



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldstätten und die Hofräte Dr. Schick, Dr. Grünstäudl, Mag. Samm sowie die Hofrätin Dr. Pollak als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Soyer, über die Revision des S in V, vertreten durch die Holzer Kofler Mikosch Kasper Rechtsanwälte OG in 9020 Klagenfurt, Bahnhofstraße 51/DG, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 5. Oktober 2015, Zl. W 133 2001777-1/22E, betreffend Zustimmung zur Kündigung einer begünstigten Behinderten (mitbeteiligte Partei: L T in V, vertreten durch Mag. Peter Paul Suntinger, Rechtsanwalt in 9020 Klagenfurt, Pfarrplatz 17; belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Behindertenausschuss beim Sozialministeriumservice - Landesstelle Kärnten in 9020 Klagenfurt, Kumpfgasse 23 - 25), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Revisionswerber Aufwendungen in der Höhe von € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Zur Vorgeschichte wird auf das hg. Erkenntnis vom 30. April 2014, Zl. Ro 2014/11/0001, mit dem der Bescheid der (bis zum 31. Dezember 2013 zuständigen) Berufungskommission beim Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz betreffend Nichterteilung der Zustimmung zur Kündigung einer begünstigten Behinderten wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben wurde, verwiesen.

Der Verwaltungsgerichtshof führte darin ua. wie folgt aus:

„2.2.1. Die Erstbehörde, das Bundessozialamt - Behindertenausschuss, hat ihren Bescheid, mit dem sie die Zustimmung zur Kündigung erteilte, nach Durchführung einer Verhandlung auf folgende Feststellungen gestützt:

==



Die Mitbeteiligte sei mit Dienstvertrag vom 18. April 2006 beginnend mit 1. April 2006 beim Revisionswerber zur Versehung des Küchendienstes aufgenommen worden, sie habe als Köchin im Seniorenwohn- und Pflegeheim W. gearbeitet und sei ursprünglich mit der Küchenleitung betraut gewesen. Später sei eine weitere Köchin aufgenommen worden. Bereits im Jahr 2008 sei es zu massiven Unstimmigkeiten zwischen den Kolleginnen gekommen. Die Mitbeteiligte habe als Vorgesetzte über alle Gespräche ihrer Mitarbeiterinnen genaue Protokolle geführt, weiters seien von ihr auch die Dienstpläne der gesamten Kollegenschaft abgeschrieben und nach Hause genommen worden, obwohl sie im Betrieb zur allgemeinen Einsicht aufgelegt seien. Dieses Verhalten habe in weiterer Folge bewirkt, dass Gespräche in Anwesenheit der Mitbeteiligten eingestellt worden seien, um dadurch weitere Dokumentationen derselben zu vermeiden.

Die Mitbeteiligte habe in weiterer Folge eine Anzahl von Anordnungen und Dienstanweisungen des Dienstgebers nicht befolgt. Dieses Verhalten habe bereits im Jahr 2008 zu einer schriftlichen Ermahnung (vom 27. November 2008) und einer weiteren Dienstanweisung (vom 11. Dezember 2008) geführt. Im Zuge dieser Dienstanweisung sei der Mitbeteiligten die Küchenleitung entzogen und einer Kollegin übertragen worden. Im Einzelnen habe die Mitbeteiligte u.a. folgendes Fehlverhalten gesetzt:

- Entgegen den dienstlichen Anordnungen habe sie Bestellungen nicht ausschließlich über das System H. beim Hauptlieferanten A durchgeführt.
- Sie habe sich entgegen den Anordnungen bei der Erstellung des Speiseplans nicht an den Plänen einer anderen Einrichtung orientiert, sondern habe versucht „alternativ zu kochen“.
- Entgegen der von allen Mitarbeiterinnen unterschriebenen Erklärung habe sie Trinkgeld nicht an das Büro weitergeleitet, sondern es zu sich nach Hause genommen.
- Sie habe dienstliche Daten vom Firmencomputer gelöscht.
- Sie habe Überstunden nicht zur Genehmigung beantragt.
- Sie habe sich an einem Feiertag, an dem sie nicht zum Dienst eingeteilt gewesen sei, entgegen einer ausdrücklichen Anordnung eines Vorgesetzten geweigert, den Dienstort zu verlassen.



Sie habe die Verwendung einer Warmhaltevorrichtung für Speisen verweigert.

Eine zweite Ermahnung sei am 2. Juni 2010 ausgesprochen worden. Neben den genannten schriftlichen Ermahnungen habe es auch zahlreiche mündliche Ermahnungen gegeben. Da sich das Verhalten der Mitbeteiligten nicht geändert habe, sei der Zustimmungsantrag eingebracht worden.

Die Erstbehörde vertrat die Auffassung, das ständige Dokumentieren von Gesprächsinhalten und das Abschreiben der Dienstpläne durch eine Vorgesetzte sei ein Verhalten, das durchaus geeignet sei, das Betriebsklima zu stören. Die der Mitbeteiligten anzulastende beharrliche Pflichtenverletzung iSd. § 8 Abs. 4 lit. c BEinstG sei durch die zahlreichen mündlichen und schriftlichen Verwarnungen, die zu keiner Verhaltensänderung geführt hätten, dokumentiert. Die Störung des Betriebsklimas durch die Mitbeteiligte könne den Zeugenaussagen eindeutig entnommen werden. Die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung sei darüber hinaus durch eine schriftliche Erklärung der Kolleginnen der Mitbeteiligten dokumentiert, worin sich diese gegen eine weitere Zusammenarbeit mit der Mitbeteiligten aussprächen. Die Unzumutbarkeit werde auch dadurch dokumentiert, dass es dem Revisionswerber als Dienstgeber wert gewesen sei, die Mitbeteiligte seit immerhin Februar 2012 unter Bezahlung der Bezüge vom Dienst freizustellen.“

Der Verwaltungsgerichtshof führte ferner aus:

„2.1.2. Die belangte Behörde trifft zu den behaupteten Dienstpflichtverletzungen der Mitbeteiligten nicht explizit eigene Feststellungen, sondern gibt in der Bescheidbegründung die diesbezüglichen Feststellungen der Erstbehörde wieder. ...

...

In der Begründung des angefochtenen Bescheids wird in rechtlicher Hinsicht ausgeführt, selbst „unter Zugrundelegung der - übernommenen - Feststellungen“ der Erstbehörde ergebe sich aus dem Verhalten der Mitbeteiligten keine beharrliche Pflichtenverletzung gemäß § 8 Abs. 4 lit. c BEinstG.

...

Sollte sich, was die Bescheidbegründung nicht zweifelsfrei erkennen lässt, die belangte Behörde die von ihr wiedergegebenen Feststellungen der Erstbehörde nicht zu eigen gemacht haben, wäre der angefochtene Bescheid mit einem relevanten Feststellungsmangel behaftet, weil die belangte Behörde eigene Feststellungen zu den oben unter Pkt. 2.1.1. wiedergegebenen Umständen, die die Erstbehörde rechtlich als wiederholte Pflichtverletzungen gewertet hat, nicht getroffen hat.



