

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

27.01.2011

Geschäftszahl

2010/09/0146

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Rosenmayr, Dr. Bachler, Dr. Strohmayer und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Schmidl, über die Beschwerde des Dipl. Ing. PB in W, vertreten durch Dr. Andreas Ladstätter, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Jasomirgottstraße 6, gegen den Bescheid des Dienstrechtssenates der Stadt Wien vom 18. Juni 2010, Zl. DS-D - 252/2010, betreffend Disziplinarstrafe der Entlassung nach der DO 1994 (weitere Partei: Wiener Landesregierung), zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Der Beschwerdeführer hat der Stadt Wien Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 4. Juni 2009 wurde der Beschwerdeführer für schuldig erkannt, er habe am 13. Februar 2009 in W nachfolgende Personen, außer den Fällen des § 201 StGB, mit Gewalt zur Duldung oder Vornahme einer geschlechtlichen Handlung genötigt, und zwar

A.) (Frau) RW, indem er seine Geschlechtsteile entkleidete, ihre rechte Hand auf seinen Penis legte und damit Auf- und Abbewegungen durchführte, sie mit der linken Hand im Nackenbereich umklammerte, sodass seine Hand ihren Hals fast umschlossen hatte, ihr die Hose auszog und sie im Vaginalbereich betastete;

B.) (Frau) DK, indem er sie mit beiden Händen fest auf beiden Brüsten umfasste und sich an ihren Brüsten festhielt.

Er hat dadurch zu A.) und B.) die Verbrechen der geschlechtlichen Nötigung nach § 202 Abs. 1 StGB begangen und wurde unter Anwendung von § 28 Abs. 1 StGB nach dem Strafsatz des § 202 Abs. 1 StGB zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten, welche unter Setzung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen wurde, sowie zu einer (unbedingten) Geldstrafe von 300 Tagsätzen a EUR 15,-- verurteilt. Dieses Urteil ist in Rechtskraft erwachsen.

Mit Bescheid der Disziplinarbehörde erster Instanz vom 11. März 2010 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, folgende Dienstpflichtverletzung begangen zu haben: Er habe als Beamter außer Dienst nicht alles vermieden, was die Achtung und das Vertrauen, die seiner Stellung entgegengebracht werden, untergraben könnte, indem er am 13. Februar 2009 die eingangs umschriebenen strafgerichtlich abgeurteilten Handlungen begangen und damit den Tatbestand des § 202 Abs. 1 des Strafgesetzbuches (StGB) verwirklicht habe.

Er habe hierdurch die in § 18 Abs. 2 zweiter Satz der Dienstordnung 1994 (DO 1994), LGBI. für Wien Nr. 56 idGF, normierten Dienstpflichten verletzt.

Wegen dieser Dienstpflichtverletzung wurde über ihn gemäß § 76 Abs. 1 Z. 3 DO 1994 die Disziplinarstrafe der Geldstrafe in der Höhe des 7-fachen Monatsbezuges unter Ausschluss der Kinderzulage verhängt.

Ausschließlich gegen die Verhängung der Disziplinarstrafe in der Höhe von sieben Monatsbezügen erhob die Disziplinaranwältin Berufung. Sie beantragte die Verhängung der Disziplinarstrafe der Entlassung.

Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde das Disziplinarerkenntnis der Behörde erster Instanz dahingehend abgeändert, dass die Disziplinarstrafe der Entlassung verhängt wurde.

Die belangte Behörde führte begründet im Wesentlichen aus:

"Die Strafe ist auf der Grundlage der Schwere der Dienstpflichtverletzung zu bemessen. Bei ihrer Verhängung ist daher vom Ausmaß der Schuld des Täters als Grundlage für die Bemessung der Strafe auszugehen.

