNR XXIII. GP 5) gestützt, wonach durch die Bestimmung des Abs. 6 dem Leiter der Dienstbehörde ein Mittel an die Hand gegeben werden sollte, um "Missstände schnell und unkompliziert abzustellen". Die bloße Intention des Beamten, eine seiner Einschätzung nach zulässige, nach Ansicht der Dienstbehörde jedoch unzulässige Nebenbeschäftigung in Zukunft ausüben zu wollen, kann noch nicht als "Missstand" im besagten Sinn gedeutet werden, der der schnellen Abstellung durch Weisung bedürfte. Der Anwendungsbereich des § 56 Abs. 6 BDG 1979 umfasst daher nur Fälle bereits aufgenommener Nebenbeschäftigungen. Aus dem Anwendungsbereich des § 56 Abs. 6 BDG 1979 folgt daher, dass die Neufassung des § 56 leg. cit. durch die Dienstrechts-Novelle 2007 keine Änderung an der Zulässigkeit des Feststellungsbescheides über die Zulässigkeit einer Nebenbeschäftigung vor deren Aufnahme ergibt." (VwGH 14.10.2009, 2008/12/0182) "Nach dem durch die Dienstrechts-Novelle 2007 dem Paragraph 56, BDG 1979 angefügten Absatz 6, ist die Ausübung einer aus den Gründen des Absatz 2, unzulässigen Nebenbeschäftigung (oder Tätigkeit im Sinne des Absatz 5,) von der Dienstbehörde unverzüglich mit schriftlicher Weisung zu untersagen. Obzwar diese Bestimmung von ihrem Wortlaut her nicht zwischen der beabsichtigten und einer bereits angetretenen Nebenbeschäftigung unterscheidet, weist das Wort "unverzüglich" darauf hin, dass diese Bestimmung nur den Fall der bereits angetretenen (unzulässigen) Nebenbeschäftigung im Auge hat. Dieses Auslegungsergebnis wird durch die Materialien zur Dienstrechts-Novelle 2007 (193 BlgNR römisch 23 . Gesetzgebungsperiode 5) gestützt, wonach durch die Bestimmung des Absatz 6, dem Leiter der Dienstbehörde ein Mittel an die Hand gegeben werden sollte, um "Missstände schnell und unkompliziert abzustellen". Die bloße Intention des Beamten, eine seiner Einschätzung nach zulässige, nach Ansicht der Dienstbehörde jedoch unzulässige Nebenbeschäftigung in Zukunft ausüben zu wollen, kann noch nicht als "Missstand" im besagten Sinn gedeutet werden, der der schnellen Abstellung durch Weisung bedürfte. Der Anwendungsbereich des Paragraph 56, Absatz 6, BDG 1979 umfasst daher nur Fälle bereits aufgenommener Nebenbeschäftigungen. Aus dem Anwendungsbereich des Paragraph 56, Absatz 6, BDG 1979 folgt daher, dass die Neufassung des Paragraph 56, leg. cit. durch die Dienstrechts-Novelle 2007 keine Änderung an der Zulässigkeit des Feststellungsbescheides über die Zulässigkeit einer Nebenbeschäftigung vor deren Aufnahme ergibt." (VwGH 14.10.2009, 2008/12/0182)

Zur Rechtslage vor Einführung des § 56 Abs. 6 BDG hat der VwGH Folgendes ausgesprochen: Zur Rechtslage vor Einführung des Paragraph 56, Absatz 6, BDG hat der VwGH Folgendes ausgesprochen:

"Wegen der Subsidiarität des Rechtsbehelfes des Feststellungsbescheides darf ein solcher daher nach Beginn der Ausübung der Nebenbeschäftigung nicht mehr erlassen werden" (VwGH 12.11.2008, 2005/12/0151).

"Die tatsächliche Ausübung einer Nebenbeschäftigung, die gegen § 56 BDG 1979 verstößt, ist ausschließlich nach dem Disziplinarrecht zu ahnden" (VwGH 21.09.2005, 2003/12/0200). "Die tatsächliche Ausübung einer Nebenbeschäftigung, die gegen Paragraph 56, BDG 1979 verstößt, ist ausschließlich nach dem Disziplinarrecht zu ahnden" (VwGH 21.09.2005, 2003/12/0200).

