

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

19.10.2016

Geschäftszahl

Ra 2015/12/0081

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Köhler, die Hofräte Dr. Zens und Dr. Pfeil, Hofrätin Mag.a Nussbaumer-Hinterauer und Hofrat Mag. Feiel als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Artmann, über die außerordentliche Revision des Mag. Dr. EN in K, vertreten durch Dr. Martin Riedl, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Franz Josefs Kai 5, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 29. Juli 2015, Zl. LVwG-AV-164/001-2015, betreffend Feststellung der Einstellung von Bezügen und Zurückweisung eines Antrages gemäß § 31 Abs. 4 zweiter Satz DPL 1972 (vor dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich belangte Behörde: Niederösterreichische Landesregierung),

Spruch

I. den Beschluss gefasst:

Die Revision gegen Spruchpunkt 1. des angefochtenen Erkenntnisses wird zurückgewiesen.

II. zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird in seinem Spruchpunkt 2. wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Land Niederösterreich hat dem Revisionswerber Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1 Der Revisionswerber stand bis zu seiner mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 1. Oktober 2015 mit Wirksamkeit von diesem Datum verfügten Entlassung in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Land Niederösterreich.

2 Mit Bescheid der Niederösterreichischen Landesregierung vom 12. Dezember 2014 wurde festgestellt, dass der Revisionswerber den Anspruch auf Bezüge und Nebengebühren für den Zeitraum vom 12. Mai bis zum 16. Mai 2014 verloren habe (Spruchpunkt I. dieses Bescheides); sein Eventualantrag auf Gewährung von Erholungsurlaub im Sinne des § 31 Abs. 4 zweiter Satz der Dienstpragmatik der Niederösterreichischen Landesbeamten 1972, LGBl. 2200 (im Folgenden: DPL 1972), für diesen Zeitraum wurde zurückgewiesen. Für die Behandlung des Antrages sei der Dienststellenleiter zuständig. Eine Weiterleitung des Antrages an diesen gemäß § 6 AVG hätte ein Zugeständnis des Revisionswerbers betreffend seine ungerechtfertigte Abwesenheit vom Dienst vorausgesetzt.

3 Der Revisionswerber erhob gegen diesen Bescheid Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich.

4 Mit Eingabe vom 8. Juli 2015 machte der Revisionswerber eine behauptete Befangenheit des Senatsvorsitzenden des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich, Mag. A, geltend.

5 Die Befangenheit gründe auf Äußerungen des Vorsitzenden in einem mit der Zeugin X am 13. Mai 2015 geführten Telefonat. Den Inhalt dieses Telefonates habe die Zeugin dem Revisionswerber in einem Gespräch vom gleichen Tag geschildert. Die hierüber vom Revisionswerber angelegte Gesprächsnotiz wurde der Stellungnahme angeschlossen. Sie lautet wie folgt (*Anonymisierungen, auch im Folgenden, durch den Verwaltungsgerichtshof*):

"Gesprächsnotiz vom 13. Mai 2015 Heute gegen 16.15 Uhr berichtet mir *Frau X* vom *Reisebüro Y* von einem auf sie ,eigenartig wirkenden' Anruf;

der sich folgendermaßen zugetragen hat:

Kurz vor unserem Gespräch erhielt sie einen Telefonanruf und es meldete sich ein Herr, der sich als ‚Mag. A‘ ausgab.

Er sagte, er sei ein Richter des Verwaltungsgerichts in St. Pölten und interessierte sich für eine Pilgerreise nach Rom bzw. zum Papst, die vom *Y-Reisebüro* im Vorjahr im Mai organisiert und durchgeführt worden war.

Insbesondere verlangte er - lt. *Frau X* - sehr fordernd und nachdrücklich detaillierte Auskünfte zu diversen Reisebüroleistungen (u.a. auch Teilnehmer, Umfang, etc.). Schließlich behauptete er, der Reisebürokunde, *Revisionswerber*, hätte **seiner Meinung nach jedenfalls** diese Reise ‚organisiert‘, und nicht das Reisebüro. Deshalb wollte er noch schnell telefonisch nachfragen und diese seine Meinung rasch bestätigt bekommen.

Nachdem *Frau X* dieser Anruf eigenartig vorkam, nämlich dass ein angeblicher, ihr unbekannter ‚Richter‘ bei ihr doch zum Teil sehr sensible Daten ‚auskundschaften‘ wollte, reagierte sie hier mit besonderer Vorsicht. Bis dato hatte sie noch nie derartige Auskunftsbegehren von staatlicher Seite oder gar von einem Richter - und noch dazu per Telefon - erlebt.

Frau X antwortete dem Anrufer daher, sie hätte zwar in Erinnerung, dass das Reisebüro eine solche Pilger-Reise organisiert und abgewickelt hätte, doch allein schon aus datenschutzrechtlichen Gründen sei es ihr nicht erlaubt, derartige Auskünfte - vor allem über das Telefon - an Dritte weiter zu geben. Deshalb ersuchte sie Herrn *Mag. A*, seine Anfragen bzw. die seiner Institution **schriftlich** dem Reisebüro zukommen zu lassen, um sein Anliegen prüfen zu können.

Daraufhin erklärte der offensichtlich über seinen telefonischen Misserfolg verärgerte Anrufer, **Herr Mag. A**, es bestehe für ihn ohnedies **‚jetzt schon kein Zweifel‘**, dass der *Revisionswerber* die Reise organisiert hat und eine Verhandlung würde sich deshalb wegen seiner nunmehr schon bestehenden Überzeugung erübrigen.

Frau X verwies trotz des weiterhin beständigen und detailhaften Nachfragens von *Herrn Mag. A* nochmals darauf, dass ihr Reisebüro ein seriöses Reisebüro ist und keine derartigen telefonischen Auskünfte an für sie nicht näher bekannte Personen geben dürfe.

Daraufhin sagte *Herr Mag. A* abschließend:

Für **uns** (er meinte, damit offensichtlich das damit befasste Richterkollegium) ist **sowieso schon klar und wir sind ‚jetzt schon sicher‘**, dass der *Revisionswerber* diese Pilgerreise organisiert hat.

Danach beendete er das Telefongespräch."

6 In der am 29. Juli 2015 unter Vorsitz des Richters *Mag. A* durchgeführten mündlichen Verhandlung wurde (u.a.) die Zeugin *X* vernommen, wobei sie über den Inhalt ihres Telefonates mit dem Vorsitzenden Folgendes angab:

"Befragt durch die DNV:

Schildern Sie bitte den Inhalt des Telefonats mit dem Vorsitzenden.