Bei Rechtsverletzungen, die außer Dienst oder ohne Zusammenhang mit der dienstlichen Tätigkeit erfolgen, stellt die Judikatur jeweils darauf ab, ob der Schutz des betreffenden Rechtsgutes allgemein zu den Berufspflichten des Beamten gehört oder Rückwirkungen auf den Dienst gegeben sind. Eine solche Rückwirkung des Verhaltens des Beamten auf den Dienst ist dann gegeben, wenn dieses bei objektiver Betrachtung geeignet ist Bedenken auszulösen, er werde seine dienstlichen Aufgaben - das sind jene konkreten ihm zur Besorgung übertragenen Aufgaben, aber auch jene Aufgaben, die jedem Beamten zukommen - nicht in sachlicher (rechtmäßig und korrekt sowie unparteiisch und in uneigennütziger) Weise erfüllen. Dabei ist von einer typischen Durchschnittsbetrachtung auszugehen. Ob das außerdienstliche Verhalten des Beamten an die Öffentlichkeit gedrungen ist oder nicht, spielt bei der Beurteilung des Dienstbezuges keine rechtserhebliche Rolle. Bei der Prüfung der Rückwirkung des Verhaltens auf den Dienstbetrieb darf es sich nicht bloß um ein geringes Fehlverhalten des Beamten handeln (vgl. hiezu VwGH vom 24. Februar 1995, Zl. 93/09/0418).

Der (Beschwerdeführer) hat in dem von seiner Ehegattin geführten Lokal, dessen Teilhaber er ist, zwei Kellnerinnen, die ihn nach ihren eigenen Angaben als 'Chef' bezeichneten und zu denen er in einem gewissen Autoritäts- bzw. Vorgesetztenverhältnis stand, mit Gewalt zur Duldung bzw. zur Vornahme sexueller Handlungen genötigt. Dieses vom (Beschwerdeführer) gesetzte außerdienstliche Fehlverhalten hat insofern Rückwirkungen auf den Dienstbetrieb, als es zu den grundlegenden Verhaltenspflichten eines jeden Beamten der Gemeinde Wien zählt, das Ansehen der Wiener Stadtverwaltung auch im Privatbereich nicht durch Missachtung der körperlichen und sexuellen Integrität anderer Personen herabzuwürdigen. Die Beamten der Stadt Wien sind nämlich nicht nur zur Vertrauenswahrung in die sachliche Wahrnehmung ihrer dienstlichen Aufgaben verpflichtet, sondern haben insbesondere auch außer Dienst alles zu vermeiden, was die Achtung und das Vertrauen, die ihrer Stellung entgegengebracht werden, untergraben könnte (vgl. VwGH vom 4. April 2001, Zl. 98/09/0078).

Angesichts der sich aus den Begleitumständen der Tat ergebenden erheblichen Schwere der Dienstpflichtverletzung hat der (Beschwerdeführer) das Vertrauen der Dienstgeberin in seine Zuverlässigkeit stark und nachhaltig belastet sowie dem Ansehen der Stadt Wien erheblichen Schaden zugefügt. Diesbezüglich ist von einem hohen Grad des Verschuldens und einem hohen Unrechtsgehalt auszugehen, weshalb keinesfalls ein bloß geringes Fehlverhalten des (Beschwerdeführers) vorliegt, was auch durch die strafgerichtliche Verurteilung zu einer - bedingten - Haftstrafe untermauert wird.

Nach der - auch auf § 76 DO 1994 anwendbaren - Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (Erkenntnis vom 14. November 2007, Zl. 2005/09/0115) ist eine Entlassung aber nicht nur auf den Vertrauensverlust des Dienstgebers zu stützen, sondern sind zudem die spezialpräventive Erforderlichkeit der beabsichtigten Strafhöhe (Entlassung) sowie die Strafbemessungsgründe gemäß §§ 32 bis 35 StGB in gleichem Ausmaß zu berücksichtigen.

Die spezialpräventive Erforderlichkeit einer (der disziplinarrechtlichen Tatschuld angemessenen) Entlassung wird dabei nicht erst dann anzunehmen sein, wenn sich die Aussichten auf ein künftiges Unterbleiben von Dienstpflichtverletzungen - bei Beschränkung auf die nach § 92 Abs. 1 Z 1 bis 3 BDG 1979 (Anm.: dies entspricht § 76 Abs. 1 Z 1 bis 3 DO 1994) zu Gebote stehenden Möglichkeiten - in einer vagen Hoffnung erschöpfen würden, und wird umgekehrt nicht nur bei besonderer Gewähr dafür zu verneinen sein. Abzustellen ist auf den dazwischen liegenden Maßstab einer begründeten Wahrscheinlichkeit.