Sollte sich die belangte Behörde hingegen sehr wohl die erwähnten Feststellungen der Erstbehörde zu eigen gemacht haben, dann erweist sich der angefochtene Bescheid, wie die Revision zutreffend ausführt, als mit einem relevanten Begründungsmangel behaftet, weil sich die belangte Behörde in ihren Erwägungen zur Frage, ob ungeachtet der festgestellten Ermahnungen beharrliche Pflichtverletzungen der Mitbeteiligten vorliegen, von diesen Sachverhaltsannahmen wieder entfernt.

Die Erstbehörde hat unmissverständlich festgestellt, dass die Mitbeteiligte in einer Reihe von Fällen entgegen ausdrücklichen Anordnungen des Dienstgebers gehandelt hat und trotz ausdrücklich ausgesprochenen Ermahnungen ihr Verhalten nicht geändert habe. Werden diese Feststellungen übernommen, dann bedürfte es besonderer Umstände, unter denen solches Verhalten entgegen Dienstgeberanordnungen nicht als beharrliche Pflichtverletzung iSd. § 8 Abs. 4 lit. c BEinstG zu werten wäre. Solche Umstände sind der Begründung des angefochtenen Bescheides jedoch nicht zu entnehmen. So erscheint es irrelevant, ob durch Nichtbestellung über das vorgeschriebene Bestellsystem H. dem Dienstgeber ein Nachteil oder Schaden entstanden ist. Die Einschätzung der belangten Behörde, der Versuch der Mitbeteiligten, „alternativ zu kochen“, stelle schon im Hinblick auf gesundheitliche Erwägungen in einem Altenheim keine Pflichtverletzung dar, verfehlt das Thema, weil es nicht Aufgabe der belangten Behörde war zu beurteilen, welche Kost für die Heimbewohner aus gesundheitlichen Erwägungen angemessen wäre. Die Bescheidbegründung geht hingegen mit keinem Wort auf die erstbehördlichen Feststellungen ein, dass die Mitbeteiligte Daten auf dem Firmencomputer gelöscht, Überstunden nicht zur Genehmigung beantragt, trotz ausdrücklicher Weisung ihren Dienstort nicht verlassen habe und sich geweigert habe, eine Warmhaltevorrichtung zu verwenden. Sollte die belangte Behörde Zweifel an der Richtigkeit der von der Erstbehörde getroffenen Feststellungen, insbesondere dazu, ob die Mitbeteiligte ungeachtet der ausgesprochenen Ermahnungen das beanstandete Verhalten fortgesetzt hat, hegen, wäre sie zu eigenen Ermittlungen verhalten gewesen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich nach der Aktenlage zumindest Anhaltspunkte dafür finden, dass die Mitbeteiligte auch andere, im erstbehördlichen Bescheid nicht eigens angeführte, dienstliche Anordnungen nicht befolgt hat.

Die belangte Behörde ist damit - schon in Ansehung des § 8 Abs. 4 lit. c BEinstG - ihrer Aufgabe nicht nachgekommen, sämtliche Umstände zu ermitteln und zu würdigen, die für eine Ermessensentscheidung im Sinne des Gesetzes unabdingbar sind.

2.3. Der angefochtene Bescheid war aus diesen Erwägungen gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG aufzuheben.“





Das seit 1. Jänner 2014 zuständige Bundesverwaltungsgericht gab mit nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung ergangenen Erkenntnis vom 5. Oktober 2015 der Beschwerde der Mitbeteiligten unter Spruchpunkt A gemäß § 8 Abs. 2 BEinstG statt. Unter Spruchpunkt B wurde ausgesprochen, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig sei.

Gegen dieses Erkenntnis erhob der Revisionswerber (außerordentliche) Revision, die das Verwaltungsgericht unter Anschluss der Akten des Verfahrens vorgelegt hat.

Die Mitbeteiligte erstattete eine Revisionsbeantwortung, die belangte Behörde nahm davon Abstand.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Revision erwogen:

1. § 8 des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970 idF. BGBl. I Nr. 57/2015, lautet (auszugsweise):

„Kündigung

§ 8. (1) Das Dienstverhältnis eines begünstigten Behinderten darf vom Dienstgeber, sofern keine längere Kündigungsfrist einzuhalten ist, nur unter Einhaltung einer Frist von vier Wochen gekündigt werden. Ein auf Probe vereinbartes Dienstverhältnis kann während des ersten Monates von beiden Teilen jederzeit gelöst werden.

(2) Die Kündigung eines begünstigten Behinderten (§ 2) darf von einem Dienstgeber erst dann ausgesprochen werden, wenn der Behindertenausschuss (§ 12) nach Anhörung des Betriebsrates, der Behindertenvertrauensperson (Stellvertreter) oder der Personalvertretung im Sinne des Bundes-Personalvertretungsgesetzes bzw. der entsprechenden landesgesetzlichen Vorschriften zugestimmt hat; dem Dienstnehmer kommt in diesem Verfahren Parteistellung zu. Eine Kündigung ohne vorherige Zustimmung des Behindertenausschusses ist rechtsunwirksam, wenn nicht in Ausnahmefällen nachträglich die Zustimmung erteilt wird. Diese Zustimmung ist nicht zu erteilen, wenn die Zugehörigkeit zum Personenkreis der begünstigten Behinderten die Folge eines Arbeitsunfalles gemäß § 175f des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955 ist. Ein Ausnahmefall, der die Zustimmung zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung rechtfertigt, ist dann gegeben, wenn dem Dienstgeber zum Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung nicht bekannt war und auch nicht



bekannt sein musste, dass der Dienstnehmer dem Personenkreis der begünstigten Behinderten im Sinne des § 2 angehört. Abs. 4 und 4a sind anzuwenden.

(3) Der Behindertenausschuß hat bei seiner Entscheidung über die Zustimmung zur Kündigung eines begünstigten Behinderten die besondere Schutzbedürftigkeit des Dienstnehmers zu berücksichtigen und unter Beachtung des § 6 zu prüfen, ob dem Dienstnehmer der Verlust seines Arbeitsplatzes zugemutet werden kann.

(4) Die Fortsetzung des Dienstverhältnisses wird dem Dienstgeber insbesondere dann nicht zugemutet werden können, wenn

a) der Tätigkeitsbereich des begünstigten Behinderten entfällt und der Dienstgeber nachweist, daß der begünstigte Behinderte trotz seiner Zustimmung an einem anderen geeigneten Arbeitsplatz ohne erheblichen Schaden nicht weiterbeschäftigt werden kann;

b) der begünstigte Behinderte unfähig wird, die im Dienstvertrag vereinbarte Arbeit zu leisten, sofern in absehbarer Zeit eine Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit nicht zu erwarten ist und der Dienstgeber nachweist, daß der begünstigte Behinderte trotz seiner Zustimmung an einem anderen geeigneten Arbeitsplatz ohne erheblichen Schaden nicht weiterbeschäftigt werden kann;

c) der begünstigte Behinderte die ihm auf Grund des Dienstverhältnisses obliegenden Pflichten beharrlich verletzt und der Weiterbeschäftigung Gründe der Arbeitsdisziplin entgegenstehen.