Mag. A rief an und hat mich gefragt, ob es eine Reise nach Rom gab. Ich teile mit, dass ich dazu die Richtige bin, da ich das bearbeitet habe. Er hat mich gefragt, ob er mir dazu Fragen stellen dürfe. Dazu habe ich gemeint, dass ich das schriftlich bräuchte. *Mag. A* fragte nach den Kontaktdaten zu den Zustellmöglichkeiten und bat ich ihn die Fragen per Post zu schicken. Dieses Schreiben habe ich an die Rechtsabteilung zur Beantwortung weitergeleitet.

Befragt durch den DGV:

Hat es hier mehrere Telefonate mit dem Vorsitzenden gegeben?

Ja, eines wegen der Terminverschiebung. *Mag. A* wollte wissen wann ich auf Urlaub bin oder wann ich Zeit habe.

Wurden in diesem Telefonat heikle Daten verlangt? Nein.

Wurde seitens des Vorsitzenden angesprochen, dass die Reise von *dem Revisionswerber* organisiert wurde?

Nein, es wurden keine Namen und auch keine Personenanzahl genannt.

Hat es Kontakt mit anderen Reiset Teilnehmern gegeben?

Ja, es hat einen Informationsabend gegeben, wo auch ich eingeladen war. Dabei konnten konkrete Fragen wie zum Check In, Stornoversicherungen geklärt werden. Danach hat mich eine Teilnehmerin wegen der Stornoversicherung angerufen, ansonsten gab es keinen Kontakt mit den Teilnehmern.

Befragt durch die Beschwerdeführervertreterin:

Gibt es eine Gesprächsnotiz zu dem Telefonat mit dem Vorsitzenden vom 13.05.2015?

Ja, aber diese habe ich heute nicht mit.

Hat der Vorsitzende nach dem *Revisionswerber* gefragt?

Ich weiß es nicht mehr sicher."

7 In dieser Verhandlung beantragte die Vertreterin des Revisionswerbers zum Beweis des Gesprächsverlaufes zwischen dem Vorsitzenden und der Zeugin vom 13. Mai 2015 die Beischaffung der Gesprächsnotiz der Zeugin über den Inhalt dieses Gespräches.

8 Diesem Beweisanspruch kam das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich nicht nach. Es erließ unter Mitwirkung des Vorsitzenden Mag. A das angefochtene Erkenntnis, mit welchem sowohl die Beschwerde gegen die getroffene Feststellung (Spruchpunkt 1. des angefochtenen Erkenntnisses) als auch jene gegen die Zurückweisung des Eventualantrages (Spruchpunkt 2. des angefochtenen Erkenntnisses) als unbegründet abgewiesen wurde.

9 Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

10 Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich vertrat die Auffassung, die Feststellung des Entfalles der Bezüge sei (u.a.) deshalb rechtens, weil der Revisionswerber, welcher im maßgeblichen Zeitraum im Krankenstand befindlich an einer Pilgerreise in Rom teilgenommen habe, seine Verpflichtung zur zumutbaren Mitwirkung an einer ärztlichen Untersuchung im Verständnis des § 31 Abs. 2 letzter Satz DPL 1972 verletzt habe. Darüber hinaus habe er seine Verpflichtung verletzt, die beabsichtigte Pilgerreise während seines Krankenstandes seiner Dienstbehörde rechtzeitig anzuzeigen.

11 In den Entscheidungsgründen des angefochtenen Erkenntnisses heißt es dazu auszugsweise:

"Vorauszuschicken ist, dass es der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zufolge für die Frage der Zumutbarkeit der verpflichtenden Mitwirkung an einer ärztlichen Untersuchung unerheblich ist, ob sich die Dienstabwesenheit als durch Krankheit gerechtfertigt erweist oder nicht. Insoweit geht das Feststellungsbegehren der Beschwerde zur Rechtfertigung der Dienstabwesenheit durch Krankheit am entscheidenden Beweisthema vorbei und waren die dazu vorgelegten ärztlichen Befunde lediglich darauf zu prüfen, ob ihnen zur Frage der Zumutbarkeit einer Mitwirkung an der ursprünglich für 14. Mai 2014, 9.00 Uhr, angeordneten ärztlichen Untersuchung Beweiswert zukommt, was jeweils mangels konkreter Bezugnahme auf den Zeitraum der angefochtenen Bezugseinstellung ausnahmslos nicht der Fall ist.

Im vorliegenden Fall liegt unbestritten keine Verletzung der Mitwirkungspflicht im Sinne einer unentschuldigten Versäumung eines aufrecht angeordneten Untersuchungstermins vor, sondern wurde der Untersuchungstermin über Initiative des Beschwerdeführers von der Dienstbehörde wunschgemäß verschoben, sodass die Frage zu beurteilen ist, ob der Beschwerdeführer durch seinen konkreten Beitrag zur Verschiebung der Untersuchung auf unbestimmte Zeit die gebotene Mitwirkung an dieser Untersuchung unterlassen hat.

...

... Daraus ergibt sich jedoch, dass sich der Beschwerdeführer

die Absage der Untersuchung im Ergebnis durch unwahre Angaben erschlichen hat, indem er anstelle seiner Rolle als damaliger Obmann des Vereins der „Z-Verein“ wahrheitswidrig die Behauptung einer dringenden ärztlichen Empfehlung erhob. Dass dies im Licht einer objektiven Prüfung eine aktive Täuschung der Dienstbehörde über ein entscheidungswesentliches Sachverhaltsmerkmal bedeutet, kann aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich nicht ernsthaft bestritten werden. Ungeachtet dieser Pflichtverletzung wäre selbst ohne konkrete Terminkollision die bloße Abwesenheitsmeldung erst am 8. Mai 2014 im Hinblick auf die Ermittlungserfordernisse der belangten Behörde (siehe VwGH 21.1.1998, 96/09/0012) jedenfalls zu spät gewesen. Vor diesem Hintergrund kann der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden, wenn sie vorbringt, dass sie bei rechtzeitiger Kenntnis von der fehlenden medizinischen Empfehlung für die konkrete Reise weder diese Reise genehmigt, noch eine Verschiebung des Untersuchungstermins vorgenommen hätte. Die konkrete Rechtfertigung des Beschwerdeführers im vorliegenden Fall muss daher als Versuch gewertet werden, nicht nur seine Pflicht zur rechtzeitigen Bekanntgabe einer Auslandsreise während aufrechten Krankenstandes, sondern auch seine Mitwirkungspflicht bei einer ärztlichen Untersuchung ins Leere laufen zu lassen.

Damit erweist sich die gesamte Dauer der Auslandsreise ungeachtet des unbestrittenen Krankenstandes als ungerechtfertigte Abwesenheit vom Dienst."

12 Zur Zurückweisung des Eventualantrages gemäß § 31 Abs. 4 zweiter Satz DPL 1972 vertrat das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich die Auffassung, die Niederösterreichische Landesregierung sei zu einer Entscheidung im Sinne der vorzitierten Gesetzesbestimmung unzuständig gewesen. Da ein subjektives Recht auf Weiterleitung von Anträgen gemäß § 6 AVG nicht bestehe, sei die vorgenommene Zurückweisung rechtens.