Eine Gewährung der bedingten Strafnachsicht durch das Strafgericht, deren Gewicht auch von der Ausführlichkeit und dem näheren Inhalt ihrer Begründung abhängen wird, kann nur als Indiz gegen die Annahme einer Wiederholungsgefahr sprechen (VwGH vom 14. November 2007, Zl. 2005/09/0115).

Die sexuellen Übergriffe auf zwei Kellnerinnen ergeben den Eindruck eines gewaltbereiten und unbeherrschten Menschen, der sich nicht in jeder Situation unter Kontrolle hat. Angesichts dieses Persönlichkeitsbildes könnte die Dienstgeberin nicht mehr mit der angesichts ihrer Fürsorgepflicht für ihre weiblichen Bediensteten erforderlichen Sicherheit davon ausgehen, dass der (Beschwerdeführer) nicht auch im Rahmen seiner Tätigkeit bei der Stadt Wien sexuelle Übergriffe tätigt. Der entscheidende Gesichtspunkt ist hierbei, dass sich die Verwaltung auf die Redlichkeit und Vertrauenswürdigkeit eines Beamten bei dessen Dienstaussübung verlassen muss, da eine lückenlose Kontrolle nicht möglich ist. Im Hinblick auf die erwähnte Fürsorgepflicht der Dienstgeberin sowie die Tatsache, dass nicht mit Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass der (Beschwerdeführer) seinen Karenzurlaub nicht vorzeitig beendet und seine Tätigkeit wieder aufnimmt, sprechen auch die spezialpräventiven Erwägungen gegen eine Weiterbeschäftigung des (Beschwerdeführers), zumal eine solche auf einem Dienstposten, bei welchem sichergestellt wäre, dass er keinen Kontakt zu weiblichen Bediensteten hat, nicht denkbar ist.

Zu den Strafbemessungsgründen der §§ 32 bis 35 StGB hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 14. November 2007, Zl. 2005/09/0115, ausgeführt, dass alle geltend gemachten oder nach Aktenlage zu berücksichtigenden Milderungsgründe einzubeziehen sind.

Mildernd waren die disziplinare Unbescholtenheit und die ausgezeichnete Dienstbeschreibung des (Beschwerdeführers) zu berücksichtigen. Der Umstand, dass sich der (Beschwerdeführer) nach Kenntnis der ihm zur Last gelegten Vorfälle 'aus eigenem Antrieb' karenzieren ließ, wirkte sich hingegen nicht mildernd aus, da die Karenzierung weder einen Strafbemessungsgrund nach dem Strafgesetzbuch noch eine Form der Reue oder Schadenswiedergutmachung darstellt.

Soweit der (Beschwerdeführer) vorbringt, es sei als mildernd zu berücksichtigen, dass er sein inkriminiertes Verhalten in 'privater Umgebung' bzw. nicht im 'Kontakt mit Parteien' gesetzt habe, verkennt er, dass Verfehlungen, die außerhalb des Dienstes gesetzt worden sind, aufgrund des § 18 Abs. 2 zweiter Satz DO 1994 (arg.: 'und außer Dienst') ebenfalls den Kern der Dienstpflichten verletzen können. Auch die vom (Beschwerdeführer) selbst verursachte Alkoholisierung stellt keinen Milderungsgrund dar. Die zweifache Tatbegehung war demgegenüber als erschwerend zu werten.

Angesichts der dargestellten Überlegungen zur Strafbemessung gelangt der Dienstrechtssenat in einer Gesamtabwägung über die Angemessenheit und Erforderlichkeit der zu verhängenden Strafe zu dem Ergebnis, dass den zu beurteilenden Verfehlungen nur die Disziplinarstrafe der Entlassung gerecht wird.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine Versetzung in den Ruhestand anstelle der Entlassung gemäß § 76 Abs. 3 DO 1994 insofern nicht vorliegen, als den (Beschwerdeführer) die Entlassung nicht unverhältnismäßig hart trifft. Einerseits verfügt er laut Strafurteil über ein Einkommen in der Höhe von 1.500,-- Euro netto monatlich aus seiner Beteiligung an dem Lokal seiner Frau, andererseits kann er mit einer ASVG-Pension rechnen."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Zu Recht weist die belangte Behörde darauf hin, dass der Schuldspruch des Disziplinarerkenntnisses erster Instanz in Rechtskraft erwachsen ist.