"Ein Feststellungsbescheid scheidet als subsidiärer Rechtsbehelf jedenfalls dann aus, wenn die für die Feststellung maßgebende Rechtsfrage im Rahmen eines anderen Verfahrens (mit einem das rechtliche oder öffentliche Interesse abdeckenden Ergebnis) zu entscheiden ist. Dazu gehört auch ein Disziplinarverfahren. Liegt somit eine unzulässige Nebenbeschäftigung im Sinn des § 56 Abs. 2 BDG 1979 vor, hat der Beamte ihre Ausübung zu unterlassen. Andernfalls macht er sich disziplinar strafbar und hat allenfalls auch mit sonstigen dienstrechtlichen Maßnahmen (Personalmaßnahmen) zu rechnen" (VwGH 21.09.2005, 2003/12/0200). "Ein Feststellungsbescheid scheidet als subsidiärer Rechtsbehelf jedenfalls dann aus, wenn die für die Feststellung maßgebende Rechtsfrage im Rahmen eines anderen Verfahrens (mit einem das rechtliche oder öffentliche Interesse abdeckenden Ergebnis) zu entscheiden ist. Dazu gehört auch ein Disziplinarverfahren. Liegt somit eine unzulässige Nebenbeschäftigung im Sinn des Paragraph 56, Absatz 2, BDG 1979 vor, hat der Beamte ihre Ausübung zu unterlassen. Andernfalls macht er sich disziplinar strafbar und hat allenfalls auch mit sonstigen dienstrechtlichen Maßnahmen (Personalmaßnahmen) zu rechnen" (VwGH 21.09.2005, 2003/12/0200).

"Entscheidet sich der Beamte für die Ausübung der Nebenbeschäftigung, weil er sie für zulässig ansieht, trägt er das Risiko einer unrichtigen Einschätzung und deren Folgen. Hält die Dienstbehörde die ausgeübte Nebenbeschäftigung für unzulässig, wird sie die Klärung in einem von ihr in Gang zu setzenden Disziplinarverfahren zu veranlassen haben. Wird gegen einen solchen Beamten der disziplinare Vorwurf erhoben, eine unzulässige Nebenbeschäftigung auszuüben (ausgeübt zu haben), ist im Disziplinarverfahren u.a. die Tatbildmäßigkeit einer solchen zur Last gelegten Tat zu klären.

Beabsichtigt der Beamte eine Nebenbeschäftigung auszuüben, dann hat er vorerst aus eigenem zu beurteilen, ob sie nicht nach § 56 Abs. 2 BDG 1979 unzulässig ist. Will er sichergehen, dass es sich bei dieser Nebenbeschäftigung um keine verbotene handelt, ist sein rechtliches Interesse an der Erlassung eines von ihm beantragten Feststellungsbescheides jedenfalls dann zu bejahen, wenn sein Antrag auf die Feststellung der Zulässigkeit der von ihm beabsichtigten (aber noch nicht aufgenommenen) Nebenbeschäftigung gerichtet ist und er diese Tätigkeit auch nicht bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Feststellungsverfahrens aufnimmt. Ebenso ist ein öffentliches Interesse an der Erlassung eines amtswegigen Feststellungsbescheides über die Zulässigkeit einer Nebenbeschäftigung zu bejahen, wenn der Dienstbehörde die beabsichtigte Ausübung einer Nebenbeschäftigung eines Beamten zur Kenntnis kommt (ohne dass dieser einen solchen Feststellungsantrag gestellt hat), solange diese noch nicht ausgeübt wird. Beabsichtigt der Beamte eine Nebenbeschäftigung auszuüben, dann hat er vorerst aus eigenem zu beurteilen, ob sie nicht nach Paragraph 56, Absatz 2, BDG 1979 unzulässig ist. Will er sichergehen, dass es sich bei dieser Nebenbeschäftigung um keine verbotene handelt, ist sein rechtliches Interesse an der Erlassung eines von ihm beantragten Feststellungsbescheides jedenfalls dann zu bejahen, wenn sein Antrag auf die Feststellung der Zulässigkeit der von ihm beabsichtigten (aber noch nicht aufgenommenen) Nebenbeschäftigung gerichtet ist und er diese Tätigkeit auch nicht bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Feststellungsverfahrens aufnimmt. Ebenso ist ein öffentliches Interesse an der Erlassung eines amtswegigen Feststellungsbescheides über die Zulässigkeit einer Nebenbeschäftigung zu bejahen, wenn der Dienstbehörde die beabsichtigte Ausübung einer Nebenbeschäftigung eines Beamten zur Kenntnis kommt (ohne dass dieser einen solchen Feststellungsantrag gestellt hat), solange diese noch nicht ausgeübt wird.