13 Die Revision sei gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig, zumal die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweiche; eine solche Rechtsprechung fehle auch nicht. Schließlich sei die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht uneinheitlich beantwortet.

14 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die außerordentliche Revision vor dem Verwaltungsgerichtshof. Der Revisionswerber macht Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Erkenntnisses sowie Rechtswidrigkeit

infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften mit dem Antrag geltend, der Verwaltungsgerichtshof möge in der Sache selbst entscheiden; hilfsweise wird die Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses aus den oben angeführten Gründen beantragt.

15 Die vor dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich belangte Niederösterreichische Landesregierung erstattete eine Revisionsbeantwortung, in welcher die Zurückweisung der Revision, hilfsweise deren Abweisung beantragt wird.

16 Hier ist zunächst auf das hg. Erkenntnis vom 4. September 2012, 2012/12/0032, hinzuweisen, aus welchem sich ergibt, dass es sich bei der Feststellung des Entfalls von Bezügen aus dem Grunde des § 31 Abs. 2 und 4 DPL 1972 durch die Dienstbehörde und bei der in § 31 Abs. 4 zweiter Satz DPL 1972 vorgesehenen Rechtsgestaltung durch den Dienststellenleiter um unterschiedliche "Sachen" handelt. Die Feststellung des Entfalles der Bezüge ist daher jedenfalls so lange zulässig, als eine Verfügung des Dienststellenleiters im Verständnis der zuletzt zitierten Gesetzesbestimmung nicht erfolgt ist. Die Zulässigkeit der Revision ist daher in Ansehung der Spruchpunkte des angefochtenen Erkenntnisses gesondert zu prüfen.

17 Die Revision gegen Spruchpunkt 1. des angefochtenen Erkenntnisses ist unzulässig:

18 Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

19 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen. Hat das Verwaltungsgericht - wie im gegenständlichen Fall - im Erkenntnis ausgesprochen, dass die Revision nicht gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist, hat die Revision gemäß § 28 Abs. 3 VwGG auch gesondert die Gründe zu enthalten, aus denen entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird.

20 Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof hingegen nur im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.

21 Als Zulassungsgrund macht der Revisionswerber zunächst eine Befangenheit des Vorsitzenden des erkennenden Senates des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich geltend, wobei er sein Vorbringen in der Eingabe vom 8. Juli 2015 wiederholte. Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hätte sich mit seiner Befangenheitsanzeige auseinanderzusetzen und insbesondere auch die von der Zeugin X erwähnte Gesprächsnotiz beizuschaffen gehabt.

22 Dem ist Folgendes zu erwidern:

23 § 6 des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes, BGBl. I Nr. 33/2013 (Stammfassung), lautet:

"Befangenheit

§ 6. Mitglieder des Verwaltungsgerichtes, fachkundige Laienrichter und Rechtspfleger haben sich unter Anzeige an den Präsidenten der Ausübung ihres Amtes wegen Befangenheit zu enthalten."

24 Nach dem klaren Wortlaut des § 6 VwGVG haben sich die dort genannten Organe - darunter auch die Mitglieder des Verwaltungsgerichtes - unter Anzeige an den Präsidenten der Ausübung ihres Amtes "wegen Befangenheit" von Amts wegen zu enthalten, wenn ein Befangenheitsgrund nach § 7 Abs. 1 AVG vorliegt, wobei diesbezüglich ein Ablehnungsrecht der Parteien fehlt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 29. Juli 2015, Ra 2015/07/0034). Eine Verletzung des § 6 VwGVG durch ein Mitglied des Verwaltungsgerichtes begründet eine Rechtswidrigkeit der Entscheidung infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und hat bei Zulässigkeit der Revision zur Aufhebung der Entscheidung aus diesem Grunde zu führen. Dabei muss nicht geprüft werden, ob die Befangenheit für das Ergebnis des Verfahrens von Relevanz gewesen wäre (vgl. hiezu den hg. Beschluss vom 30. März 2016, Ra 2015/09/0139, sowie die hg. Erkenntnisse vom 24. April 2014, 2013/09/0049, und vom 18. Februar 2015, Ra 2014/03/0057).

25 Die Zulässigkeit einer Revision bei Behauptung einer Befangenheit setzt aus dem Grunde des Art. 133 Abs. 4 B-VG jedenfalls voraus, dass im Zuge dieser Rüge eine grundsätzliche Rechtsfrage (des Verfahrensrechtes) aufgeworfen wird. Rechtsfragen des Verfahrensrechtes (insbesondere auch solche der Befangenheit) sind nur dann von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG, wenn tragende Grundsätze des Verfahrensrechtes auf dem Spiel stehen bzw. wenn die in der angefochtenen Entscheidung getroffene Beurteilung grob fehlerhaft erfolgt ist und zu einem die Rechtssicherheit beeinträchtigenden, unvertretbaren Ergebnis geführt hat (vgl. hiezu den hg. Beschluss vom 9. März 2016, Ra 2016/08/0045).

26 Die nach dem Vorgesagten vom Verwaltungsgerichtshof zu prüfende Zulässigkeit der Revision setzt also voraus, dass vor dem Hintergrund des *konkret vorgelegenen Sachverhaltes* die Teilnahme des Mitgliedes des

Verwaltungsgerichtes an der Verhandlung und Entscheidung tragende Rechtsgrundsätze des Verfahrensrechtes verletzt hätte bzw. in unvertretbarer Weise erfolgt wäre.

27 Fraglich bleibt in diesem Zusammenhang freilich, von wem - im Falle der Strittigkeit - der hiefür maßgebliche Sachverhalt (hier also das Verhalten des Vorsitzenden in seinem Telefonat mit der Zeugin X) festzustellen ist. Eine Zuständigkeit des erkennenden Senates des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich zur Feststellung dieses Sachverhaltes kam im Revisionsfall schon deshalb nicht in Betracht, weil diesem Senat eben gerade jener Richter angehörte, dessen Befangenheit vom Revisionswerber aus behaupteten, vom betroffenen Richter jedoch bestrittenen, Äußerungen abgeleitet wurde. Es erscheint nämlich ausgeschlossen, dass das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich unter Mitwirkung des Vorsitzenden beweiswürdigend die Frage zu behandeln hätte, ob nun die Darstellung des Vorsitzenden oder aber die Behauptungen des Revisionswerbers zutreffend seien.

28 Vor diesem Hintergrund sah sich der Verwaltungsgerichtshof veranlasst, im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit der Revision den für die Beurteilung der oben in Rz 26 umschriebenen Frage maßgeblichen Sachverhalt selbst zu ermitteln und festzustellen.