(4a) Bei der Entscheidung über die Zustimmung zur Kündigung eines begünstigten Behinderten ist auch das Diskriminierungsverbot des § 7b Abs. 1 zu berücksichtigen.

...“

2. Die Revision erweist sich entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichtes als zulässig, weil dieses, wie im Folgenden zu zeigen ist, von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen ist und ihm relevante Verfahrensfehler unterlaufen sind, die den Verwaltungsgerichtshof an einer nachprüfenden Kontrolle hindern.

3. Die Revision ist begründet.

3.1.1. Das Verwaltungsgericht gründet, soweit im vorliegenden Fall von Bedeutung, sein Erkenntnis auf folgende, zum Teil erst in der Beweiswürdigung enthaltenen, Sachverhaltsannahmen:





Mit Bescheid des Bundessozialamtes vom 22. September 2005 sei festgestellt worden, dass die Mitbeteiligte ab 20. Mai 2005 dem Kreis der begünstigten Behinderten angehöre. Der Grad der Behinderung sei mit 50 vH. festgestellt worden.

Am 18. April 2006 sei zwischen dem Revisionswerber und der Mitbeteiligten nach den Bestimmungen des Kärntner Gemeindevertragsbedienstetengesetzes ein Dienstvertrag mit Wirksamkeit vom 1. April 2006 abgeschlossen worden. Die Mitbeteiligte sei als Vertragsbedienstete des Entlohnungsschemas II „zur Vernehmung des Küchendienstes“ zunächst auf bestimmte Zeit bis 31. März 2007 in Vollbeschäftigung aufgenommen und als Fachkraft in die Entlohnungsgruppe p3 gemäß § 29 des Kärntner Gemeindevertragsbedienstetengesetzes (K-GVBG) eingereiht worden. Mit Nachtrag zum Dienstvertrag vom 13. Dezember 2007 sei das Dienstverhältnis auf unbestimmte Zeit in Vollbeschäftigung eingegangen worden. Die Mitbeteiligte sei in der Küche der Seniorenwohnanlage in W eingesetzt und ihr bereits nach kurzer Zeit von der Heimleitung die Küchenleitung überantwortet worden, weil sie sehr gute Qualifikationen gehabt habe und eine andere Mitarbeiterin diesen Bereich nicht habe übernehmen wollen. Die Mitbeteiligte habe versucht, diese Funktion nach bestem Wissen und Gewissen zu erfüllen.

Für das Jahr 2007 habe die Mitbeteiligte eine Belohnung seitens des Dienstgebers erhalten.

„Ab Mai 2008“ - so das Verwaltungsgericht wörtlich - sei der Mitbeteiligten auf Grund von Auseinandersetzungen mit dem Heimleiter F und mit einzelnen Kolleginnen die Küchenleitung wieder entzogen und einer anderen Mitarbeiterin übertragen worden.

Für den konkreten Arbeitsplatz der Mitbeteiligten, an welchem ihr beharrliche Pflichtverletzungen vorgeworfen worden seien, gebe es keine schriftliche Arbeitsplatzbeschreibung. Weder der Vertreter des Revisionswerbers noch der Heimleiter F selbst kennen eine solche Arbeitsplatzbeschreibung. Eine vorgelegte „Stellenbeschreibung für einen Koch/Köchin“ des Revisionswerbers



enthalte ein Anforderungsprofil, einen Aufgaben- und Verantwortungsbereich und dienst- und berufsrechtliche Aufgaben, wobei es sich um keine taxative Auflistung der zu erbringenden Leistungen handle. Diese Stellenbeschreibung umfasse Anforderungen in fachlicher und dienstlicher Hinsicht, beschreibe aber nicht, welche Tätigkeiten unter die im Dienstvertrag genannte Aufgabe „Versehung des Küchendienstes“ fallen. Diese Stellenbeschreibung sei der Mitbeteiligten nicht bekannt gewesen.

Die Zuweisung der konkreten Aufgaben zur „Versehung des Küchendienstes“, die von ihr zu verrichten gewesen seien, sei dem Heimleiter F, an welchen der Revisionswerber alle „operativen Aufgaben“ im Zusammenhang mit der Führung der beiden Seniorenwohnanlagen übertragen habe, oblegen. Für die Mitbeteiligte habe bis zur ersten schriftlichen Dienstanweisung ein mehr oder weniger willkürlicher Verantwortungs- und Zuständigkeitsbereich, immer abhängig davon, welche Aufgaben der Heimleiter F ihr in verschiedenen Formen übertragen habe, gegolten. Die der Mitbeteiligten seitens des Dienstgebers vorgeworfenen Handlungen und Unterlassungen hätten von der Mitbeteiligten nicht als Dienstpflichtverletzungen erkannt werden können, sie seien von ihr auch nicht als solche erkannt worden.

Mit Schreiben des Revisionswerbers vom 27. November 2008 sei eine schriftliche Ermahnung der Mitbeteiligten erfolgt. Mit dieser Ermahnung seien der Mitbeteiligten auch Handlungen und Unterlassungen vorgeworfen worden, für die sie damals auf Grund des Entzuges der Küchenleitung schon „ab Mai 2008“ gar nicht mehr zuständig gewesen sei und für die sie damit auch nicht habe verantwortlich gemacht werden können. So sei die Bestellung der Lebensmittel primäre Aufgabe der Küchenleitung. Der Vorwurf im Rahmen der Ermahnung, die Mitbeteiligte habe ihre Mitarbeiterinnen bei der Speiseplangestaltung und bei den Bestellungen entgegen der Anweisung der Heimleitung nicht miteingebunden, sei nicht objektivierbar. Im Zeitpunkt des Vorhaltes und der Ermahnung im November 2008 sei weder die Erstellung des Speiseplanes noch die Durchführung der Bestellungen mehr im Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich der Mitbeteiligten gelegen. Als die Mitbeteiligte





die Küchenleitung noch inne gehabt habe, habe sie die Bestellungen immer nach den Richtlinien bzw. Dienstanweisungen des Arbeitgebers durchgeführt.

Ab November 2008 bis Mitte Juni 2009 sei auf Initiative der Mitbeteiligten eine Begleitung des Dienstverhältnisses durch einen Job-Coach erfolgt. Es hätten sowohl zahlreiche telefonische Gespräche als auch Gespräche vor Ort im Dienst mit der Mitbeteiligten und den Kollegen und Vorgesetzten stattgefunden.

