

TE Bwvg Erkenntnis 2020/8/5 W170 2232544-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.08.2020

Entscheidungsdatum

05.08.2020

Norm

B-VG Art133 Abs4
HDG 2014 §17 Abs1
HDG 2014 §72 Abs3
HDG 2014 §72 Abs4
HDG 2014 §75 Abs1
HDG 2014 §90 Abs3
VwGVG §27
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W170 2232542-1/6E
W170 2232543-1/6E
W170 2232544-1/6E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter Mag. Thomas MARTH über die Beschwerden

I. von Vzlt. XXXX , vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Wolfgang Kleinhappel, gegen den Einleitungsbeschluss der Disziplinarkommission für Soldaten beim Bundesministerium für Landesverteidigung vom 29.04.2020, Zl. 1045-04-DKS/19,

II. von OStv. XXXX , vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Wolfgang Kleinhappel, gegen den Einleitungsbeschluss der Disziplinarkommission für Soldaten beim Bundesministerium für Landesverteidigung vom 30.04.2020, Zl. 1046-04-DKS/19, und

III. von OStv. XXXX , vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Wolfgang Kleinhappel, gegen den Einleitungsbeschluss der Disziplinarkommission für Soldaten beim Bundesministerium für Landesverteidigung vom 30.04.2020, Zl. 1047-04-DKS/19

zu Recht:

A) Die Einleitungsbeschlüsse werden gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG wegen rechtswidriger Zusammensetzung des erkennenden Senates der Disziplinarkommission für Soldaten als rechtswidrig aufgehoben.

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Das Bundesverwaltungsgericht hat über die zulässige und rechtzeitige Beschwerde erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Gegen Vzlt. XXXX, OStv. XXXX und OStv. XXXX – alle drei sind im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehende Unteroffiziere der Heerestruppenschule, Institut Pioniere in Eisenstadt – wurde mit den im Spruch zitierten Bescheiden (Einleitungsbeschlüssen) nach Einleitung des Disziplinarverfahrens durch den Einheitskommandanten am 17.09.2019, nach Erstattung einer Anzeige an die Staatsanwaltschaft am 06.06.2019 und nach Erstattung einer entsprechenden Disziplinaranzeige an die Disziplinarkommission für Soldaten beim Bundesministerium durch diese jeweils ein Disziplinarverfahren eingeleitet.

1.2. Mit Schreiben vom 23.03.2020 wurde ObstdIntD Mag. iur. XXXX von Obst XXXX „bezugnehmend auf die COVID – 19 Lage“ um Vertretung „in den Fällen des Senates 2 und 3 ersucht, die bereits von der Kanzlei DKS übermittelt wurden“. Ob sich dieses Schreiben, dem keine Aktenzahl zu entnehmen ist, auf das gegenständliche Verfahren bezieht und ob Obst XXXX verhindert war, den Vorsitz zu führen, ist dem Schreiben sowie dem gesamten vorgelegtem Akt nicht zu entnehmen.

Gegen Bgdr Mag. iur. XXXX wurde ein Kommandantenverfahren eingeleitet, das noch offen ist, Obst XXXX trat mit Ablauf des 30.11.2019 in den Ruhestand.

Die Einleitungsbeschlüsse wurden in weiterer Folge unter dem Vorsitz von ObstdIntD Mag. iur. XXXX sowie unter Mitwirkung von Vzlt. XXXX und Vzlt. XXXX beschlossen. Im Beschluss finden sich keine weiteren Hinweise auf die Zusammenstellung des Senates der erkennenden Behörde, insbesondere nicht auf eine allfällige Verhinderung von vor Vzlt. XXXX und Vzlt. XXXX gereihten Mitgliedern des zuständigen Senates.

Die beisitzenden Mitglieder wurden vom Vorsitzenden auf folgende Art und Weise ausgewählt:

Der Vorsitzende versuchte wie in jeder Rechtsache, das jeweils erstgereichte weitere Mitglied – das sind Vzlt XXXX und Vzlt. XXXX – telefonisch zu erreichen, wenn dieses nicht erreichbar war, erfolgte ein Anruf beim zweitgereichten und so weiter. Die vor den oben genannten, beigezogenen weiteren Mitgliedern gereihten Mitglieder waren nicht erreichbar.

Die vor Vzlt XXXX gereihten Mitglieder wurden aus folgenden Gründen nicht herangezogen:

Vzlt XXXX befand sich im Homeoffice, Vzlt XXXX befand sich auf Dienstzuteilung in der FAmb BELGIER-Kaserne, Vzlt XXXX befand sich im Homeoffice, Vzlt XXXX hatte einen Kuraufenthalt geplant, Vzlt XXXX befand sich seit 30.11.2019 im Ruhestand, Vzlt XXXX war telefonisch nicht erreichbar, Vzlt XXXX befand sich in der Vorbereitung des Ruhestandes.

Die vor Vzlt XXXX gereihten Mitglieder wurden aus folgenden Gründen nicht herangezogen:

Vzlt XXXX war beim Sicherheitsdienst bei einem anderen Objekt, Vzlt XXXX war bei einem Arztbesuch, Vzlt XXXX war bis 29.07.2020 auf Erholungsurlaub, Vzlt XXXX war als Personalvertreter dienstfreigestellt, Vzlt XXXX war bis 05.08.2020 auf Erholungsurlaub.