29 In diesem Zusammenhang wurde eine Rechtshilfeinvernahme vor dem Bezirksgericht Krems an der Donau des Revisionswerbers durchgeführt, in welcher dieser unter Zeugenpflicht bestätigte, dass sein Gespräch mit der Zeugin X über den Inhalt ihres Telefonats mit dem Vorsitzenden so verlaufen sei, wie dies in der Gesprächsnotiz des Revisionswerbers vom 13. Mai 2015 dargelegt wurde.

30 Die Zeugin X gab in ihrer Rechtshilfevernehmung Folgendes an:

"Ich habe diese Gesprächsnotiz als E-Mail verfasst und habe das an meine Privatadresse geschickt, damit ich das in Evidenz halten kann. Es war so, dass ich ein Telefonat erhalten habe und war das am 13.05. Die Zeit, wie in meiner Gesprächsnotiz angeführt, welche ich heute dem Gericht übergebe in Form eines E-Mails, ist richtig und hat sich der Herr am Telefon mit Landesverwaltungsgericht gemeldet. Ob er einen Namen genannt hat, kann ich nicht sagen. Ich war *vom Revisionswerber* ja schon vorgewarnt, dass eventuell jemand anrufen könnte und ich mir eine Gesprächsnotiz machen soll. Wie ich dann das Telefonat vom Gericht bekommen habe, haben für mich die Alarmglocken geläutet, dann war dieser besagte Anruf und dann habe ich schon gewusst, dass ich mich vorsehen muss. Der hat sich mit Landesverwaltungsgericht gemeldet und in der Touristik telefoniere ich normalerweise nicht mit dem Gericht. Da wurde nachgefragt, ob eine Gruppe bei uns gebucht hat. Der Name '*Z-Verein*' war nicht bekannt. Es war nicht die Nachfrage, ob die '*Z-Verein*' gebucht haben, sondern es war dezidiert die Nachfrage, ob eine Gruppe gebucht hat. Wie genau die Wortlaute waren, weiß ich nicht mehr. Es war nur die Frage, ob die Möglichkeit besteht, dass wir eine Bestätigung aushändigen können, wobei ich das verneint habe, denn wir bräuchten eine schriftliche Aufforderung. Das ist bei uns über die Rechtsabteilung gelaufen und wir sind dem nachgekommen. Gesagt wurde, dass sicher ist, dass *der Revisionswerber* diese Reise organisiert hat, aber scheinbar wurde da nur ein Flugticket übergeben. *Der Revisionswerber* hat von uns eine Bestätigung erhalten, dass wir Vermittler dieser Reise waren für Flug, Hotel und Transfer. Da war die Nachfrage, ob eine ganze Pauschale bei uns gebucht wurde, das *der Revisionswerber* organisiert hat, oder wie das aussieht. Es wurden keine Zahlen oder Weiteres weitergegeben, aber die Nachfrage war da. Der Anrufer hat dann auch seinen Namen genannt und hat sich als Richter *Mag. A* ausgegeben. Er hat gesagt, dass er sich sicher ist, dass *der Revisionswerber* diese Reise organisiert hat. Das hat dieser Herr am Telefon auch festgestellt. Er hat dann gesagt, dass er der Obmann ist, nämlich *der Revisionswerber* sei Obmann der '*Z-Verein*', bzw. dieses Vereines. Er würde sich als Obmann gerne in den Vordergrund stellen. Daher war sich der Gesprächspartner sicher, dass *der Revisionswerber* das alles organisiert hätte. Zahlen, Fakten, Teilnehmer, wurden überhaupt nicht gefragt. Er hat nur gesagt, dass er ein paar Fragen hätte und ob ich ihm welche beantworten könnte. Da ich ja schon vorgewarnt war, habe ich das verneint und habe auf die schriftliche Aufforderung hingewiesen. Das war dann der Ablauf. Ich habe dann einen eingeschriebenen Brief erhalten und das war dann das weitere Prozedere.

Über Vorhalt der Gesprächsnotiz *des Revisionswerbers* und über Vorhalt, dass er in seiner Gesprächsnotiz angeführt hätte, dass der Anrufer verärgert gewesen sei und es für den Anrufer ohnedies jetzt schon kein Zweifel bestanden hätte, dass *der Revisionswerber* die Reise organisiert hat:

Verärgert war der Anrufer nicht. Ich kann mich nicht erinnern, dass ich das so gegenüber *dem Revisionswerber* erwähnt habe. Jedenfalls hat der Gesprächspartner bekräftigt, dass er sich sicher ist, dass *der Revisionswerber* die Reise organisiert hat.

Über Vorhalt der Angaben in der Gesprächsnotiz, dass sich eine Verhandlung deshalb wegen seiner nunmehr schon bestehenden Überzeugung erübrigen würde:

Das habe ich auch notiert, nämlich dass er gesagt hat, dass es zu einer Verhandlung kommen könnte, er aber davon nicht ausgeht. Mir gegenüber hat *Mag. A* nicht gesagt, dass sich eine Verhandlung erübrigen würde, weil er ohnehin schon davon überzeugt wäre, dass *der Revisionswerber* die Reise organisiert hätte. Herr *Mag. A* hat nur zu mir gesagt, dass es zu einer Verhandlung kommen könnte, er aber nicht davon ausgeht. So hat er das zu mir gesagt. Wort für Wort kann ich das aber heute nicht mehr wiedergeben. Das ist über ein Jahr her.

Über Vorhalt der Gesprächsnotiz vom 13.05.2015:

Ich kann heute nicht mehr sagen, ob *Mag. A* von uns gesprochen hat. Dazu kann ich keine Angaben machen.

Im Normalfall ist es bei uns in der Touristik nicht üblich Gesprächsnotizen zu machen, wenn eine Reise abgewickelt wird. Ich hätte auch nicht gewusst, dass ich in derartige Verhandlungen verwickelt werde und demnach weiß ich auch nicht, was für die Parteien wichtig wäre, was auch in einer Gesprächsnotiz drinnen stehen sollte.

Über Frage des *Revisionswerbers* zur Gesprächsnotiz der Zeugin, bzw. wann diese Gesprächsnotiz verfasst wurde:

Das Telefonat war um 16.00 Uhr. Jedenfalls zu der Zeit, wie im E-Mail auch angegeben gegen 17.09 Uhr, also ein bisschen vor dem Abschicken. Dieser Ausdruck wurde nicht geändert und ist auch nicht änderbar. Dieser ist in meinem Ordner abgespeichert, aber nicht privat. Ich habe das verfasst. Ich glaube, dass diese Notiz kein Dritter bekommen hat.