Am 11. Dezember 2008 sei aus Gründen der vagen Zuständigkeitsverteilung auf Anraten des Job-Coaches eine schriftliche Dienstanweisung seitens des Revisionswerbers an die Mitbeteiligte erfolgt. Darin seien insgesamt 20 einzelne Dienstanweisungen schriftlich erteilt worden. Diese Dienstanweisungen habe die Mitbeteiligte am 12. Dezember 2008 in Anwesenheit des Job-Coaches zur Kenntnis genommen. Mit dieser Dienstanweisung sei ihr die Bestellung von Lebensmitteln nochmals ausdrücklich auch schriftlich untersagt worden (im Jahr 2011 sei ihr seitens des Dienstgebers vorgeworfen worden, dennoch Bestellungen von Brot und Eiern vorgenommen zu haben). Als weiterer Unterpunkt finde sich die Anweisung „Die Kolleginnen sind angehalten sämtliche Vorkommnisse sofort zu melden“. Derart angewiesen hätten drei Mitarbeiterinnen tatsächlich jedes Verhalten, das ihnen an der Mitbeteiligten missfallen sei, gemeldet. In Entsprechung dieser Anweisung, alle Vorkommnisse sofort zu melden, habe auch die Mitbeteiligte begonnen, ihrerseits genaue Aufzeichnungen über Vorkommnisse in der Küche zu führen, was ihr jedoch nun - im Gegensatz zum Verhalten der Kolleginnen - seitens des Revisionswerbers als unkollegiales und betriebsstörendes Verhalten vorgeworfen werde.

Mit Schreiben des Revisionswerbers vom 2. Juni 2010 sei eine zweite schriftliche Ermahnung erfolgt. Gegen diese zweite Ermahnung habe die Kammer für Arbeiter und Angestellte im Namen der Mitbeteiligten Widerspruch erhoben, dies mit der Begründung, die Annahme in der zweiten Ermahnung, die Mitbeteiligte hätte es stets abgelehnt, beim Abwasch zu helfen, treffe nicht zu.





Am 27. Juni 2011 hätten drei ebenfalls in der Küche beschäftigte Mitarbeiterinnen ein von ihnen unterfertigtes Schreiben an den Vorsitzenden des Revisionswerbers gerichtet, in dem sie sich als „Küchenteam der Seniorenwohnanlage W“ bezeichnet und zum Ausdruck gebracht hätten, es gehe dem „Team“ besser, wenn die Mitbeteiligte nicht anwesend sei.

Die Heimleitung habe versucht, die Mitbeteiligte, auch durch teilweise übertrieben negative Darstellungen ihres Verhaltens, „loszuwerden“.

Der Vorwurf, die Mitbeteiligte störe erheblich das Betriebsklima, treffe nicht zu: Der Heimleiter F sei während des Dienstverhältnisses der Mitbeteiligten öfter mit Beschwerden von Mitarbeiterinnen konfrontiert gewesen, die sich über eine mangelnde Kooperationsbereitschaft der Mitbeteiligten bei ihm beklagt hätten (zB die Mitbeteiligte wolle manches anders kochen als Kolleginnen, sie verstelle den Radiosender und sie wolle nicht immer gleich abwaschen, wenn eine Kollegin ihr dies auftrage). Diese Beschwerden seien immer wieder von denselben drei Mitarbeiterinnen ausgegangen. Die Zeuginnen F, N oder T hätten hingegen sehr gerne mit der Mitbeteiligten zusammengearbeitet. Auch seitens der Bewohner der Seniorenwohnanlage sei die Mitbeteiligte durchaus gelobt worden.

Der Heimleiter F sei den Vorwürfen der drei anderen Mitarbeiterinnen - M, G und H - zunächst mit Gesprächsversuchen begegnet, diese seien jedoch vergeblich gewesen. Der Heimleiter F, der dringend eine reibungslos funktionierende Küche haben wollte, habe schon im November 2008 vor Mitarbeitern eine mündliche Kündigung gegenüber der Mitbeteiligten ausgesprochen. In dieser Situation habe die Mitbeteiligte den Verein A, der sie auch schon im Zuge ihrer Einstellung bei einem anderen Dienstverhältnis beraten hätte, um Unterstützung ersucht, weil sie ihre Arbeit keinesfalls habe verlieren wollen. Nach Intervention durch den Verein A und Aufklärung, dass die Mitbeteiligte als begünstigte Behinderte einen erhöhten Kündigungsschutz besitze, sei die Kündigung dann wieder zurückgenommen worden. „In dieser Situation“ sei dann die erste Ermahnung erfolgt. Obwohl andere Kolleginnen der Mitbeteiligten diese nicht als „Störung des Betriebsklimas“ empfunden und ihre Arbeit gelobt hätten, seien ab diesem Zeitpunkt penible Aufzeichnungen



darüber geführt worden, welche „Verfehlungen“ der Mitbeteiligten unterlaufen seien. Der Job-Coach habe für einen Zeitraum von November 2008 bis Mitte Juni 2009 immer wieder in Form von Gesprächen und Beratungen teils vor Ort, teils telefonisch das Dienstverhältnis begleitet. Im Zeitraum der begleitenden Tätigkeit durch den Verein A in den Jahren 2008 und 2009 habe von Seiten des Betriebes die Bereitschaft zu einer Veränderung der Situation gefehlt. Im Betrieb habe massives Mobbing gegen die Mitbeteiligte vorgelegen. Im Jahr 2009 sei jede weitere Kooperation durch den Revisionswerber abgelehnt worden worden, weshalb die Betreuung des Dienstverhältnisses durch den Verein abgebrochen worden sei. Die Mitbeteiligte habe eine etwas verzögerte Kommunikationsfähigkeit, wodurch die Zusammenarbeit mit der Kollegenschaft erschwert bzw gestört werde. Sie könnte aber die an sie gestellten Aufgaben grundsätzlich erfüllen. Sie sei vom Heimleiter F nicht unterstützt worden. Man habe ihr seitens der Kollegenschaft und seitens des Revisionswerbers „in keinster Weise“ Verständnis entgegen gebracht. Der Heimleiter F teile diese Einschätzung nicht.

Es seien immer rund sechs bis zehn Mitarbeiter in der Küche beschäftigt gewesen. Zwei der drei Mitarbeiter würden ihre Dienstverhältnisse beenden, wenn die Mitbeteiligte nun wieder zurückkehren könne. Die dritte genannte Mitarbeiterin habe den Betrieb des Dienstgebers bereits verlassen.

Mit Schreiben vom 1. August 2011 habe der Revisionswerber die Zustimmung zur (auszusprechenden) Kündigung der Mitbeteiligten gemäß § 8 BEinstG beantragt.

Zum aktuellen Entscheidungszeitpunkt sei die Mitbeteiligte seit 1. Oktober 2014 - mit Unterbrechung durch gerechtfertigten Krankenstand und Inanspruchnahme von Erholungsurlaub - wieder beim Revisionswerber beschäftigt. Sie werde jedoch seitdem nicht mehr in der Küche beschäftigt, sondern verrichte in einem von der Küche räumlich entfernten separaten Zimmer Büroarbeiten, die im Zusammenhang mit der Küchenarbeit stünden. Sie schreibe Menüpläne und Kalorienberechnungen und erstelle Allergenausweise.