1.3. Die Einleitungsbeschlüsse wurden dem gemeinsamen Vertreter der Beschwerdeführer mit E-Mail jeweils am 30.04.2020 übermittelt und am 04.05.2020 gelesen.

Die Beschwerden wurden vom Vertreter der Beschwerdeführer jeweils am 29.05.2020 zur Post gegeben. In der Beschwerde wurde insbesondere die Zusammensetzung des Senates gerügt, da nach Ansicht der Beschwerdeführer ObstdIntD Mag. iur. XXXX unzuständig gewesen sei.

2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus der unstrittigen Aktenlage der vorgelegten Verwaltungsakte, die Feststellung zur Einleitung des Kommandantenverfahrens gegen Bgdr Mag. iur. XXXX sowie den Antritt des Ruhestandes des Obsts XXXX aus dem Amtswissen.

Hinsichtlich der Auswahl der beisitzenden Mitglieder ist auf das Schreiben der belangten Behörde vom 28.07.2020, Gzen 1045-07-DKS/19 u.a. zu verweisen, das der Entscheidung zu Grunde gelegt wird.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

3.1. Zur Besetzung des Spruchkörpers des Bundesverwaltungsgerichts:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 90 Abs 3 HDG ist für die Disziplinkommission und die bei ihr anhängigen Verfahren die bis zum Ablauf des Tages der Kundmachung der 2. Dienstrechts-Novelle 2019, BGBl. I Nr. 58/2019, geltende Rechtslage bis zum Ablauf des 30. September 2020 weiter anzuwenden. Ab 1. Oktober 2020 sind diese Verfahren durch die zuständigen Disziplinarsenate in der Bundesdisziplinarbehörde als Senatsverfahren fortzuführen. In Disziplinarverfahren, in denen bis zum Ablauf des 30. September 2020 noch kein Disziplinarerkenntnis verkündet wurde, ist durch den zuständigen Disziplinarsenat in der Bundesdisziplinarbehörde in jedem Fall eine mündliche Verhandlung durchzuführen. Da sich § 90 Abs. 3 HDG nur auf die Behörde bezieht und diese § 75 Abs. 1 HDG (siehe unten), der sich wiederum nur auf das Bundesverwaltungsgericht bezieht, jedenfalls nicht anzuwenden hat und daher die alte Fassung des § 75 Abs. 1 HDG auch über § 17 VwGVG nicht anwendbar ist, hat das Bundesverwaltungsgericht § 75 Abs. 1 HDG in der Fassung BGBl. I Nr. 102/2019 anzuwenden.

Gemäß § 75 Abs. 1 HDG (in der Fassung BGBl. I Nr. 102/2019) hat das Bundesverwaltungsgericht nur über Beschwerden (1.) gegen ein Erkenntnis der Bundesdisziplinarbehörde, mit dem die Disziplinarstrafe der Entlassung oder der Unfähigkeit der Beförderung und Degradierung oder der Verlust aller aus dem Dienstverhältnis fließenden Rechte und Ansprüche verhängt wurde, und (2.) gegen ein Erkenntnis der Bundesdisziplinarbehörde, sofern der Disziplinaranwalt die Beschwerde erhoben hat durch einen Senat zu entscheiden.

Gegenständlich liegt eine Beschwerde gegen einen Beschluss auf Dienstenthebung vor, daher ist vom Bundesverwaltungsgericht in Einzelrichterbesetzung zu entscheiden.

3.2. Zum Prüfumfang des Bundesverwaltungsgerichts:

Gemäß § 27 1. Fall VwGVG hat das Verwaltungsgericht, soweit es nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, den angefochtenen Bescheid auf Grund der Beschwerde zu überprüfen. Das bedeutet, dass der erste Prüfschritt des Verwaltungsgerichts immer der Zuständigkeit der belangten Behörde gilt.

Kollegialbehörden unterliegen nach der – wenn auch auf den vor dem 31.12.2014 abstellenden Zeitraum – Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auf Grund ihrer einem ordentlichen Gericht nahekommenden Stellung in der Frage der Zusammensetzung zur Durchführung fortgesetzter Verhandlungen denselben strengen Regeln, wie kollegial besetzte Gerichte (VwGH 20.11.2014, Ro 2014/07/0049). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist ein Kollegialorgan als unzuständige Behörde anzusehen, wenn es nicht in der nach dem Gesetz vorgeschriebenen Besetzung entscheidet; das trifft dann zu, wenn entweder bei der Entscheidung nicht die vorgeschriebene Zahl von Mitgliedern mitgewirkt hat oder Personen daran beteiligt waren, die als Mitglieder von der Mitwirkung ausgeschlossen waren oder bei denen es sich nicht um Mitglieder handelte (VwGH 11.03.1959, VfSlg. 3506; VwGH 22.06.1995, 93/09/0445; VwGH 15.04.1998, 94/09/0305; VwGH 23.11.2001, 98/02/0259; VwGH 25.02.2009, 2006/03/0071; VwGH 14.10.2011, 2008/09/0125).