Über Frage des *Revisionswerbers*, ob *Mag. A* zu ihr gesagt hätte, wenn sie mir am Telefon, nämlich am 13. um 16.00 Uhr die Auskünfte gleich geben, ersparen wir uns die Verhandlung':

Nein, ich habe zu ihm gesagt, dass ich die Anfrage schriftlich bräuchte. Ich glaube, dass es Telefonate mit unserer Rechtsabteilung gegeben hat noch. Sonst kann ich mich nicht daran erinnern.

Über Frage des *Revisionswerbers*, ob es wegen dem einen Gespräch am 13.05.2015 um 16.00 Uhr auch ein weiteres Gespräch mit den NÖ. Landesdienststellen, nämlich die Zeugen mit dem Landesverwaltungsgericht oder mit anderen Dienststellen des Landes NÖ. gegeben hat, nämlich dass sie angerufen hätte oder angerufen wurde:

Das weiß ich heute nicht mehr. Mit unserer Rechtsabteilung schon. Ich habe dann mit unserer Rechtsabteilung telefoniert in der Sache selbst. Selbst wurde, glaube ich, nicht angerufen und mir wurde auch nicht mitgeteilt von unserer Rechtsabteilung, dass es weitere Telefonate gegeben hat. Darüber hinaus kann ich dazu keine weiteren Angaben machen.

Über Frage des *Dr. B.*, Vertreter des Landes NÖ. und über Vorhalt, dass es eine Vorwarnung des *Revisionswerbers* gegeben hätte und wann die gegeben worden wäre und welchen Inhalt diese hatte und was hier gesagt wurde:

Die Frage des *Revisionswerbers* kann ich nicht mehr terminlich einordnen. Es war so, dass der *Revisionswerber* bei uns im Büro war, um eine schriftliche Bestätigung seitens *Y* Verkehrsbüro, dass er über uns die Reise organisiert hat, welche ich ihm dann ausgestellt habe, dass *Y* Reisevermittler für Flug, Hotel, Transfer und Bus ist, mit meinem Namen darunter und da war es dann so, dass der *Revisionswerber* gesagt hat, dass er diese Bestätigung braucht zur Vorlage und es sein kann, dass sich eventuell bei mir jemand meldet und mir noch Fragen zu dieser Reise stellt. Ich sollte mir aber wenn möglich, wenn sich jemand meldet, eine Gesprächsnotiz machen, wobei das für mich zu diesem Zeitpunkt so war, ja das schreibe ich mir halt auf, wenn mich jemand anruft, aber in der Tourismusbranche, das war der Sachverhalt.

Über weitere Fragen des *Dr. B.*, ob sie über diese Gesprächsnotiz mit dem *Revisionswerber* gesprochen hat und ihm berichtet hat, dass es eben diesen Anruf gegeben hat und dass sie diese Gesprächsnotiz gemacht hat:

Ja, das habe ich dem *Revisionswerber* auch gesagt. Er war Kunde von mir. Die Reise ist gut abgelaufen und hat gepasst und dann bekommt man einen Anruf vom Landesverwaltungsgericht. Ich habe gedacht, ich hätte was angestellt. Dann habe ich eben den *Revisionswerber* angerufen und habe ihm gesagt, dass ich einen Anruf bekommen hätte und um was es da gehen würde und was da los wäre. Das entspricht jedenfalls nicht einer Angelegenheit unseres Tagesgeschäftes. Den Inhalt des Gespräches mit *Mag. A* habe ich mitgeteilt. Die Bezeichnung '*Z-Verein*' wurde mir gegenüber nicht erwähnt. Ich verweise auf meine weiteren Angaben. Ich wiederhole noch einmal, dass Herr *Mag. A* gesagt hat, dass es zu einer Verhandlung kommen könnte, er aber nicht davon ausgeht. Ich verweise da auf meine vorgelegte Gesprächsnotiz. Wie der *Revisionswerber* in seiner Gesprächsnotiz angeführt hat, dass jetzt schon kein Zweifel bestünde, dass der *Revisionswerber* die Reise organisiert hat und eine Verhandlung sich deshalb wegen seiner nunmehr schon bestehenden Überzeugung erübrigen würde, das hat Herr *Mag. A* nicht zu mir gesagt.

Über Frage des *Dr. B.*, ob *Mag. A* in irgendeiner Weise versucht hat, ihr nahe zu legen, welche Aussagen oder Informationen er von ihr erwarte, wenn sie als Zeugin einvernommen würde:

Nein, er wollte mir am Telefon fragen stellen, wobei ich dann gesagt habe, dass ich keine Auskünfte geben dürfte und er möge mir das in schriftlicher Form zukommen lassen. Dann war die Frage, in welcher Form, per Fax oder E-Mail und ich habe die Frage beantwortet, per Brief. Dann hat er mir einen Brief geschickt und da sind die Fragen erst dezidiert drinnen gestanden, die ich aber dann beantwortet habe. Das ist über unsere Rechtsabteilung gelaufen. Er hat mir nicht gesagt, was ich sagen soll, das sicher nicht."

31 Auch legte die Zeugin X die von ihr aufgenommene Notiz betreffend das Gespräch mit dem Vorsitzenden vor, in welcher es wie folgt heißt (*Schreibweise im Original*):

"Nachfrage (lt. Tel. 13.05. ca 16.00 Uhr) ob wir Bestätigen können dass *Z-Verein* (wortlaut war nicht genau bekannt) bei uns gebucht haben....

Er denkt, dass *der Revisionswerber* das selbst organisiert hat und ist sich diesbezüglich ziemlich sicher dass er die ganze Gruppe organisiert hat...

Auf seine Aufforderung hat er nur Flugticket und unsere Bestätigung (Y) vorgelegt

Daher de3r Kontakt it unserem Büro Ob Möglichkeit besteht, dass man auch ihm die Bestätigung gibt dass die Gruppe bei uns gebucht hat..

Evtl. Teilnehmerzahl.....

Meine Antwort: ja aber nur gegen schriftliche Aufforderung....

Info, dass es evtl. zu einer Gerichtsverhandlung kommen könnte....er aber nicht davon ausgeht....

Ist sich sicher, dass *der Revisionswerber* das selbst organisiert hat, da er gerne im Mittelpunkt steht und sich als Obmann gerne in den Vordergrund hebt....

Weiß über Zahlungsmodalitäten nicht Bescheid....braucht er auch nicht genau, nur ca. Teilnehmeranzahl....

Schriftliche Anforderung an *den Revisionswerber*

Ansprechperson bei so einer großen Gruppe...

Vermittlung seitens Y...."