Entscheidet sich der Beamte für die Ausübung der Nebenbeschäftigung, weil er sie für zulässig ansieht, dann trägt er das Risiko einer unrichtigen Einschätzung und deren Folgen. Hält die Dienstbehörde die ausgeübte Nebenbeschäftigung für unzulässig, wird sie die Klärung in einem von ihr in Gang zu setzenden Disziplinarverfahren (im Beschwerdefall also im Rahmen des bereits anhängigen Disziplinarverfahrens) zu veranlassen haben. Wegen der Subsidiarität des Feststellungsbescheides besteht in diesen Fällen jedenfalls kein öffentliches Interesse an einer gesonderten (amtswegigen) Feststellung betreffend die Unzulässigkeit der (bereits ausgeübten) Nebenbeschäftigung durch die Dienstbehörde, weil diese Frage, sieht man vom Fall der Selbstanzeige nach § 111 BDG 1979 ab, in einem anderen über Anzeige der Dienstbehörde oder von ihr von Amts wegen einzuleitenden Verfahren zu entscheiden ist." (VwGH 21.09.2005, 2003/12/0200). Entscheidet sich der Beamte für die Ausübung der Nebenbeschäftigung, weil er sie für zulässig ansieht, dann trägt er das Risiko einer unrichtigen Einschätzung und deren Folgen. Hält die Dienstbehörde die ausgeübte Nebenbeschäftigung für unzulässig, wird sie die Klärung in einem von ihr in Gang zu setzenden Disziplinarverfahren (im Beschwerdefall also im Rahmen des bereits anhängigen Disziplinarverfahrens) zu veranlassen haben. Wegen der Subsidiarität des Feststellungsbescheides besteht in diesen Fällen jedenfalls kein öffentliches Interesse an einer gesonderten (amtswegigen) Feststellung betreffend die Unzulässigkeit der (bereits ausgeübten)

Nebenbeschäftigung durch die Dienstbehörde, weil diese Frage, sieht man vom Fall der Selbstanzeige nach Paragraph 111, BDG 1979 ab, in einem anderen über Anzeige der Dienstbehörde oder von ihr von Amts wegen einzuleitenden Verfahren zu entscheiden ist." (VwGH 21.09.2005, 2003/12/0200).

4.9. Zu dem erwähnten Risiko führt der VwGH allerdings auch aus:

"Durch die Aufnahme einer Nebenbeschäftigung vor Abklärung ihrer Rechtmäßigkeit mit dem Dienstgeber mag der Beamte - wie oben ausgeführt - das Risiko auf sich genommen haben, dass seine Beurteilung gemäß § 32 Abs. 2 DPL 1972 unzutreffend ist." "Durch die Aufnahme einer Nebenbeschäftigung vor Abklärung ihrer Rechtmäßigkeit mit dem Dienstgeber mag der Beamte - wie oben ausgeführt - das Risiko auf sich genommen haben, dass seine Beurteilung gemäß Paragraph 32, Absatz 2, DPL 1972 unzutreffend ist.

Dieses Risiko ist aber von jenem zu unterscheiden, das den Beamten trifft, der die Frage der Befolgungspflicht einer von ihm als rechtswidrig beurteilten Weisung falsch einschätzt. Indem der Vorgesetzte die Ausübung der Nebenbeschäftigung durch Weisung untersagt, gebraucht er - wie oben aufgezeigt - ein Rechtsinstrument, mit welchem er die Rechtsstellung eines Beamten zu dessen Lasten verändern kann. Vor diesem Hintergrund erschiene es inadäquat, würde man dem Beamten auch das disziplinarrechtliche Risiko einer Fehlbeurteilung der aus der Weisungserteilung selbst resultierenden Rechtsfolgen auferlegen, ohne ihm die Gelegenheit zu geben, diese Rechtsfolgen in einem Feststellungsverfahren abzuklären." (VwGH 30.05.2017, 2016/12/0066)