Aktuell hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass er der Auffassung des Verfassungsgerichtshofes (VfGH 11.03.1959, VfSlg 3506/1959) beipflichte, dass die Bestellung zum Mitglied einer Kollegialbehörde die Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Willensbildung dieser Behörde mit sich bringt. Eine Stimmenthaltung von Mitgliedern einer Kollegialbehörde, die an der Verhandlung teilnehmen, kann somit ohne gesetzliche Ermächtigung nicht als zulässig angesehen werden. Ebenso teilt der Verwaltungsgerichtshof die Ansicht des Verfassungsgerichtshofes, dass durch

eine Stimmenthaltung nicht die vom Gesetz zur Entscheidung berufene Kollegialbehörde, sondern nur eine Fraktion derselben entscheidet, was eine unrichtige Zusammensetzung der Kollegialbehörde bewirkt, die dann zu einer Aufhebung der Entscheidung führen müsse (VwGH 02.06.2020, Ra 2018/11/0084-7). Selbiges muss nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes auch gelten, wenn eine Kollegialbehörde rechtswidrig zusammengesetzt ist.

Das Bundesverwaltungsgericht übersieht dabei nicht die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, nach der eine Aufhebung und Zurückverweisung gemäß § 28 Abs. 3 VwGVG – im Gegensatz zu einer Aufhebung wegen Unzuständigkeit – etwa nicht erfolgen dürfe, wenn ein befangenes Mitglied einer Kollegialbehörde (mit)entschieden habe; diesfalls kann der Verfahrensmangel durch eine Sachentscheidung des Verwaltungsgerichtes saniert werden (VwGH 30.01.2018, Ro 2017/08/0036).

Hier stellt sich aber nicht die Frage nach der Befangenheit, sondern nach der richtigen Besetzung des erkennenden Senates; dieser ist – bei entsprechenden Hinweisen im Akt – auch von Amts wegen nachzugehen (siehe § 27 VwGVG).

3.3. Zur Frage, ob der erkennende Senat der Disziplinarkommission für Soldaten beim Bundesministerium für Landesverteidigung richtig besetzt war:

Die Beschwerdeführer sind im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehende Unteroffiziere der Heerestruppende, Institut Pioniere in Eisenstadt.

3.3.1. Zur Rechtslage:

Die Geschäftseinteilung der Disziplinarkommission für Soldaten beim Bundesministerium für Landesverteidigung (DKS) für das Kalenderjahr 2020 mit Wirksamkeit vom 1. Jänner 2020, Verlautbarungsblatt II des Bundesministeriums für Landesverteidigung Nr. 7/2020 zuletzt geändert mit Verlautbarungsblatt II des Bundesministeriums für Landesverteidigung Nr. 15/2020 (in Folge: Geschäftseinteilung 2020), führt in ihrem Punkt VII. (Bisherige Zuständigkeiten bis 31. Dezember 2019) aus, dass die bis zum 31. Dezember 2019 mit den Bezug habenden Geschäftsordnungen verfügten Zuständigkeiten der Senate, bis zum Abschluss der jeweiligen Kommissionsverfahren bestehen bleiben und erhebt damit die Geschäftseinteilung der Disziplinarkommission für Soldaten beim Bundesministerium für Landesverteidigung (DKS) für das Kalenderjahr 2019 mit Wirksamkeit vom 1. Jänner 2019, Verlautbarungsblatt II des Bundesministeriums für Landesverteidigung Nr. 20/2019 (in Folge: Geschäftseinteilung 2019), zum Inhalt der Geschäftseinteilung 2020, soweit der Fall bereits 2019 in der Disziplinarkommission für Soldaten beim Bundesministerium für Landesverteidigung anhängig war, ohne auf diese zu verweisen. Womit das Problem, dass die Geschäftseinteilung der Disziplinarkommission für Soldaten beim Bundesministerium für Landesverteidigung für das Kalenderjahr 2019 von einem unzuständigen Organ erlassen wurde, nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes nicht auf die Geschäftseinteilung 2020 durchschlägt; widrigenfalls hätte der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 26.06.2020, V 344/2020-15 ua., nicht ausgesprochen, dass die Geschäftseinteilung der Disziplinarkommission für Soldaten beim Bundesministerium für Landesverteidigung (DKS) für das Kalenderjahr 2019 mit Wirksamkeit vom 1. Jänner 2019, Verlautbarungsblatt II des Bundesministeriums für Landesverteidigung Nr. 20/2019, gesetzwidrig war, sondern diese, da noch in Geltung, als gesetzwidrig aufgehoben.

Die relevanten Bestimmungen der Geschäftseinteilung 2019, die somit zum Teil der Geschäftseinteilung 2020 erhoben wurden, lauten

„I.

Die Disziplinarkommission entscheidet in 7 Senaten.

[...]

Senat 3

Dieser Senat ist zuständig für Disziplinar- und Dienstenthebungsangelegenheiten aller Unteroffiziere und Chargen im Dienstverhältnis und im Ruhestand, sowie für Überprüfungsanträge nach im Einsatz verhängten rechtskräftigen Disziplinarstrafen in den Bundesländern WIEN, NIEDERÖSTERREICH und BURGENLAND

Senatsvorsitzender:

XXXX

Senat 4

[...]

Senatsvorsitzender:

XXXX

Senat 6

[...]

Senatsvorsitzender:

XXXX

[...]