32 Über Auftrag des Verwaltungsgerichtshofes nahm der Vorsitzende des erkennenden Senates, Mag. A, am 21. Juli 2016 zum Inhalt des Telefonates vom 13. Mai 2015 wie folgt Stellung:

"Unmittelbarer Anlass der telefonischen Kontaktaufnahme vom 13. Mai 2015 war die mit aufgeforderter Stellungnahme vom 12. Mai 2015 vom Revisionswerber erhobene Behauptung, dass es im Reisebüro keinen konkreten Ansprechpartner gegeben habe und er einen konkreten Namen nicht nennen könne. Das Motiv dieser telefonischen Kontaktaufnahme bestand seitens des Gefertigten - wie bereits bei der Aufforderung zur Stellungnahme vom 5. Mai 2015 - ausschließlich darin, für die vom Revisionswerber beantragte mündliche Verhandlung einen namentlich ladungsfähigen Zeugen zum Beweisthema des zeitlichen und umfänglichen Ablaufs der Reisebuchung ausfindig zu machen. Als die Zeugin sich am Telefon nach Vorstellung des Gefertigten sofort als die zuständige Sachbearbeiterin für die gegenständliche Reise zu erkennen gab, begann der Gefertigte, den Grund für seinen Anruf mit der Suche nach bisher unbekannten Zeugen zu erklären, als die Zeugin überraschend anmerkte, dass ihr vom Revisionswerber ‚so ein Anruf‘ bereits anlässlich der Ausstellung der am 12. Mai 2015 vorgelegten Urkunde angekündigt worden sei. Da die Zeugin hörbar beunruhigt nachfragte, was ihr denn vorgeworfen werde, stellte der Gefertigte sogleich klar, dass sich das Verfahren nicht gegen die Zeugin richte, sondern dienstrechtlicher Natur sei. Daraufhin äußerte sich die Zeugin hörbar erstaunt darüber, dass der Gefertigte erst nach Zeugen suchen müsse, zumal dem Revisionswerber genau bekannt sei, dass die Zeugin die gesamte Gruppenreise in seinem Auftrag allein bearbeitet habe. Der Gefertigte unterbrach diese Schilderung mit dem Hinweis darauf, dass genau diese Frage Gegenstand des Beweisverfahrens sein werde, zu dem sie als Zeugin gebraucht werde. Daraufhin gab die Zeugin zu erkennen, dass ihr anstelle einer mündlichen Vernehmung im Beisein des Revisionswerbers die Möglichkeit einer schriftlichen Stellungnahme lieber wäre, zumal anhand der schriftlichen Unterlagen der gesamte Ablauf der Reiseplanung auch ohne ihre mündliche Aussage vollständig nachvollzogen werden könne. Daraufhin stellte der Gefertigte klar, dass er diesem Wunsch zwar im ersten Schritt nachkommen könne, der Revisionswerber jedoch das Recht auf eine persönliche Befragung im Rahmen einer öffentlichen mündlichen Verhandlung habe.

Richtig ist, dass der Gefertigte im Zuge dieses Telefonats die unaufgeforderte Bemerkung der Zeugen, dass der Revisionswerber ‚natürlich‘ die gesamte Pilgerreise organisiert habe, mit dem Hinweis beantwortete, dass genau das von der Behörde behauptet werde. Der Gefertigte kann mit absoluter Gewissheit ausschließen, dass er im Zuge dieses Telefonats eine eigene Überzeugung über den im Beweisverfahren festzustellen Sachverhalt hatte oder zum Ausdruck brachte. Zusammengefasst hat das Telefonat einzig der Ausfindigmachung der vom Revisionswerber als unbekannt behaupteten Zeugin gedient. Dass der diesbezügliche Erfolg des Gesprächs entgegen der ursprünglichen Absicht des Gefertigten nicht zur sofortigen Ausschreibung der öffentlichen mündlichen Verhandlung, sondern vorgeschaltet zur schriftlichen Aufforderung zur Stellungnahme führte, ist einzig auf den erwähnten Wunsch der Zeugin zurückzuführen. Eine Absicht, die beantragte öffentliche mündliche Verhandlung durch das Telefonat zu ‚ersetzen‘, bestand zu keinem Zeitpunkt. In diesem Gespräch hat der Gefertigte weder eine eigene Auffassung oder Einschätzung zur Frage geäußert, ob der Revisionswerber die in Rede stehende Reise organisiert hat noch eine Einschätzung zu den Tatsachengrundlagen oder zum Charakter des Revisionswerbers geäußert."

33 Die Niederösterreichische Landesregierung erstattete am 27. Juli 2016 (unaufgefordert) eine Stellungnahme zum Ergebnis der Rechtshilfeinvernahmen; der Revisionswerber erstattete über Vorhalt durch den Verwaltungsgerichtshof am 23. August 2016 eine Stellungnahme zu den Angaben des Vorsitzenden Mag. A.

34 Als Ergebnis des durchgeführten Beweisverfahrens geht der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass der in der Zulassungsbegründung der Revision zur Dartuung einer Befangenheit des Vorsitzenden Mag. A behauptete Sachverhalt nicht festgestellt werden konnte. Insbesondere konnte nicht festgestellt werden, dass der

Vorsitzende eine eigene Auffassung oder Einschätzung zur Person des Organisators der in Rede stehenden Reise oder zum Charakter des Revisionswerbers geäußert hätte.

35 Diese Feststellung gründet auf folgende Beweiswürdigung:

36 In Ansehung der entscheidungserheblichen Frage, welche Äußerungen Mag. A in seinem Telefonat mit der Zeugin X abgegeben hat, liegen als unmittelbare Beweisergebnisse einerseits die Stellungnahme des Erstgenannten und andererseits die Aussagen und Aufzeichnungen der Zweitgenannten vor. Letztere sind nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes aus folgenden Gründen nicht geeignet, die Stellungnahme des Vorsitzenden zu entkräften:

37 Dieser schilderte zunächst das mit der Zeugin X geführte Gespräch in sich schlüssig und nachvollziehbar. Dies gilt auch für die Angabe des Mag. A, er habe das Telefonat in der Absicht geführt, eine informierte Vertreterin oder einen informierten Vertreter des Reisebüros ausfindig zu machen, um sie oder ihn sodann ad personam als Zeugen zu laden. Die in diesem Zusammenhang vom Revisionswerber ins Treffen geführte gerichtliche Praxis, die Zeugenladung direkt an einen nicht genannten informierten Vertreter eines Unternehmens zu senden, besteht zwar notorischerweise gleichfalls, hat aber freilich den Nachteil, dass eine Nichtbefolgung einer solchen Zeugenladung sanktionslos bliebe. Vor diesem Hintergrund erscheint es keinesfalls unglaubwürdig, dass der Vorsitzende in der von ihm geschilderten Weise vorgehen wollte.