Die Mitbeteiligte sei dienstfähig und dienstwillig.

Auf Grund zweier Stürze im privaten Wohnbereich Ende November 2014 und der dabei erlitten Beinverletzung habe sich die Mitbeteiligte einer Operation unterziehen müssen und werde bis Ende Oktober 2015 insgesamt zehn Physiotherapie-Einheiten und zwei ärztliche Untersuchungen absolvieren müssen. Weitere Krankenstände seien aktuell nicht zu erwarten.

Die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung der Mitbeteiligten sei gegeben. Die Mitbeteiligte sei mit einer Weiterverwendung in ihrer derzeitigen Verwendung im Büro einverstanden. Eine Weiterbeschäftigung auf diesem Arbeitsplatz wäre aber seitens des Revisionswerbers nicht möglich, da die Arbeit, die im Moment von der Mitbeteiligten gefordert werde, nicht ausreiche, um eine Vollbeschäftigung zu rechtfertigen. Der Revisionswerber könne die Mitbeteiligte aktuell nicht anders als im abgetrennten Büro einsetzen, da das Arbeitsklima in der Küche maßgeblich leide. Ursache dafür, dass die Mitbeteiligte wieder in den Dienst gestellt worden sei, sei allein der Umstand, dass eine mehrjährige Dienstfreistellung gegenüber den den Sozialhilfeverband mitfinanzierenden Gemeinden nicht mehr zu rechtfertigen gewesen wäre. Der Revisionswerber brauche jemanden in der Küche.

3.1.3. In rechtlicher Hinsicht führt das Verwaltungsgericht - soweit von Bedeutung - zusammengefasst Folgendes aus:

Die belangte Behörde habe ihre Entscheidung auf den Zustimmungsgrund nach § 8 Abs. 4 1it. c BEinstG gestützt, wonach die Fortsetzung des Dienstverhältnisses dem Dienstgeber insbesondere dann nicht zugemutet werden könne, wenn der begünstigte Behinderte die ihm auf Grund des Dienstverhältnisses obliegenden Pflichten beharrlich verletze und der Weiterbeschäftigung Gründe der Arbeitsdisziplin entgegenstünden.

Diese Voraussetzungen seien im Beschwerdefall - entgegen der Rechtsansicht der belangten Behörde und des Revisionswerbers - jedoch nicht erfüllt.

Der Tätigkeitbereich der Mitbeteiligten ergebe sich in schriftlicher Form zunächst lediglich aus ihrem Dienstvertrag. Für die Mitbeteiligte gälten somit





die allgemeinen Dienstpflichten des K-GVBG. Ihr seien nach Zitierung der allgemeinen Dienstpflichten des § 10 K-GVBG Dienstpflichtverletzungen vorgeworfen worden, die in den Bereich der Küchenleitung gefallen seien. Angesichts des von der Heimleitung den Mitarbeitern äußerst vage vorgegebenen Verantwortungsbereichs im Küchenbetrieb hätten die überwiegenden Vorwürfe, die Mitbeteiligte habe nicht immer, wenn es erforderlich gewesen sei, beim Abwaschen mitgeholfen und ihre Kolleginnen miteingebunden und sich nicht ausreichend abgesprochen, nicht als grobe Dienstpflichtverletzung erkannt werden können, die eine Zustimmung zur Kündigung rechtfertigen würden. Unter Berücksichtigung der dargestellten Umstände habe weiters ebenfalls nicht festgestellt werden können, dass die Mitbeteiligte das Betriebsklima derart gestört hätte, dass ihre Weiterbeschäftigung im Betrieb nicht zumutbar wäre.

Weiters liege auch die rechtlich erforderliche Beharrlichkeit der Pflichtverletzung nicht vor. Nach dem Gesetzeswortlaut des § 8 Abs. 4 lit. c BEinstG müssen die auf Grund des Dienstverhältnisses obliegenden Pflichten beharrlich verletzt worden sein. Der Entlassungsgrund der beharrlichen Pflichtverletzung setze - worauf sowohl die belangte Behörde als auch der Revisionswerber selbst hingewiesen hätten - dabei in der Regel eine Ermahnung des Arbeitnehmers voraus (Hinweis auf dazu die bisherige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, etwa das Erkenntnis vom 30. April 2014, Zl. Ro 2014/11/0001). Zwar seien zwei schriftliche Ermahnungen erfolgt, jedoch lägen diesen Ermahnungen keine verwertbaren mehrfachen Pflichtverletzungen zu Grunde, die eine Zustimmung zur Kündigung rechtfertigen könnten. Es könne auch nicht gesagt werden, dass die Mitbeteiligte diesen Ermahnungen keine Folge geleistet hätte, zumal sie für einen Großteil der in der ersten Ermahnung angeführten Handlungen bzw. Unterlassungen, wie etwa die Speiseplangestaltung und die Lebensmittelbestellungen nach dieser Ermahnung - und zum Teil auch schon davor - gar keine Zuständigkeit und somit auch keine Verantwortlichkeit mehr gehabt habe. Bezüglich der zweiten Ermahnung lasse sich auch keine beharrliche Pflichtverletzung ableiten.





Die Meldungen der Mitarbeiterinnen beinhalteten entgegen der Ansicht des Heimleiters F auch nicht allesamt relevante Verletzungen der Dienstpflichten der Mitbeteiligten.

Aus dem Schreiben vom 27. Juni 2011, welches lediglich von drei Mitarbeiterinnen unterfertigt worden sei, könne nicht der Schluss gezogen werden, die Weiterbeschäftigung der Mitbeteiligten in der Küche könne aus Gründen des Betriebsfriedens nicht mehr erfolgen. Insbesondere in einer Situation wie der vorliegenden, in der bereits seit Ende des Jahres 2008 auch von externer Seite mehrfach (seitens des coachenden Vereines A sowie der ebenfalls einmal beigezogenen Mediatorin Fr. Dr. P) Vorwürfe des Mobblings und diskriminierender bzw ausgrenzender Handlungen gegenüber der Mitbeteiligten an ihrem Arbeitsplatz im Raum gestanden seien, sei der Revisionswerber im Rahmen seiner ihn treffenden Fürsorgepflicht gehalten gewesen, geeignete Vorsorge gegen eine Diskriminierung bzw Ausgrenzung der Mitbeteiligten zu treffen. Der Antrag auf Zustimmung zur Kündigung der Mitbeteiligten als Reaktion auf das gegenständliche Schreiben dreier Mitarbeiterinnen stelle keine solche Maßnahme dar. In diesem Zusammenhang werde auch auf die sich aus § 6 Abs. 1 BEinstG ergebende besondere Fürsorgepflicht des Dienstgebers verwiesen.