Weitere Mitglieder für die Senate 3, 5 und 7:

XXXX

Auf Vorschlag des Zentralausschusses bestellte weitere Mitglieder:

XXXX

II.

Verhinderung der Senatsvorsitzenden

Bei Verhinderung des Vorsitzenden der jeweiligen Senate aus dienstlichen oder persönlichen Gründen oder bei Vorliegen von Befangenheitsgründen gem. § 7 AVG vertritt

1. den Senatsvorsitzenden des Senates 1 der Senatsvorsitzende des Senates 6, ist auch dieser verhindert, vertritt der Senatsvorsitzende des Senates 4
2. den Senatsvorsitzenden der Senate 2 und 3 der Senatsvorsitzende des Senates 6, ist auch dieser verhindert, vertritt der Senatsvorsitzende des Senates 4
3. den Senatsvorsitzenden der Senate 4 und 5 der Senatsvorsitzende des Senates 2, ist auch dieser verhindert, vertritt der Senatsvorsitzende des Senates 6
4. den Senatsvorsitzenden der Senate 6 und 7 der Senatsvorsitzende des Senates 4, ist auch dieser verhindert, vertritt der Senatsvorsitzende des Senates 2.
5. Der drittgenannte Stellvertreter des Vorsitzenden tritt bei Verhinderung der in den Punkten 1 bis 4 genannten Vertretern in den jeweiligen Senat ein.

Die einmal begründete Zuständigkeit bleibt dann bestehen.

III.

Einteilung

1. Der Vorsitzende verteilt die einlangenden Geschäftsfälle an den jeweiligen Senatsvorsitzenden.
2. Die weiteren Mitglieder und die Ersatzmitglieder sind vom Senatsvorsitzenden vor Anberaumung des ersten gemeinsamen Beratungstermins nach Abschnitt IV festzulegen und dem Beschuldigten gem. § 72 Abs. 4 HDG 2014 gemeinsam mit dem Einleitungsbeschluss mitzuteilen. Zur Sicherstellung eines arbeitsfähigen Senats sind vom Senatsvorsitzenden allfällige Verhinderungsgründe von weiteren Mitgliedern und Ersatzmitgliedern in geeigneter Weise vorweg in Erfahrung zu bringen
3. Hinsichtlich der Zusammensetzung der Senate sind Dienstenthebungsverfahren wie Disziplinarverfahren zu behandeln. Im Dienstenthebungs- und Disziplinarverfahren ist grundsätzlich derselbe Senat einzuteilen. Allfällige Ergänzungen sind nach Abschnitt IV. vorzunehmen.

IV.

Weitere Mitglieder

1. Die weiteren Mitglieder und die vom Zentralausschuss bestellten weiteren Mitglieder sind in der in Abschnitt I zum jeweiligen Senat angeführten Reihenfolge heranzuziehen.
2. Bei Verhinderung eines weiteren Mitgliedes ist das nächste weitere vom Bundesminister für Landesverteidigung bzw. das nächste vom Zentralausschuss bestellte weitere Mitglied heranzuziehen.
3. Nach dem letztgereihten weiteren Mitglied bzw. des vom Zentralausschuss bestellten weiteren Mitgliedes, ist wieder das erstgereichte Mitglied bzw. das vom Zentralausschuss bestellte erste weitere Mitglied heranzuziehen.
4. In Angelegenheiten mit weiblichen Verdächtigen oder bei angezeigten Sachverhalten mit dem Verdacht auf Pflichtverletzungen gegenüber Soldatinnen hat zumindest ein weibliches Mitglied im Senat vertreten zu sein. In diesen Angelegenheiten ist das nächstgereichte vom Bundesminister für Landesverteidigung bestellte weibliche Mitglied heranzuziehen. Ist kein weiteres vom Bundesminister für Landesverteidigung bestelltes weibliches Mitglied einteilbar, so ist das nächste vom Zentralausschuss bestellte weitere weibliche Mitglied heranzuziehen. Bei der Einteilung ist analog der Ziffern 1 – 3 vorzugehen.

V.

Ersatzmitglieder

1. Als Ersatzmitglied ist jeweils jenes Mitglied heranzuziehen, das im jeweiligen Senat gemäß der im Abschnitt I bestimmten Reihenfolge angeführt ist.

2. Nach erstmaliger Heranziehung bleibt das Ersatzmitglied bis zum Abschluss des Verfahrens im Senat.
3. Bei Verhinderung dieses Ersatzmitgliedes ist das nächste Ersatzmitglied (analog Abschnitt IV) heranzuziehen.

VI.

Beteiligung mehrerer Soldaten an einer Pflichtverletzung und Begehung mehrerer Pflichtverletzungen durch einen Soldaten sowie anhängige Strafverfahren

1. Gemäß § 25 Abs. 1 HDG 2014 sind Disziplinarverfahren, sofern dieselbe Behörde zuständig ist

- a) hinsichtlich mehrerer Pflichtverletzungen desselben Beschuldigten und
- b) gegen mehrere Beschuldigte, deren Pflichtverletzungen in einem sachlichen Zusammenhang stehen zu verbinden.