Insoweit sich die nunmehr ausschließlich die Höhe der Disziplinarstrafe betreffenden Erwägungen in der Beschwerde auch auf Elemente beziehen, die bereits im zu Grunde liegenden gerichtlichen Strafverfahren festgestellt wurden, ist der Beschwerdeführer daran zu erinnern, dass die Bindungswirkung strafgerichtlicher Verurteilungen auch die Feststellungen zum "inneren Tatbestand" (Schuldform) und zur "Zurechnungsfähigkeit", soweit sie dem Spruch zu Grunde gelegt wurden (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2010, Zl. 2009/09/0209), umfasst. Im vorliegenden Fall hat sich die belangte Behörde daher zu Recht auf das gegen den Beschwerdeführer ergangene, verurteilende Strafurteil gestützt.

Der Beschwerdeführer wendet unter Hinweis auf § 84 Abs. 13 DO 1994 als Rechtswidrigkeit des Inhaltes die unrichtige Zusammensetzung der Disziplinarbehörde erster Instanz ein, weil als Senatsvorsitzende eine Frau entschieden habe.

Gemäß § 84 Abs. 13 DO 1994 muss dann, wenn Gegenstand des Disziplinarverfahrens eine als sexuelle Belästigung zu wertende Dienstpflichtverletzung ist, der Senatsvorsitzende dem gleichen Geschlecht angehören, "wie die von dieser Dienstpflichtverletzung betroffene Person, gleichgültig, ob diese Person Bediensteter der Gemeinde Wien ist oder nicht". Gehört der Senatsvorsitzende dem anderen Geschlecht an, gilt dies als Verhinderung im Sinn der Abs. 8 und 9.

Schon nach dem Wortlaut der Bestimmung ist unzweifelhaft, dass als "betroffene Person" das Opfer einer sexuellen Belästigung - und nicht, wie der Beschwerdeführer vermeint, der Disziplinarbeschuldigte - gemeint ist. Ansonsten wäre der Halbsatz "gleichgültig, ob diese Person Bediensteter der Gemeinde Wien ist oder nicht", unsinnig, weil gegen einen Nichtbediensteten weder das Disziplinarrecht gilt noch ein Disziplinarverfahren geführt werden kann. Da es um die sexuelle Belästigung von zwei Frauen geht und Vorsitzende der Disziplinarbehörde erster Instanz eine Frau war, entsprach die Zusammensetzung dem Gesetz.

Sodann rügt der Beschwerdeführer unrichtig ausgeübtes Ermessen der belangten Behörde.

Er wendet im Zusammenhang mit der Spezialprävention ein, die von ihm selbst veranlasste Karenzierung spräche gegen die Notwendigkeit der Entlassung, insbesondere weil er nicht vorhabe, die Karenzierung vorzeitig zu beenden. Damit verkennt er, dass die Frage der Karenzierung bzw. deren eventuelles vorzeitiges Ende für die Frage der Spezialprävention im gegenständlichen Fall, in dem es um die Setzung von Disziplinarverfehlungen außer Dienst geht, keine entscheidende Aussagekraft besitzt, weil ein Beamter verpflichtet ist, sowohl im Dienst als auch außerhalb die Dienstpflichten einzuhalten, und - wie die belangte Behörde ausführt - auch eine Beendigung der Karenzierung möglich wäre. Angesichts der gerichtlich festgestellten Begleitumstände (z.B. die wiederholten "anzüglichen" Äußerungen, die zweifache Tatbegehung binnen kurzer Zeit), ist keinesfalls auszuschließen, dass der Beschwerdeführer bei einer weiteren Gelegenheit, eine ähnliche Tat wieder setzen könnte.