Auch hätten nach dem Gesagten die von der Rechtsprechung für das Vorliegen einer beharrlichen Pflichtverletzung geforderten Merkmale der Unnachgiebigkeit, Nachhaltigkeit oder Hartnäckigkeit der Dienstverweigerung (Hinweis auf Judikatur des OGH) im Verhalten der Mitbeteiligten nicht festgestellt werden können.

Unter Berücksichtigung dieser dargestellten Umstände könne nicht erkannt werden, dass die Mitbeteiligte das Betriebsklima derart gestört hätte, dass ihre Weiterbeschäftigung im Betrieb für den Dienstgeber nicht zumutbar wäre.

In Gesamtbetrachtung der vorliegenden Umstände des Beschwerdefalles sei auch unter Berücksichtigung der besonderen Schutzbedürftigkeit und des als äußerst schwer zu beurteilenden Einschnittes des Verlustes des Arbeitsplatzes der Mitbeteiligten als begünstigter Behinderten die Interessenabwägung



dahingehend zu treffen, dass dem Revisionswerber die Fortsetzung des Dienstverhältnisses eher zugemutet werden könne als der Mitbeteiligten der Verlust des Arbeitsplatzes.

Es sei daher der Beschwerde gemäß § 8 Abs. 2 BEinstG stattzugeben und der beabsichtigten Kündigung gemäß § 8 Abs. 2 BEinstG nicht zuzustimmen.

3.2.1. Die Revision bringt zusammengefasst vor, das Verwaltungsgericht habe in unrichtiger Weise und im Widerspruch zu sämtlichen bisher gewonnen Beweisergebnissen im Verfahren angenommen, dass die Mitbeteiligte ab dem Mai 2008 nicht mehr die Küchenleitung inne gehabt habe. Das Verwaltungsgericht habe daraus gefolgert, dass der Mitbeteiligten in der Ermahnung vom 27. November 2008 Verhaltensweisen im Zeitraum Mai 2008 bis November 2008 nicht mehr zum Vorwurf gemacht werden könnten und diese Ermahnung daher in wesentlichen Bereichen unberechtigt erfolgt sei, was wiederum Auswirkungen auf die Beharrlichkeit der Pflichtverletzung habe. Die Feststellung zum Entzug der Küchenleitung im Mai 2008 sei aktenwidrig. Aus dem Bescheid der belangten Behörde, dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 30. April 2014 und letztlich den Ausführungen der Mitbeteiligten (vor der belangten Behörde) ergebe sich, dass die Mitbeteiligte die Küchenleitung bis November/Dezember 2008 ausgeübt habe. Das rechtliche Ergebnis werde dadurch ungünstig beeinflusst, was einen relevanten Verfahrensmangel darstelle.

3.2.2. Eine weitere Aktenwidrigkeit liege darin, dass das Verwaltungsgericht zur Stützung der Behauptung der Mitbeteiligten, ihr gegenüber sei massives Mobbing betrieben worden, auch auf Beweisergebnisse zurückgreife, die in dieser Form der Revisionswerberin nicht bekannt seien. Die Beweisergebnisse, wonach der Betreuer des Vereines A angenommen habe, im Betrieb der Revisionswerberin läge massives Mobbing gegen die Mitbeteiligte vor, seien der Revisionswerberin nicht bekannt; es gebe kein Beweisergebnis, wonach der Betreuer tatsächlich eine derartige auf massives Mobbing bezogene Äußerung getätigt habe.



3.2.3. Den Beweisanträgen des Revisionswerbers auf Vernehmung der Zeugen M, G und H in der Verhandlung vom 17. September 2015 sei keine Folge gegeben worden, obwohl die belangte Behörde in ihrem Bescheid, gestützt auf die Aussagen dieser Zeugen, die Tatbestandsmäßigkeit der (auf Seite 2 des Bescheides genannten) Weisungsverstöße und Verfehlungen angenommen habe. Das Verwaltungsgericht habe zunächst laut Protokoll diese Aussagen im Rahmen der Verhandlung vom 17. September 2015 übernommen, eine Auseinandersetzung mit den erstinstanzlich vorliegenden und gegenteiligen Beweisergebnissen sei aber im gesamten Erkenntnis nicht erfolgt. Das Erkenntnis enthalte keine Beweiswürdigung dahin, weshalb die Aussagen der im Verfahren vor der belangten Behörde angehörten Zeugen überhaupt keine Bedeutung mehr haben sollten. Gerade für die in der Verhandlung vom 17. September 2015 zu Tage getretenen Widersprüche zwischen den Aussagen der Mitbeteiligten und des Heimleiters F und der Zeugin A seien die diesbezüglichen Beweisanbote erfolgt. Bei Einvernahme der beantragten Zeugen hätte sich auch ergeben, dass unter der „Versehung des Küchendienstes“ sämtliche in einer Küche erforderlichen Arbeiten zu verstehen seien, weiters, dass die Mitbeteiligte sehr wohl den Abwasch verweigert habe, was sie auch selbst (in der Verhandlung vor der belangten Behörde) zugestanden habe, und dass sie das Arbeitsklima im Pflegeheim „vergiftet“ habe, in dem sie Besprechungen protokolliert und Dienstpläne abgeschrieben und bewusst falsch gekocht habe.

Die Zeugin F, die vom Verwaltungsgericht vernommen worden sei, sei nur bis zum Jahr 2009 beim Revisionswerber beschäftigt gewesen, habe nicht mit der Mitbeteiligten zusammen gearbeitet und daher auch keine persönlichen Wahrnehmungen gemacht.

Das Verwaltungsgericht habe es schließlich unterlassen, auf die massiven Vorwürfe der Mitbeteiligten gegen ihren Vorgesetzten (den Heimleiter F), er habe sie sexuell belästigt, er habe sie überwacht, er habe ein Verhältnis mit einer anderen Mitarbeiterin, ausreichend einzugehen. Gerade diese Vorwürfe der Mitbeteiligten hinsichtlich sexueller Belange, müssten, weil unberechtigt,





zu einem massiven Vertrauensverlust und auch zu einer Beschädigung der Arbeitsdisziplin führen.

Aus all diesen Gründen ergebe sich, dass die Einvernahme der in der Verhandlung beantragten Zeugen zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, dass nämlich die Mitbeteiligte selbst eine Vielzahl von Verfehlungen, Pflichtverletzungen und Weisungsverstößen zu verantworten habe, die letztlich eine Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses unzumutbar gemacht hätten.