Ist im Fall der Z 1. b) ein Kommissionsverfahren gegen Offiziere und andere Beschuldigte zu verbinden, so haben abweichend von § 18 Abs. 4 HDG 2014 als weitere Mitglieder des Senates ein Offizier und ein Unteroffizier tätig zu werden.

2. Langt gegen einen Beschuldigten, gegen den bereits ein Disziplinarverfahren anhängig ist, eine neuerliche Disziplinaranzeige bzw. ein Nachtrag ein, so kann aus verfahrensökonomischen Gründen die jeweilige mündliche Verhandlung nach § 25 Abs. 2 HDG 2014 zusammengelegt werden.

3. Ist zu einzelnen Punkten der Disziplinaranzeige ein Strafverfahren anhängig, so sind die anderen Punkte grundsätzlich ohne den Ausgang des Strafverfahrens abzuwarten, zu verhandeln.

[...]“

3.3.2. Zum eingeschrittenen Senatsvorsitzenden:

Die gegenständlichen Geschäftsfälle sind im Jahr 2019 angefallen und die betroffenen Beschwerdeführer sind im Burgenland eingesetzte Unteroffiziere. Es ist daher nach Geschäftseinteilung Pkt. I. der für Disziplinar- und Dienstenthebungsangelegenheiten aller Unteroffiziere und Chargen im Dienstverhältnis und im Ruhestand zuständige Senat 3 zuständig, wobei vorerst nur dessen Senatsvorsitzender, das ist grundsätzlich Bgdr Mag. iur. XXXX, tätig zu werden hatte.

Gemäß § 17 Abs. 1 Z 4 HDG ruht die Mitgliedschaft zur Disziplinarkommission (1.) während eines Strafverfahrens nach der Strafprozessordnung 1975 betreffend eine von Amts wegen zu verfolgende, mit Vorsatz begangene gerichtlich strafbare Handlung ab dem Zeitpunkt der Rechtskraft einer Anklageerhebung oder (2.) vom Zeitpunkt der Einleitung eines Disziplinarverfahrens bis zu dessen Einstellung oder rechtskräftigem Abschluss oder (3.) während einer, wenn auch nur vorläufigen, Dienstenthebung oder (4.) während einer Außerdienststellung oder (5.) während einer gerechtfertigten Abwesenheit von mehr als drei Monaten oder (6.) während einer Dienstleistung im Ausland.

Da gegen den Senatsvorsitzenden Bgdr Mag. iur. XXXX ein Kommandantenverfahren – also ein Disziplinarverfahren – eingeleitet wurde, ruht dessen Mitgliedschaft zur Disziplinarkommission. Gemäß Geschäftseinteilung 2019 Pkt. II. Z 2 vertritt bei Verhinderung des Vorsitzenden der jeweiligen Senate aus dienstlichen oder persönlichen Gründen oder bei Vorliegen von Befangenheitsgründen gemäß § 7 AVG den Senatsvorsitzenden der Senate 2 und 3 der Senatsvorsitzende des Senates 6, das ist Obst XXXX. Dieser trat mit Ablauf des 30.11.2019 in den Ruhestand, womit er in weiterer Folge auf Dauer verhindert war, in den gegenständlichen Verfahren tätig zu werden. Damit ging die Zuständigkeit der Vorsitzführung am 01.12.2019 gemäß Geschäftseinteilung 2019 Pkt. II. Z 2 auf den Vorsitzenden des Senates IV., Obst XXXX, über.

Da – wie oben ausgeführt – die Geschäftseinteilung 2020 in ihrem Punkt VII. (Bisherige Zuständigkeiten bis 31. Dezember 2019) anordnet, dass die bis zum 31. Dezember 2019 mit den Bezug habenden Geschäftsordnungen verfügten Zuständigkeiten der Senate bis zum Abschluss der jeweiligen Kommissionsverfahren bestehen bleiben und die diesbezüglichen Teile der Geschäftseinteilung 2019 damit zum Inhalt der Geschäftseinteilung 2020 erhebt, ohne auf diese zu verweisen, ist ab 01.01.2020, jedenfalls ab 16.01.2020 (Tag nach der Kundmachung) hinsichtlich der Verhinderung der Senatsvorsitzenden Punkt II. der Geschäftseinteilung 2020 (und nicht der Geschäftseinteilung 2019) anzuwenden. Dieser lautet seit 13.01.2020, jedenfalls seit 29.01.2020 (Tag nach der Kundmachung):

„II.

Verhinderung der Senatsvorsitzenden

Bei Verhinderung des Vorsitzenden der jeweiligen Senate aus dienstlichen oder persönlichen Gründen oder bei Vorliegen von Befangenheitsgründen gem. § 7 AVG vertritt

1. den Senatsvorsitzenden des Senates 1 der Senatsvorsitzende des Senates 6,
2. den Senatsvorsitzenden der Senate 2 und 3 der Senatsvorsitzende des Senates 4,
3. den Senatsvorsitzenden der Senate 4 und 5 der Senatsvorsitzende des Senates 6,
4. den Senatsvorsitzenden der Senate 6 und 7 der Senatsvorsitzende des Senates 4.

Der unter Punkt I drittgenannte Stellvertreter des Vorsitzenden tritt bei Verhinderung der in den Punkten 1 bis 4 genannten Vertreter in den jeweiligen Senat ein.