38 Im Gegensatz zu den Behauptungen des Revisionswerbers sind die Angaben des Mag. A auch nicht deshalb widersprüchlich, "weil einerseits angegeben wird, dass die beantragte mündliche Verhandlung nie durch das Telefonat zu ersetzen war und andererseits der Zeugin die Möglichkeit zur schriftlichen Stellungnahme gegeben wurde, weil diese eine schriftliche Stellungnahme gegenüber der mündlichen Verhandlung bevorzugt hätte". Die Angabe des Mag. A, wonach er zu keinem Zeitpunkt die Absicht gehabt habe, die Verhandlung durch ein Telefonat zu "ersetzen", bezieht sich auf die Abhaltung der Verhandlung an sich, während die Frage, ob die zeugenschaftliche Einvernahme der X durch eine schriftliche Stellungnahme ersetzt werden könne, sich lediglich auf einen Teilaspekt der durchzuführenden Verhandlung, nämlich der Frage, ob die Zeugin dort unmittelbar gehört werden sollte, bezog. Im Übrigen hat der Vorsitzende nach seinen Angaben in diesem Zusammenhang die Zeugin ohnedies darauf hingewiesen, dass der Revisionswerber - ungeachtet einer vorliegenden schriftlichen Stellungnahme - das Recht habe, eine unmittelbare Einvernahme der Zeugin zu beantragen.

39 Den - sohin schlüssigen - Angaben des Mag. A stehen die Angaben der Zeugin X in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich, in ihrer Rechtshilfevernehmung sowie ihre schriftlichen Notizen gegenüber. Für die (subjektive) Glaubwürdigkeit der Zeugin X könnte die Tatsache sprechen, dass sie ihre Angaben unter der strafrechtlichen Sanktion einer Verletzung der Wahrheitspflicht abgab und überdies kein persönliches Interesse am Ausgang des Revisionsverfahrens hatte. Andererseits spricht für die subjektive Glaubwürdigkeit des Senatsvorsitzenden, dass eine schuldhaft unrichtig abgegebene Stellungnahme gravierende disziplinarrechtliche Sanktionen gegen ihn zur Folge hätte.

40 Gegen die (objektive) Glaubwürdigkeit und Verlässlichkeit der Angaben der Zeugin X in ihrer Gesamtheit sprechen aber die beträchtlichen inhaltlichen Unterschiede zwischen ihren Angaben in der Verhandlung vom 29. Juli 2015 einerseits und in ihrer Rechtshilfevernehmung andererseits:

41 In der erstgenannten Vernehmung wusste sie nämlich gerade zu den zur Begründung der Befangenheit des Mag. A ins Treffen geführten Umständen nichts zu berichten.

42 Über diesbezügliche Frage durch den Dienstgebervertreter wurde von der Zeugin ausdrücklich verneint, dass der Vorsitzende den Revisionswerber als Organisator der Reise erwähnt hätte.

43 Unmittelbar danach relativierte die Zeugin X ihre diesbezüglichen Angaben über Nachfrage der Vertreterin des Revisionswerbers dahingehend, dass sie sich nicht mehr sicher sei.

44 Demgegenüber erstattete die Zeugin X in ihrer Rechtshilfevernehmung ins Detail gehende Angaben über den Verlauf des Gesprächs mit dem Vorsitzenden, welche den Eindruck erwecken, dass sie aus einem präzise erinnerten Gespräch stammen.

45 In diesem Zusammenhang mag es zutreffen, dass die Zeugin zum Zwecke dieser Einvernahme zuvor in die genannte E-Mail Einsicht genommen hat, was geeignet gewesen sein könnte, Erinnerungslücken zu füllen. Umgekehrt erscheint es schwer nachvollziehbar, dass es die Zeugin unterlassen hätte, auch schon aus Anlass der Vorbereitung auf ihre Einvernahme in der Verhandlung vom 29. Juli 2015 zu versuchen, das von ihr später ja als besonders auffällig qualifizierte Verhalten des Vorsitzenden in dem genannten Telefonat zu rekapitulieren (und zu diesem Zweck auch die E-Mail zu lesen).

46 Hinzu kommt noch, dass der Revisionswerber selbst - und zwar unter Zeugenpflicht - ausdrücklich bestätigt, dass die Zeugin X ihm gegenüber im unmittelbaren Anschluss an das genannte Telefonat eine Schilderung desselben abgegeben hat, welche in nicht unmaßgeblichen Punkten von der von ihr in ihrer Rechtshilfevernehmung behaupteten abwich.

47 Dies betrifft insbesondere die Frage, ob Mag. A erklärt habe, es werde sich eine Verhandlung erübrigen, weil er ohnehin schon davon überzeugt sei, dass der Revisionswerber die Reise organisiert hätte und gilt darüber hinaus für die nach dem Inhalt der Gesprächsnotiz des Revisionswerbers von der Zeugin in den Raum gestellten Behauptung einer offensichtlichen Verärgerung des Vorsitzenden "über seinen telefonischen Misserfolg".

48 Wollte man sohin den Angaben des Revisionswerbers in seiner zeugenschaftlichen Einvernahme folgen, so hätte die Zeugin X ihm gegenüber von dem von ihr später als Zeugin dargelegten Verlauf des Gesprächs abweichende Angaben gemacht.

49 Vor diesem Hintergrund erscheint auch die von der Zeugin erstellte Gesprächsnotiz keine ausreichende Sicherheit für die inhaltliche Richtigkeit des dort skizzierten Gesprächsverlaufes zu bieten.

50 Ohne der Zeugin X bewusst falsche Angaben unterstellen zu wollen, vermag sich der Verwaltungsgerichtshof des Eindruckes nicht zu erwehren, dass diese Zeugin eine (wohl unbewusste) Neigung aufzuweisen scheint, Gegebenheiten so zu schildern wie sie glaubt, dass es von ihr in der jeweiligen Situation erwartet wird. Dies und eine Fehlinterpretation der Äußerung des Vorsitzenden betreffend das Vorbringen der Dienstbehörde zur Person des Organisators der Reise könnten die Gesprächsnotiz und das folgende Verhalten der Zeugin X erklären.

51 Vor dem Hintergrund der oben aufgezeigten Widersprüche in den verschiedenen Angaben der Zeugin X einerseits und den Widersprüchen zwischen ihren Angaben und jenen des Vorsitzenden bzw. jenen des Revisionswerbers andererseits sind die Angaben dieser Zeugin nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes nicht geeignet, die Richtigkeit der Stellungnahme des Vorsitzenden mit der für eine Sachverhaltsfeststellung erforderlichen an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit zu entkräften.

52 Daraus folgt aber, dass die in der Revision als Zulassungsgrund gerügte Befangenheit nicht vom tatsächlich vorliegenden Sachverhalt ausgeht. Die Teilnahme des Vorsitzenden Mag. A an der Verhandlung und Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich war auf Basis des von ihm geschilderten Gesprächsverlaufes jedenfalls nicht unvertretbar und hat keine tragenden Grundsätze des Verfahrensrechtes verletzt.

53 Als weiteren Zulassungsgrund führt der Revisionswerber Folgendes ins Treffen:

54 Es stelle sich die als grundsätzlich zu qualifizierende Rechtsfrage, ob ein Beamter nicht nur seine Abwesenheit vom Dienst, sondern auch seine Abwesenheit vom "Ort des Krankenstandes" zu rechtfertigen hätte, wie das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich verneine.