3.3. Damit wird im Ergebnis eine zur Aufhebung führende Rechtswidrigkeit des angefochtenen Erkenntnisses aufgezeigt.

3.3.1. Bei der Entscheidung des Behindertenausschusses des Bundessozialamtes (jetzt: Sozialministeriumservice) gemäß § 8 BEinstG handelt es sich um eine Ermessensentscheidung. Die Behörde hat bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen die Möglichkeit, die Zustimmung zur Kündigung zu erteilen, muss das aber nicht tun, wenn im Sinne des Gesetzes gelegene Gründe gegen die Zustimmung zur Kündigung sprechen. Der hinter § 8 BEinstG gelegene Sinn des Gesetzes liegt darin, dass der Behörde die Möglichkeit verschafft wird, abzuwägen, ob eher dem Arbeitnehmer eine Kündigung oder dem Dienstgeber eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses zugemutet werden kann. Enthält das Vorbringen des Dienstgebers Gründe, die für eine Zustimmung zur Kündigung sprechen, weil der Dienstnehmer einen Tatbestand des § 8 Abs. 4 BEinstG verwirklicht hat, wird es - falls diese tatsächlich vorliegen - regelmäßig im Sinne des Gesetzes liegen, die Zustimmung zur Kündigung zu erteilen (vgl. zum Ganzen z.B. die hg. Erkenntnisse vom 16. Dezember 2013, Zl. 2013/11/0111, und vom 18. September 2012, Zl. 2011/11/0149). Nicht im Sinne des Gesetzes liegt die Erteilung der Zustimmung zu einer Kündigung eines begünstigten Behinderten, wenn diese nur den Zweck hätte, den Behinderten trotz grundsätzlicher Eignung zur Dienstleistung wegen seiner Invalidität zu benachteiligen bzw. aus dem Betrieb zu entfernen. Behinderte Menschen genießen zwar einen erhöhten Kündigungsschutz, sie sollen jedoch nicht praktisch unkündbar gemacht werden (vgl. zB. das hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 2004, Zl. 2004/11/0042).





3.3.2. Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits in seiner ständigen Judikatur zu § 8 BEinstG vor der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 betont, dass die Rechtmäßigkeit der - nach der alten Rechtslage noch unmittelbar bei ihm angefochtenen - Bescheide letztinstanzlicher Verwaltungsbehörden, mit denen Ermessen geübt wurde, davon abhing, ob die Behörde von dem ihr eingeräumten Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht hat (vgl. zB. das hg. Erkenntnis vom 16. Dezember 2013, Zl. 2013/11/0111). Eine solche Prüfung setzt voraus, dass alle für diese Entscheidung wesentlichen tatsächlichen Umstände unter Einhaltung der maßgebenden Verfahrensvorschriften ermittelt und berücksichtigt wurden. Es unterliegt der vollen Kontrolle, ob alle für die Ermessensübung maßgeblichen Umstände in die Abwägung einbezogen wurden, sowie ferner, ob die Behörde Umstände in die Erwägungen einbezogen hat, die bei richtiger rechtlicher Beurteilung dabei nicht hätten berücksichtigt werden dürfen (vgl. zB. das hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 2004, Zl. 2003/11/0251).

Diese auf Art. 130 Abs. 2 B-VG aF gestützte Überlegung ist angesichts des Art. 130 Abs. 3 B-VG auf die Überprüfung von behördlichen Ermessensentscheidungen durch ein Verwaltungsgericht zu übertragen (vgl. in diesem Zusammenhang auch Pkt. 2.2.1. des bereits zitierten, den Revisionswerber betreffenden hg. Vorerkenntnisses vom 30. April 2014). Gemäß Art. 130 Abs. 3 B-VG liegt - von hier unbeachtlichen Ausnahmen abgesehen, Rechtswidrigkeit nicht vor, soweit das Gesetz der Verwaltungsbehörde Ermessen einräumt und sie dieses im Sinne des Gesetzes geübt hat. Es war demnach Aufgabe des Verwaltungsgerichtes zu überprüfen, ob sich die Zustimmung zur Kündigung durch die belangte Behörde als Ermessensübung im Sinne des Gesetzes erwies, und zwar - mangels Indizien für eine Abweichung von Fällen mit „gebundener“ Entscheidung - vor dem Hintergrund der im Zeitpunkt der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung bestehenden Sach- und Rechtslage. Bejahendenfalls wäre die Beschwerde (vormals Berufung) - ohne dass das Verwaltungsgericht befugt wäre, in eine eigene Ermessenentscheidung einzutreten - abzuweisen gewesen. Erst wenn sich die behördliche Ermessensübung im Ergebnis als nicht im Sinne des Gesetzes erfolgt erwiesen hätte - was insb. auch der Fall wäre, wenn die für die



Übung des Ermessens maßgeblichen Umstände nicht frei von Verfahrensmängeln oder unvollständig festgestellt wurden - wäre das Verwaltungsgericht befugt gewesen, bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine Entscheidung in der Sache selbst (§ 28 Abs. 2 VwGVG), gegebenenfalls nach Ergänzung des Ermittlungsverfahrens eigenes Ermessen zu üben (nur bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen für eine Entscheidung in der Sache selbst wäre nach § 28 Abs. 4 VwGVG vorzugehen gewesen).

Für den Revisionsfall ergibt sich daraus Folgendes:

3.3.3. Die belangte Behörde hat in ihrem Bescheid vom 13. Dezember 2012 unzweifelhaft eine Ermessenentscheidung (zugunsten des Revisionswerbers) getroffen. Der Begründung des angefochtenen Erkenntnisses ist zu entnehmen, dass das Verwaltungsgericht - gestützt auf eigene Ermittlungsergebnisse - die behördliche Ermessensübung für rechtswidrig erachtet und in der Sache selbst nach § 28 Abs. 2 VwGVG eine eigene Ermessensentscheidung (zugunsten der Mitbeteiligten) getroffen hat.

3.3.4. Wie im Folgenden zu zeigen ist, sind dem Verwaltungsgericht dabei jedoch relevante Verfahrensfehler unterlaufen, die es dem Verwaltungsgerichtshof verwehren zu überprüfen, ob die rechtliche Beurteilung des Verwaltungsgerichtes, derzufolge die Ermessensübung der belangten Behörde nicht im Sinne des Gesetzes erfolgt sei, ihrerseits stichhältig ist.

3.3.4.1. Nach § 25 Abs. 6 VwGVG sind in der Verhandlung die zur Entscheidung der Rechtssache erforderlichen Beweise aufzunehmen und nach Abs. 7 leg. cit. ist bei Fällung des Erkenntnisses nur auf das Rücksicht zu nehmen, was in dieser Verhandlung vorgekommen ist.

Hat die Verwaltungsbehörde bereits Feststellungen getroffen und geht das Verwaltungsgericht von diesen ab, so darf es dies nur unter der Voraussetzung tun, dass es alle entsprechenden und maßgeblichen Beweise aufnimmt und in der Beweiswürdigung darlegt, weshalb es - entgegen den Feststellungen der Behörde - zu anderen Feststellungen gelangt ist.