Die einmal begründete Zuständigkeit bleibt dann bestehen.“

Das bedeutet, dass der unter Punkt I drittgenannte Stellvertreter des Vorsitzenden bei Verhinderung der in den Punkten 1 bis 4 genannten Vertreter in den jeweiligen Senat eintritt; dies ist Bgdr Prof. Dr. iur. XXXX . Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der erstgenannte Vertreter ObstdIntD Mag. iur. XXXX , der zweitgenannte Obstd XXXX ist.

Selbst wenn man der Ansicht wäre, dass hinsichtlich der Vertretung des Senatsvorsitzenden Punkt II der Geschäftseinteilung 2019 anzuwenden wäre, normiert auch diese, dass der unter Punkt I der Geschäftseinteilung 2019 drittgenannte Stellvertreter des Vorsitzenden bei Verhinderung der in den Punkten 1 bis 4 genannten Vertreter in den jeweiligen Senat einzutreten; dies ist wiederum Bgdr Prof. Dr. iur. XXXX .

Ob und wie ObstdIntD Mag. iur. XXXX von der Bundesministerin für Landesverteidigung bestellt wurde, spielt hier keine Rolle, da sich die Zuständigkeit innerhalb der belangten Behörde nur aus deren Geschäftseinteilung ergibt. ObstdIntD Mag. iur. XXXX kann jedenfalls nicht der zuständige Vertreter für den Vorsitzenden des Senates 3 sein.

Darüber hinaus liegt eine Verhinderung des Vorsitzenden von den§ 17 HDG (alt) nur dann vor, wenn dessen Mitgliedschaft zur Disziplinarkommission ruht oder geendet ist, dieser entweder krank oder auf Urlaub oder befangen ist.

Gemäß § 17 Abs. 1 HDG (alt) ruht die Mitgliedschaft zur Disziplinarkommission, (1.) während eines Strafverfahrens nach der Strafprozessordnung 1975 betreffend eine von Amts wegen zu verfolgende, mit Vorsatz begangene gerichtlich strafbare Handlung ab dem Zeitpunkt der Rechtskraft einer Anklageerhebung, (2.) vom Zeitpunkt der Einleitung eines Disziplinarverfahrens bis zu dessen Einstellung oder rechtskräftigem Abschluss, (3.) während einer, wenn auch nur vorläufigen, Dienstenthebung, (4.)während einer Außerdienststellung (5.) während einer gerechtfertigten Abwesenheit von mehr als drei Monaten oder (6.) während einer Dienstleistung im Ausland. Gemäß § 17 Abs. 2 HDG (alt) endet die Mitgliedschaft zur Disziplinarkommission mit (1.) dem Ablauf der Bestattungsdauer, (2.) der Abberufung durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport, wenn das Mitglied (a) auf Grund seiner gesundheitlichen Verfassung die mit seiner Funktion verbundenen Aufgaben dauernd nicht mehr erfüllen kann oder (b) die mit seiner Funktion verbundenen Pflichten grob verletzt oder dauernd vernachlässigt hat, (3.) der Abberufung durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport mit schriftlicher Zustimmung des Betroffenen, sofern dieser in keinem anhängigen Disziplinarverfahren als Senatsmitglied herangezogen ist, (4.) dem Ausscheiden aus dem Präsenzstand, (5.) der rechtskräftigen gerichtlichen Verurteilung wegen einer von Amts wegen zu verfolgenden, mit Vorsatz begangenen gerichtlich strafbaren Handlung oder (6.) der rechtskräftigen Verhängung einer Disziplinarstrafe oder eines Schuldspruches ohne Strafe.

Es ist nicht zu erkennen oder dem Akt zu entnehmen, dass Obstd XXXX Mitgliedschaft bei der Disziplinarkommission am 29. bzw. 30.04.2020 geruht hätte oder vorher geendet wäre, noch ist dem Akt zu entnehmen, dass dieser krank oder auf Urlaub war. Ebenso wenig ist dessen Befangenheit behauptet worden oder zu erkennen. Daher lag eine Verhinderung nicht vor und Obstd XXXX hätte als Senatsvorsitzender einschreiten müssen. Der Hinweis auf die Covid-19 bedingte Lage tut keine Verhinderung dar, zumal gemäß § 73 Abs. 2 HDG eine Entscheidung im Umlaufverfahren möglich gewesen wäre; anders wäre dies allenfalls zu sehen, wenn Obstd XXXX ein Attest nach der COVID-19-

Risikogruppe-Verordnung hätte, nach dem er der COVID-19-Risikogruppe zugehörig ist und die physische Anwesenheit bei einer Senatssitzung notwendig wäre. Das ist hier aber weder behauptet worden noch – hinsichtlich der physischen Anwesenheit bei einer Senatssitzung – der Fall.

Schon auf Grund des Tätigwerdens des falschen Senatsvorsitzenden sind die bekämpften Beschlüsse rechtswidrig.