55 Dem ist Folgendes zu erwidern:

56 § 31 Abs. 1, 2 und 4 DPL 1972 in der Fassung dieses Paragraphen nach dem Landesgesetz LGBL. 2200-70 lautet:

"§ 31

Abwesenheit vom Dienst

(1) Ist der Beamte am Dienst verhindert, so hat er dies dem Dienststellenleiter sobald als möglich unter Angabe des Grundes anzuzeigen.

(2) Ist die Dienstverhinderung durch Krankheit verursacht, so hat der Beamte dies durch ein ärztliches Zeugnis nachzuweisen, wenn es die Dienstbehörde verlangt oder wenn die Dienstverhinderung länger als drei Tage dauert. Der Beamte hat dafür vorzusorgen, daß seine Dienstverhinderung überprüft werden kann. Kommt der Beamte diesen Verpflichtungen nicht nach, entzieht er sich einer zumutbaren Krankenbehandlung oder verweigert er die zumutbare Mitwirkung an einer ärztlichen Untersuchung, so gilt die Abwesenheit vom Dienst nicht als gerechtfertigt.

...

(4) Hat eine ungerechtfertigte Abwesenheit vom Dienst länger als einen Tag gedauert oder war der Beamte durch Haft, ausgenommen Untersuchungshaft, an der Dienstleistung verhindert, so verliert er für diese Zeit den Anspruch auf seine Bezüge und Nebengebühren. Der Dienststellenleiter kann an Stelle des Geldleistungsentfalles die Anrechnung der versäumten Dienstage auf den noch nicht verbrauchten Erholungsurlaub bewilligen, wenn dies aus sozialen Gründen geboten erscheint. Den schuldlosen Angehörigen eines in Haft befindlichen Beamten gebührt ab dem auf den Geldleistungsentfall folgenden Monatsersten ein Versorgungsgeld sinngemäß nach § 89 Abs. 2 und 11."

57 Mit der oben dargestellten Rechtsfrage zeigt der Revisionswerber deshalb keine Zulässigkeit seiner Revision gegen Spruchpunkt 1. des angefochtenen Erkenntnisses auf, weil das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich seine Feststellung betreffend den Entfall der Bezüge nicht nur auf das Unterbleiben der Meldung des "Krankenstandsortes" gestützt hat, sondern darüber hinaus auf die selbstständig tragende Alternativbegründung einer Unterlassung der zumutbaren Mitwirkung an einer ärztlichen Untersuchung (durch Erschleichung der Verschiebung eines anberaumten Untersuchungstermines). Im Zusammenhang mit dieser tragenden Alternativbegründung wirft die Zulässigkeitsbegründung keine grundsätzlichen Auslegungsfragen auf, sodass der dort genannten Rechtsfrage keine Entscheidungserheblichkeit zukommt (vgl. hiezu die hg. Beschlüsse vom 19. April 2016, Ra 2016/12/0039, und vom 23. März 2016, Ro 2015/12/0016).

58 Aus diesen Gründen war die Revision gegen Spruchpunkt 1. des angefochtenen Erkenntnisses in einem gemäß § 12 Abs. 2 VwGG gebildeten Senat gemäß § 34 Abs. 1 und 3 VwGG zurückzuweisen.

59 In Ansehung des Spruchpunktes 2. des angefochtenen Erkenntnisses wird als Zulassungsgrund geltend gemacht, dass das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich die Zurückweisung seines Eventualantrages gemäß § 31 Abs. 4 zweiter Satz DPL 1972 durch die Niederösterreichische Landesregierung wegen deren Unzuständigkeit nicht hätte bestätigen dürfen. Vielmehr wäre der Antrag gemäß § 6 AVG an die zuständige Behörde (den Dienststellenleiter) weiterzuleiten gewesen.

60 Damit zeigt der Revisionswerber die Zulässigkeit seiner Revision gegen diesen Spruchpunkt und auch deren inhaltliche Berechtigung auf:

61 Die diesbezügliche Begründung des angefochtenen Erkenntnisses verstößt zunächst gegen die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach im Falle der Unzuständigkeit einer Behörde Anträge nicht zurückgewiesen werden dürfen, sondern vielmehr gemäß § 6 AVG weiterzuleiten sind (vgl. hierzu etwa das hg. Erkenntnis vom 25. September 2007, 2004/18/0223 mwH). Im Übrigen hat der Revisionswerber - anders als in der Revisionsbeantwortung behauptet wird - nicht auf einer Entscheidung der unzuständigen Behörde "beharrt", weil der Vorhalt der Dienstbehörde vom 14. November 2014 sich nicht auf eine Unzuständigkeit derselben stützte, sondern auf eine Unzulässigkeit des Antrages mangels Eingeständnisses der ungerechtfertigten Abwesenheit.

62 Der Revisionswerber hat den diesbezüglichen Antrag als Eventualantrag formuliert, ihn also nur für den Fall gestellt, dass die Gebührlichkeit von Geldleistungen für den strittigen Zeitraum nicht festgestellt wird. Jedenfalls dann, wenn der Entfall der Bezüge rechtskräftig feststeht, erweist sich ein Antrag auf eine solche Verfügung als zulässig, auch wenn der Antragsteller (bis dahin) den Standpunkt vertrat, ihm stünden diese Geldleistungen auch ohne eine solche Verfügung zu.

63 Durch die im angefochtenen Erkenntnis erfolgte Bestätigung des Spruchpunktes 1. des angefochtenen Bescheides durch das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich wurde eine solche Feststellung rechtskräftig getroffen, wodurch auch die Zulässigkeit des für diesen Fall gestellten Eventualantrages begründet wurde. Die Zuständigkeit zur Prüfung der inhaltlichen Berechtigung des mit Erlassung des Spruchpunktes 1. des angefochtenen Erkenntnisses wirksam und zulässig gewordenen Eventualantrages kam dem Dienststellenleiter zu. Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich durfte diesen Antrag nach dem Vorgesagten daher nicht im Instanzenzug (wegen Unzuständigkeit der Niederösterreichischen Landesregierung zu seiner Behandlung) zurückweisen.

64 Das angefochtene Erkenntnis war daher in seinem Spruchpunkt 2. wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

65 Die vom Revisionswerber beantragte mündliche Verhandlung zu diesem Spruchpunkt konnte aus dem Grunde des § 39 Abs. 2 Z. 4 VwGG entfallen.

66 Die Kostenentscheidung gründet auf die §§ 47 ff, insbesondere auf § 50 VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013.

Wien, am 19. Oktober 2016

European Case Law Identifier

ECLI:AT:VWGH:2016:RA2015120081.L00