4.10. Im gegenständlichen Fall ist es unstrittig, dass die Tätigkeit, auf dem sich die schriftliche Weisung bezog, zum Zeitpunkt des Erlassens dieser schriftlichen Weisung bereits aufgenommen worden war. Es liegt also gerade jener Fall vor, der unter Bedachtnahme des Erkenntnisses der ständigen Rsp des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH Ra.2003/12/02002, Zl. 008/12/0182) die Erlassung eines Feststellungsbescheides nicht zulässt. Insofern entspricht die zurückweisende Entscheidung der Dienstbehörde der oben angeführten Rechtsprechung.

4.11. Im gegenständlichen Fall ist jedoch abzuwägen, dass die Richterin die Nebentätigkeit bereits seit Mitte 2002 aufnahm. Anfänglich in der Buchhaltung tätig, änderte sich die Funktion alsdann in Personalangelegenheiten. Nachdem die Beschwerdeführerin mit dem Geschäftsführer des Unternehmens verheiratet ist, nimmt das Gericht an, dass berufliche Themen gegenseitig auch besprochen werden. Zu den emotional belastenden Themen, welche einen persönlichen Austausch bedürfen ohne dass man dazu einen tiefen fachlichen Hintergrund besitzen muss, zählt mit Sicherheit das Thema Personalbewirtschaftung. Die Beschwerdeführerin brachte auch selbst vor, dass diese Themen im alltäglichen Austausch mit ihrem Ehegatten ohnehin immer besprochen worden seien. Nachdem die Beschwerdeführerin durch ihre Tätigkeit seit 2002 bzw. durch die eheliche Verbindung mit dem Unternehmen in Beziehung stand ist von einer Bindung der Beschwerdeführerin zu dem Unternehmen auszugehen, welche sich nicht durch das Anstellungsverhältnis alleine ganz klar abgrenzen lässt. Dadurch, dass die Tätigkeit bereits 2002 aufgenommen wurde, dies auch immer in der jährlichen internen Revision vermerkt wurde, somit der Dienstbehörde nicht nur bekannt, sondern wegen der Nichtuntersagung auch genehmigt wurde, ist von einer gewissen geübten Praxis auszugehen.

4.12. Die Beschwerdeführerin beendete die Nebentätigkeit an dem Tag der Zustellung der schriftlichen Weisung, am 14.08.2018. Sie kam daher der schriftlichen Weisung vollkommen nach. Zum Zeitpunkt der Antragstellung, am 20.09.2018 bestand nachweislich keine Nebentätigkeit.

4.13. Der Feststellungsbescheid bezog sich - aufgrund des einschränkenden Antrages der Beschwerdeführerin - auch nur auf die Weisung vom 14.08.2018. Die Behörde konnte sich nur auf diesen Antrag stützen. Die Beschwerdeführerin verband damit keinen neuen Antrag, mit dem die Behörde gezwungen war, sich über die bisher ausgeübte und zum Antragszeitpunkt niedergelegte Nebentätigkeit, auseinander zu setzen. Ein Antrag pro futura, also ob die Nebentätigkeit wiederaufgenommen werden kann, hätte die Behörde entsprechend der Jud zu einer Inhaltlich zu Entscheidung veranlasst, indem die Gründe für die Untersagung behandelt werden mussten.

4.14. Folgt man der Rechtsansicht des VwGH unter Punkt 0, dann wäre es - der Beschwerdeführerin in Ihrer Argumentation folgend - inadäquat, ihr die Last des Disziplinarverfahrens auszusetzen um Rechtssicherheit zu bekommen. Zudem müsste sie mit Absicht eine Weisung nicht beachten, welches auch ihr berufliches Fortkommen gefährden könnte.