Der Beschwerdeführer sieht seine Karenzierung auch als "Reue" und damit als weiteren Milderungsgrund. Schon deshalb, weil er in seinem Antrag auf Karenzierung vom 16. April 2009 keine diesbezügliche Erwähnung gemacht hat, sohin auch ein anderes Motiv in Frage käme (etwa angesichts der Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers im Lokal S eine andere berufliche Orientierung), kann aus der Stellung eines Antrages auf Karenzierung kein Hinweis auf die behauptete Reue erblickt werden. Insbesondere aber spricht gegen eine solche Reue, dass der Antrag auf Karenzierung vom 16. April 2009 stammt, der Beschwerdeführer aber in seinem Schriftsatz zum Parteiengehör vom 10. November 2009, sohin lange nach dem Karenzierungsantrag, die Anzeigen und Aussagen der betroffenen Kellnerinnen sowie von Zeugen, die zur gerichtlich rechtskräftigen Verurteilung vom 4. Juni 2009 geführt hatten, als "hinterhältige Verleumdung auf unterstem Niveau" bezeichnete, die Tatbegehung bestritt und teils heftige Angriffe gegen die Opfer, Zeuginnen und sogar Gerichtspersonen erhob. Dieses Verhalten ist das Gegenteil von Reue. Daran ändert es nichts, dass er - nunmehr anwaltlich vertreten - diesen Schriftsatz mit anwaltlicher Stellungnahme vom 1. März 2010 "zurückgezogen" hat.

Der Beschwerdeführer möchte als Milderungsgrund gewertet wissen, er habe die Tat "zugestanden". Damit verkennt er, dass ein bloßes Zugestehen des Tatsächlichen keinen Milderungsgrund bildet; im Übrigen ist er erneut auf den bereits erwähnten Schriftsatz vom 10. November 2009 zu verweisen, in dem er die Tatbegehung bestritten hat.

Der Beschwerdeführer behauptet, dass die außerhalb des Dienstes gesetzten Verfehlungen nicht gleich schwer wiegen könnten, wie im Dienst gesetzte. Die zur Schwere der Dienstpflichtverletzungen und zum disziplinarischen Überhang im angefochtenen Bescheid enthaltene Begründung der belangten Behörde, die wesentlich im Einklang mit den gerichtlichen Feststellungen darauf abstellt, dass der Beschwerdeführer die Verfehlungen in seiner Position als Teilhaber eines Lokales gesetzt habe, dort von den Kellnerinnen als "Chef" angesehen worden sei und zu denen er in einem gewissen Autoritäts- bzw. Vorgesetztenverhältnis gestanden sei, ist nicht als rechtswidrig zu erkennen, weil daraus ein besonderer Funktionsbezug zu seiner dienstlichen Stellung als Vorgesetzter zu erkennen ist, weshalb die belangte Behörde zu Recht von einem disziplinarischen Überhang und einer hohen Schwere der Taten ausgegangen ist.

Die belangte Behörde hat die disziplinarische Unbescholtenheit und die ausgezeichnete Dienstbeschreibung als mildernd berücksichtigt, was auch den vom Beschwerdeführer behaupteten "untadeligen Lebenswandel", den Inhalt der Dienstbeschreibung, die bisherige Zuverlässigkeit und das Fehlen von Dienstpflichtverletzungen beinhaltet. Einer gesonderten Bewertung dieser vom Beschwerdeführer hervorgehobenen Umstände als Milderungsgründe bedurfte es nicht.

Der Beschwerdeführer wendet noch ein, seine Alkoholisierung sei als mildernd anzurechnen. Zur Klarstellung ist zunächst anzumerken, dass die Alkoholisierung bereits vom Strafgericht als nicht so stark gewertet wurde, als dass von einer herabgesetzten Zurechnungsfähigkeit auszugehen gewesen wäre. Als Milderungsgrund im Sinne des § 35 StGB ist sie aber deshalb nicht zu werten, weil der Beschwerdeführer die Berausung selbst verschuldet hat und daher seine Enthemmung durch den Vorwurf der verschuldeten Berausung aufgewogen wurde.

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 27. Jänner 2011