3.3.4.2. Im Revisionsfall hat das Verwaltungsgericht die Feststellung getroffen, dass der Mitbeteiligten „ab Mai 2008“ die Küchenleitung entzogen wurde. Die belangte Behörde hatte in ihrem Bescheid hingegen die Feststellung getroffen, dass der Mitbeteiligten mit Dienstanweisung vom 11. Dezember 2008 die Küchenleitung entzogen wurde. Wie aus dem vorgelegten Akt der belangten Behörde ersichtlich, hat die Mitbeteiligte selbst in der Verhandlung vor der belangten Behörde vom 26. November 2012 angegeben, die Küchenleitung bis November 2008 innegehabt zu haben (AS 261). In der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 17. September 2015 gibt es insgesamt vier verschiedene Angaben, wann der Mitbeteiligten die Küchenleitungen entzogen worden sei (der Mitbeteiligten, des Vertreters der Mitbeteiligten, des Revisionswerbers und des Heimleiters F vgl. S.24 und S. 35 der Niederschrift).

Im gesamten Erkenntnis finden sich keine beweismäßigenden Ausführungen des Verwaltungsgerichtes, wie es - vor dem Hintergrund des Verwaltungsaktes und der Beweisergebnisse in der Verhandlung - zu dieser Feststellung gekommen ist. Diese Feststellung ist insofern relevant, zumal das Verwaltungsgericht in der Folge ua. die Beharrlichkeit der Pflichtverletzung der Mitbeteiligten verneint, zumal die Mitbeteiligte zum Zeitpunkt der Ermahnung die Küchenleitung schon nicht mehr inne gehabt hätte und ihr daher diese „Verfehlungen“ gar nicht hätten angelastet werden dürfen und somit nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes keine Beharrlichkeit der Pflichtverletzung bezeugen könnten.

Soweit (auf S. 24) des angefochtenen Erkenntnisses ausgeführt wird, aus den Aussagen der Zeugen M und H vor der belangten Behörde ergebe sich, dass die Mitbeteiligte für die Erstellung des Speiseplanes und die Durchführung von Bestellungen im Zeitpunkt des Vorhaltes und der Ermahnung im November 2008 gar nicht mehr zuständig gewesen sei, ist festzuhalten, dass sich derartige Aussagen dem Verhandlungsprotokoll der belangten Behörde (AS 251-254) nicht entnehmen lassen (die Zeugin H hat vielmehr angegeben, dass die Mitbeteiligte am 13. November 2010 noch Küchenchefin gewesen sei; AS 253 verso).





3.3.4.3. Des Weiteren geht das Verwaltungsgericht im angefochtenen Erkenntnis (unter „Beweiswürdigung“; S. 29 und 30) von der Sachverhaltsannahme aus, dass im Betrieb des Revisionswerbers massives Mobbing und diskriminierende und ausgrenzende Handlungen gegenüber der Mitbeteiligten gesetzt worden seien. Dies sei auch in der Verhandlung thematisiert worden.

Laut dem Verhandlungsprotokoll (S. 22) wird dem Heimleiter F die AS 193 des behördlichen Aktes vorgehalten, bei der es sich um einen Aktenvermerk der belangten Behörde handelt, in dem ein Betreuer des Vereines A schildert, dass man von Seiten des Revisionswerbers und von der Kollegenschaft der Mitbeteiligten „in keinster Weise“ Verständnis entgegen bringe. Massives Mobbing oder diskriminierende und ausgrenzende Handlungen werden aber nicht erwähnt. Die Betreuer des Vereines (H J, A T) wurden vom Verwaltungsgericht nicht als Zeugen vernommen. Eine Einvernahme der Kollegenschaft, insbesondere der Mitarbeiterinnen, die mit der Mitbeteiligten in der Küche zusammen gearbeitet haben und mit denen es vorrangig „Probleme“ gegeben habe (M, G und H), ist ebenfalls unterblieben. Wie das Verwaltungsgericht zu den Sachverhaltsannahmen, dass beim Revisionswerber massives Mobbing und diskriminierende und ausgrenzende Handlungen gegenüber der Mitbeteiligten gesetzt wurden, gekommen ist, ist für den Verwaltungsgerichtshof schlicht nicht nachvollziehbar.

3.3.4.4. Die belangte Behörde hatte ihrer Entscheidung zu Grunde gelegt, dass sich aus den vor ihr erfolgten Zeugenaussagen, vor allem der Zeuginnen M, G und H, ergeben hätte, dass das Betriebsklima gestört sei. Das Verwaltungsgericht hat es - trotz Beweisanbotes des Revisionswerbers - unterlassen, jene Zeugen zu vernehmen, die mit der Mitbeteiligten in der Küche zusammengearbeitet haben. Wie der Revisionswerber zutreffend vorbringt, hat es die vor der belangten Behörde getätigten Aussagen dieser Zeugen auch in der Beweiswürdigung nicht gewürdigt. Die Aussagen dieser Zeuginnen wären nicht nur vor dem Hintergrund der vorgeworfenen Dienstpflichtverletzungen oder der Mobbingvorwürfe relevant gewesen, sondern auch dahingehend, ob die Weiterbeschäftigung der Mitbeteiligten dem Revisionswerber aktuell





möglich ist, weil immerhin zwei dieser Zeuginnen aktuell noch bei dem Revisionswerber beschäftigt sind und auch in der Folge wieder mit der Mitbeteiligten zusammen arbeiten würden.

Zudem wäre - vor dem Hintergrund der Angaben hiezu in der mündlichen Verhandlung - darzulegen gewesen, ob die von der Mitbeteiligten angeblich behauptete sexuelle Belästigung oder „Überwachung“ durch den Heimleiter F als erwiesen angenommen werde bzw. allenfalls eine Falschanschuldigung darstellt. Die belangte Behörde war in ihrem Bescheid darauf - vor dem Hintergrund der von ihr festgestellten Dienstpflichtverletzungen - nicht mehr eingegangen. Das Verwaltungsgericht hat auch in seiner Verhandlung zu diesem Umstand sowohl die Mitbeteiligte als auch den Heimleiter F vernommen. Wie der Revisionswerber richtig vorbringt, können derartige Vorwürfe, sollten sie sich als unbegründet erweisen, sehr wohl zur Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Dienstverhältnisses iSd. § 8 Abs. 4 BEinStG führen. Das angefochtene Erkenntnis leidet somit auch in diesem Punkt an einer fehlenden Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts.

3.4. Das angefochtene Erkenntnis war aus diesen Erwägungen gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG aufzuheben.

4. Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm. der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013.



Das Mehrbegehren war zum einen deshalb abzuweisen, weil die Eingabengebühr nach § 24 Abs. 3 VwGG gemäß § 48 Abs. 1 Z. 1 VwGG nur zu ersetzen ist, wenn sie im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof zu entrichten war, was gegenständlich zufolge § 23 BEinstG nicht der Fall ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2012, Zl. 2008/11/0119). Zum anderen ist der begehrte zusätzliche Ersatz der Umsatzsteuer in der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014 nicht vorgesehen, weil die Umsatzsteuer bereits im Pauschalsatz für Schriftsataufwand enthalten ist.

W i e n , am 1. März 2016

