



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

14 R 49/16b

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Curd Steinhauer als Vorsitzenden sowie die Richterin Mag. Elisabeth Bartholner und den Richter Dr. Bernhard Steger in der Rechtssache der klagenden Partei **Wohnhilfe Verein zu Schaffung und Erhaltung Adäquater Wohn-, Arbeits-, und Lebensbedingungen für behinderte Menschen**, 7201 Neudörfl, Augasse 2a, vertreten durch Sauerzopf & Partner, Rechtsanwälte in Eisenstadt, wider die beklagte Partei **Land Burgenland**, 7000 Eisenstadt, Europaplatz 1, vertreten durch Hajek & Boss & Wagner Rechtsanwälte OG in Eisenstadt, wegen EUR 147.744,46 sA, über die Berufungen der klagenden Partei (Berufungsinteresse EUR 104.848,75) und der beklagten Partei (Berufungsinteresse EUR 42.895,71) gegen das Urteil des Landesgerichts Eisenstadt vom 26.1.2016, 2 Cg 58/15m-51, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Beiden Berufungen wird **nicht Folge** gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen deren mit EUR 232,50 (darin EUR 38,75 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist **nicht zulässig**.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

I. Sachverhalt:

Die Klägerin betrieb seit 1997 in Neudörfl ein Wohnheim für behinderte Menschen als stationäre Sozialhilfeeinrichtung mit 10 Langzeitwohnplätzen und einem Kurzzeitwohnplatz. Zuletzt wurden acht behinderte Personen dort betreut.

Die Finanzierung des Heimes erfolgte teils über Spenden, teils über von der beklagten Partei ausgezahlte Tagsätze, die zwischen den Streitteilen jährlich vereinbart wurden. Als Basis für die Tagsatzhöhe diente der tatsächliche Aufwand der Klägerin. In den Monaten Dezember 2009 bis Februar 2010 betrug der durchschnittliche Deckungssatz des Aufwands 85,14 %.

Die Abteilung Soziales der Burgenländischen Landesregierung führte im Wohnheim immer wieder Nachschauen durch, erteilte der Klägerin im Bescheidweg diverse Auflagen - so im Oktober 2004 (./10), Mai 2006 (./14) und August 2009 (./20) -, setzte Fristen für die Erfüllung der Auflagen und überwachte deren Einhaltung.

Zuletzt erfolgte eine unangekündigte Nachschau am 24.9.2009; auf deren Basis kam es zum Bescheid vom 19.11.2009 (./23). Darin erteilte die beklagte Partei der Klägerin 6 Auflagen, so etwa eine fachliche Leitung mit entsprechender Qualifikation im Sinn der Wohn- und Tagesheimverordnung und einem Beschäftigungsausmaß von mindestens 25 Wochenstunden bis 15.12.2009 zu installieren, weil die beklagte Partei von einer nicht ausreichenden Qualifikation der pädagogischen Leiterin Sonja Sieber ausging. Die Bewohnerin Ursula Hertl sei ehe baldigst aus der Einrichtung zu entlassen und in ein Pflegeheim zu transferieren, weil die Einrichtung der Klägerin nicht geeignet sei, eine pflegebedürftige Person wie Ursula Hertl bis zu deren Ableben zu betreuen.

Am 26.11.2009 suchten drei bei der Klägerin beschäftigte Behindertenbetreuer (Andreas Geischnek, Laszlo Berger und Eszter Gaspar) Dr. Edith Demattio, eine Psychologin des Amtes der Burgenländischen Landesregierung, auf. Sie erklärten ihr unter konkreter Darlegung verschiedener Problembereiche, sie müssten seit Monaten unter Bedingungen arbeiten, die keine qualitative Betreuung für die Bewohner mehr zuließen; sie selbst überlegten bereits, zu kündigen, fühlten sich den BewohnerInnen gegenüber allerdings verantwortlich. Derzeit müssten sie - aufgrund des Krankenstandes der zur Pflege von Frau Hertl eingesetzten Frau Calusi - täglich wechselnd 24-Stunden-Dienste versehen und Frau Hertl pflegen.

Dr. Demattio leitete das Gesprächsprotokoll an Mag. Waniek-Kain, damals Leiterin des Referates Sozialwesen der beklagten Partei, weiter.

Die burgenländische Landesregierung erließ sodann - ohne die Klägerin zu den Vorwürfen anzuhören - am 1.12.2009 den Bescheid ./A bzw ./1, mit dem sie der Klägerin mit sofortiger Wirkung gemäß § 42 Abs 1 Z 1 des Burgenländischen Sozialhilfegesetzes 2000 die Betriebsbewilligung zum Betrieb der stationären Sozialhilfeeinrichtung entzog.

In der Begründung verwies die Behörde darauf, seit 1.4.2009 habe die Klägerin nie mehr als vier ausgebildete Behindertenbetreuer beschäftigt, was § 10 Abs 1 1. Satz Wohn- und Tagesheimverordnung widerspreche, der pro Gruppe zumindest fünf Betreuer verlange. Die Betreuer hätten 24-Stunden-Dienste zu leisten, in der Nacht einmal nach der altersschwachen und pflegebedürftigen Bewohnerin Frau Hertl zu schauen und zusätzlich neben administrativen Aufgaben handwerkliche Arbeiten vorzunehmen. Auf

Akutsituationen könne nicht reagiert werden, eine Rufbereitschaft sei nicht installiert. Eine gedeihliche menschenwürdige Lebensqualität und auch die Gesundheit und Sicherheit der einzelnen BewohnerInnen sei gefährdet.