4.15. Im Ergebnis: Würde das Verwaltungsgericht eine strenge formalistische Ansicht anlegen, dann müsste sie den

zurückweisenden Bescheid bestätigten, denn dieser sprach nur über die Weisung vom 14.08.2018 ab. Eine darüberhinausgehende Prüfungsbefugnis, etwa ob die Nebenbeschäftigung pro futura zulässig ist, war weder für die Behörde, noch für das Verwaltungsgericht zulässig. Die Konsequenz im Falle einer Beschwerdeabweisung wäre allerdings, dass ein neuerlicher Antrag ob die in Rede stehende Nebenbeschäftigung zulässig sei, wegen bereits entschiedener Sache abermals zurückgewiesen werden könnte und somit keine Rechtssicherheit gegeben wäre.

4.16. Die gegenteilige Ansicht, indem der Beschwerdeführerin nicht die Last des Disziplinarverfahrens auferlegt werden dürfe (sh Argumentation unter Punkt 0), würde zu einer inhaltlichen Entscheidung führen und die von ihr geforderten Rechtssicherheit herbeiführen.

4.17. Das Verwaltungsgericht geht den zweiten Weg, der auch auf den Umstand gestützt ist, dass zum Zeitpunkt des Erlassens des Feststellungsbescheides eine Nebentätigkeit nicht vorlag. Die Beschwerdeführerin kam der Weisung nach und setzte sich keinem Disziplinarverfahren aus. Das kann der Beschwerdeführerin nicht angelastet werden. Sie hat alles unternommen, das von einer RichterIn zu verlangen war: Sie hat die Nebentätigkeit und die Funktionsänderung gemeldet, sie hat die schriftliche Weisung sofort befolgt und verlangte lediglich Rechtssicherheit. Das Verwaltungsgericht folgt der Intention aus Ra 2016/12/0066 (Punkt 0) indem der Rechtssicherheit dem Formalismus der Vorrang gegeben wird.

4.18. Zudem liegt der subsidiäre Fall, indem das Disziplinarverfahren gegenüber dem Feststellungsverfahren der Vorrang gegeben wird, vorbehaltlich einem solchen Verfahren nicht (mehr) vor, denn ein solches wäre nur dann gegeben, wenn es tatsächlich einen Grund für ein Disziplinarverfahren gibt. Sie hat allerdings die Weisung befolgt und die Nebenbeschäftigung beendet. Bis zu diesem Zeitpunkt war die Nebenbeschäftigung durch Nichtuntersagung genehmigt. Schon alleine aus diesem Grund kann das Disziplinarverfahren nicht als primärer Rechtsbehelf zur Rechtsdurchsetzung herangezogen werden bzw besteht aus der Sicht der Dienstbehörde präjudiziell kein Grund ein solches anzustrengen. Damit ist das angestrebte Feststellungsverfahren das einzige Mittel zur Rechtsdurchsetzung.

Aus diesem Grund besteht jedenfalls ein rechtliches Interesse der RichterIn an der Erlassung eines Feststellungsbescheides über die Rechtmäßigkeit der Weisung. Aus der Sicht des Verwaltungsgerichtes liegt in diesem Fall tatsächlich ein Grund vor, dass der Feststellungsbescheid ein notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung darstellt.

Gemäß § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen, wenn die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen hat. Diese Vorgangsweise setzt nach § 28 Abs. 2 Ziffer 2 voraus, dass die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht nicht im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist. Gemäß Paragraph 28, Absatz 3, zweiter Satz VwGVG kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen, wenn die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen hat. Diese Vorgangsweise setzt nach Paragraph 28, Absatz 2, Ziffer 2 voraus, dass die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht nicht im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

Die inhaltliche Erhebung über die Zulässigkeit der in Frage stehenden Nebentätigkeit, allfällige dagegen stehenden Gründe, angenommene Befangenheiten oder sonstige Gründe, hat aus Zweckmäßigkeitsgründen und der Tatsache, dass sie näher am Beweis liegt als das Verwaltungsgericht, die Dienstbehörde vorzunehmen.

Zu B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt und weil die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt und weil die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht.

Schlagworte

Anstellung, Disziplinarverfahren, Ehepartner, Feststellungsantrag,
Gerichtsvorsteher, Nebenbeschäftigung, rechtliches Interesse,

Richter, Subsidiarität, unternehmerische Tätigkeit, Weisung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:W257.2210322.1.00

Zuletzt aktualisiert am

24.09.2019

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at