3.3.3. Zur Festlegung der weiteren Senatsmitglieder:

Gemäß Geschäftseinteilung 2019 Pkt. III Z 2 sind die weiteren Mitglieder und die Ersatzmitglieder vom Senatsvorsitzenden vor Anberaumung des ersten gemeinsamen Beratungstermins nach Abschnitt IV festzulegen und dem Beschuldigten gem. § 72 Abs. 4 HDG 2014 gemeinsam mit dem Einleitungsbeschluss mitzuteilen. Zur Sicherstellung eines arbeitsfähigen Senats sind vom Senatsvorsitzenden allfällige Verhinderungsgründe von weiteren Mitgliedern und Ersatzmitgliedern in geeigneter Weise vorweg in Erfahrung zu bringen. Es ist dem Akt nicht zu entnehmen, dass dem Senatsvorsitzenden von den gesetzlich vorgesehenen weiteren Mitgliedern und Ersatzmitgliedern allfällige Verhinderungsgründe mitgeteilt worden sind.

Zur Besetzung von Senaten hat der Verwaltungsgerichtshof ausgeführt, dass auch wenn die Eintrittsverfügungen für Ersatzvorsitzende und Ersatzmitglieder nicht den Vorschriften für Erledigungen von Anbringen nach § 18 AVG entsprechen müssen und auch im Verfahren zur Suspendierung nicht vorgesehen ist, dass dem Beamten die Senatsbesetzung bekanntgegeben werden muss, ist doch aktenintern eindeutig und nachvollziehbar zu dokumentieren, warum es nicht zum Einschreiten der primär bestellten Senatsmitglieder gekommen ist. Ist eine Begründung für die Verhinderung, so der Verwaltungsgerichtshof weiter, eines primär bestellten Senatsmitgliedes den Verwaltungsakten nicht zu entnehmen und auch nicht schlüssig nachvollziehbar, ist somit von einer nicht richtigen Zusammensetzung des eingeschrittenen Kollegialorganes auszugehen und der angefochtene Bescheid mit Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde behaftet (VwGH 10.30.1975, 2223/74, VwSlg 8782 A/1975; VwGH 22.06.1995, 93/09/0445).

Einleitend ist zu klären, ob bei jeder Rechtssache – so keine Verhinderung vorliegt – grundsätzlich die beiden erstgenannten Mitglieder heranzuziehen sind (starre Festlegung der weiteren Mitglieder) oder – so keine Verhinderung vorliegt – bei der ersten im Geschäftsjahr einlaufenden Rechtssache die jeweils erstgenannten Mitglieder, bei der zweiten im Geschäftsjahr einlaufenden Rechtssache die jeweils zweitgenannten Mitglieder usw (Festlegung der weiteren Mitglieder im Rad).

Dies erschließt sich bei einer Durchsicht der Geschäftseinteilung nicht auf den ersten Blick, zumal eine isolierte Betrachtung von Abschnitt IV Pkt. I, der keinen Bezug zu früher von der Behörde erledigten Rechtssachen herstellt, durchaus eine starre Festlegung der weiteren Mitglieder nahelegt. Aus Abschnitt IV Pkt. II lässt sich für diese Frage nichts gewinnen, da dieser sowohl bei einer starren Festlegung der weiteren Mitglieder als auch bei einer Festlegung der weiteren Mitglieder im Rad lediglich die Vertretungsregelung festlegt und sowohl in dem einen als auch in dem anderen System seine Berechtigung hat. Anders ist dies hinsichtlich Abschnitt IV Pkt. 3, der in einem System der starren Festlegung der weiteren Mitglieder keinen Sinn machen würde, da, um zu einer potentiellen Zuständigkeit des letztgereihten weiteren Mitglied bzw. des vom Zentralausschuss bestellten weiteren Mitgliedes zu kommen, alle vor diesem Mitglied genannten Mitglieder verhindert oder befangen sein müssten und es dann keinen Sinn hätte, wieder das zuvor schon als verhindert festgestellte erstgereichte Mitglied bzw. das vom Zentralausschuss bestellte erste weitere Mitglied heranzuziehen. Daher ist in einer Gesamtschau davon auszugehen, dass Abschnitt IV der Geschäftseinteilung der belangten Behörde eine Festlegung der weiteren Mitglieder im Rad (im Sinne des oben ausgeführten) vorsieht und der – zu Unrecht eingeschrittene – ObstdIntD Mag. iur. XXXX dadurch, dass er, obwohl es sich mit Sicherheit nicht um die erste in diesem Geschäftsjahr anfallende Rechtssache gehandelt hat, bei der Festlegung der Senatsmitglieder laut seinen Angaben mit dem jeweils obersten Mitglied – das sind Vzlt XXXX und Vzlt. XXXX – begonnen hat.

Daher hat der – zu Unrecht eingeschrittene – ObstdIntD Mag. iur. XXXX auch die falschen weiteren Mitglieder des Senates festgelegt. Er hätte feststellen müssen, welche Mitglieder des Senates 3 in der vor dieser Rechtssache angefallenen Rechtssache herangezogen wurden und dann – so keine Verhinderung vorlag – die nächsten Mitglieder aus der Liste auswählen müssen.

Aber selbst, wenn man von einer starren Festlegung der weiteren Mitglieder des Senates ausgeht, ist diese rechtswidrig erfolgt.

Da dem Akt keine Verhinderung der weiteren Mitglieder zu entnehmen ist, wäre bei einer starren Festlegung der weiteren Mitglieder davon auszugehen, dass das jeweils zu vorderst heranzuziehende Mitglied beider Listen, das für die richtige Zusammensetzung relevante Mitglied gewesen wäre; hier wäre dies – mangels nachvollziehbarer Verhinderungen – Vzlt XXXX und Vzlt. XXXX . Der einschreitende Vorsitzende des Senates 3 hat allerdings als weitere Senatsmitglieder Vzlt. XXXX und Vzlt. XXXX herangezogen, die als 8. bzw. 6. in der oben dargestellten Liste gereiht sind.

Darüber hinaus lag hinsichtlich der vorher gereihten Mitglieder keine durchgehende Verhinderung vor: Alleine, dass Vzlt XXXX sich im Homeoffice befand, ist kein relevanter Verhinderungsgrund; ein solcher hätte im Hinblick auf die Covid-19 Lage allenfalls bestanden, wenn dieser einer Risikogruppe gemäß der COVID-19-Risikogruppe-Verordnung angehören würde und die physische Anwesenheit bei einer Senatsitzung notwendig gewesen wäre. Dies ist aber bei einem Einleitungsbeschluss nicht der Fall, siehe hiezu §72 Abs. 3 HDG. Es muss daher auf die „Verhinderungsgründe“ der nachgereihten weiteren Beisitzer nicht weiter eingegangen werden.

Selbiges gilt für Vzlt XXXX . Alleine dass dieser seinen Aufgaben an einer anderen Dienststelle nachkommt, stellt noch keine Verhinderung dar. Eine Verhinderung wäre dann gegeben, wenn das weitere Mitglied dienstlich an der Teilnahme der physischen Sitzung verhindert ist, etwa weil er einen zuvor eingeteilten, unverschiebbaren dienstlichen Termin wahrnehmen muss oder sich im Einsatz oder in einer Ausbildung (als Teilnehmer oder Auszubildner) befindet. Diese dienstliche Verhinderung ist aber für den Zeitpunkt der physischen Sitzung oder für den Zeitraum, in dem der Umlaufbeschluss gefasst werden soll, etwa durch Aktenvermerk, nachvollziehbar zu machen.

Daher war auch Vzlt. XXXX nicht verhindert, es muss daher auf die „Verhinderungsgründe“ der nachgereihten weiteren Beisitzer nicht weiter eingegangen werden. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass Urlaub, Krankenstand und Versetzung in den Ruhestand zum bzw. vor dem Termin der Sitzung oder den Zeitraum, in dem der Umlaufbeschluss gefasst werden soll, jedenfalls eine Verhinderung darstellt, die (dienstrechtlich nicht vorgesehene) Vorbereitung auf den Ruhestand jedenfalls nicht.

Somit wären auch die falschen weiteren Mitglieder herangezogen worden, wenn man von einer starren Festlegung der weiteren Mitglieder ausgeht; das Bundesverwaltungsgericht betontt allerdings abermals, dass es von einer Festlegung der weiteren Mitglieder im Rad ausgeht (auch wenn das der Geschäftseinteilung nicht eindeutig zu entnehmen ist).

3.3.4. Conclusio:

Aus den oben angeführten Gründen ist der Spruchkörper der Kollegialbehörde der Disziplinarkommission für Soldaten beim Bundesministerium für Landesverteidigung (DKS) hinsichtlich der gegenständlichen Beschlüsse nach der Geschäftseinteilung 2019 bzw. 2020 falsch besetzt und ist der einschreitende Senat für diese Beschlüsse jeweils unzuständig. Somit ist nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts der bekämpfte Beschluss schon aus diesem Grund zu beheben.

Es hätte bzw. hat in weiterer Folge der Senat 3 der Disziplinarkommission für Soldaten beim Bundesministerium für Landesverteidigung unter Vorsitz des Obst XXXX oder – falls eine Verhinderung nachvollziehbar dargetan wird – seines Vertreters und nach einer der Geschäftseinteilung entsprechenden Festlegung der weiteren Mitglieder – so diese verhindert sind, ist diese Verhinderung aktenmäßig nachvollziehbar darzutun – zusammenzutreten (bzw. im Rahmen eines Umlaufbeschlusses tätig zu werden) und eine Entscheidung über die Einleitung des Disziplinarverfahrens zu treffen.

Zu B) Zulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, weil es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fehlt, da keine explizite Rechtsprechung zur Frage, ob eine rechtswidrige Besetzung einer einschreitenden Kollegialbehörde durch ein mängelfreies Verfahren vor dem Verwaltungsgericht saniert werden kann, zu finden ist. Ebenso ist zur Auslegung der Geschäftseinteilung der Disziplinarkommission für Soldaten beim Bundesministerium für Landesverteidigung (DKS) für das Kalenderjahr 2019 bzw. 2020 keine Rechtsprechung zu finden.

Schlagworte

Behebung der Entscheidung Dienstenthebung Disziplinarkommission für Soldaten Disziplinarverfahren
Einleitungsbeschluss Geschäftseinteilung Disziplinarkommission BMLV gesetzwidrige Zusammensetzung
Kollegialorgan Pandemie Rechtswidrigkeit Revision zulässig Senatszusammensetzung Unzuständigkeit Verhinderung
Vorsitzender

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2020:W170.2232544.1.00

Im RIS seit

29.12.2020

Zuletzt aktualisiert am

29.12.2020

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at