Dabei stützte sich die Behörde auf die Angaben der drei Betreuer und die Stellungnahme der psychologischen Amtssachverständigen Dr. Demattio.

Am 2.12.2009 suchten Mitarbeiter der beklagten Partei das Wohnheim der Klägerin auf, stellten den Bescheid zu, transferierten die BewohnerInnen in andere Einrichtungen und schlossen das Heim.

Allerdings hatte die Klägerin zuvor noch (ohne von der Vorsprache der drei Behindertenbetreuer und der Bescheiderlassung zu wissen) mit 1.12.2009 Erzsebet Fagyula als weitere ausgebildete Behindertenbetreuerin eingestellt. Am 1.12.2009 waren daher insgesamt fünf ausgebildete BehindertenbetreuerInnen (Geischnek, Berger, Gaspar, Arnold und Fagyula) für die Klägerin tätig.

Gegen den Bescheid vom 1.12.2009 erhob die Klägerin am 13.1.2010 Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof (./B). Der VwGH behob den Bescheid am 24.10.2011 wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften (./C), weil die Behörde der Klägerin kein rechtliches Gehör gewährt habe.

Eine Wiederaufnahme des Heimbetriebs erfolgte dessen ungeachtet nicht.

Am 19.12.2013 erließ die Burgenländische Landesregierung erneut - nach Einbeziehung der Klägerin in das Verfahren - einen Bescheid, mit dem sie ihr die Bewilligung zum Betrieb der stationären Sozialhilfeeinrichtung entzog.

Bei Gesamtaufwendungen der Klägerin für den Betrieb

des Heims in den Monaten Dezember 2009 bis einschließlich Februar 2010 (3 Monate) von EUR 50.382,56 wären ihr hiervon 85,14 %, somit EUR 42.895,71, durch Tagsätze von der beklagten Partei zurückerstattet worden. Aufgrund der Schließung des Heimbetriebs in diesem Zeitraum konnte die Klägerin Tagsätze in dieser Höhe nicht lukrieren und musste die Kosten aus eigenem tragen.

Die Klägerin entließ nach Schließung des Heims die bei ihr angestellten Personen, wogegen diese gerichtlich vorgingen.

II. Parteivorbringen

Die **Klägerin** beehrte zuletzt aus dem Titel der Amtshaftung konkret aufgeschlüsselt (ON 45, ON 47) EUR 147.744,46 samt Anhang.

Der Bescheid der beklagten Partei vom 1.12.2009 sei nicht nur wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften (Entzug des Parteiengehörs), sondern auch inhaltlich unrichtig gewesen. Betreuungsmängel seien nicht vorgelegen. Zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung seien sogar 6 Behindertenbetreuer beschäftigt gewesen.

Die pädagogische Leitung sei sehr wohl fachlich qualifiziert gewesen, außerdem habe die Klägerin nach der Auflage im Bescheid vom 19.11.2009 noch eine Frist bis 15.12.2009 gehabt, um eine neuerliche fachliche Leitung zu installieren; eine geeignete Person sei in Aussicht gewesen.

Die Schließung des Heims sei unverhältnismäßig gewesen, die Erteilung von Auflagen hätte ausgereicht.

Einen Antrag auf aufschiebende Wirkung habe die Klägerin anlässlich der Verwaltungsgerichtshofbeschwerde nicht gestellt, weil aufgrund der überraschenden Schließung sämtliche BewohnerInnen bereits in andere Heime

transferiert und die Dienstverhältnisse mit den BetreuerInnen beendet worden seien. Durch die rechtswidrige Schließung sei das Image der Klägerin schwer beschädigt gewesen, MitarbeiterInnen und BewohnerInnen wären nicht ohne weiteres zurückgekehrt. Eine Wiederaufnahme des Heimbetriebs nach Aufhebung des Schließungsbescheides sei mangels Tagsatzvereinbarung nicht möglich gewesen.

Die **beklagte Partei** bestritt das Klagebegehren dem Grunde und der Höhe nach, stellte allerdings eine Reihe von Aufwendungen der Klägerin letztlich der Höhe nach außer Streit, beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete im wesentlichen ein, der Bescheid sei inhaltlich richtig gewesen.

Gefahr im Verzug hätte rasches Handeln der Behörde erfordert. Der Entscheidung seien mehrfache Verstöße der Klägerin gegen bescheidmäßige Auflagen zugrunde gelegen, Aufträgen zur Beseitigung von Missständen sei sie nicht nachgekommen. Der VwGH habe den Bescheid nur aufgrund eines Verfahrensmangels aufgehoben. Auch bei Gewährung von Parteiengehör vor Bescheiderlassung wäre es wegen Verstößen der Klägerin gegen Bescheidauflagen zu einem gleichlautenden Bescheid gekommen.

Der Klägerin sei es offengestanden, nach Aufhebung des Bescheides durch den VwGH den Betrieb des Heimes wieder aufzunehmen. Damit hätte sie wieder über eine aufrechte Betriebsbewilligung verfügt. Die Beklagte habe die Tagsatzvereinbarung nie gekündigt. Die Klägerin habe es verabsäumt, sich um eine Wiederaufnahme des Betriebs zu bemühen.

Außerdem habe sie die Rettungspflicht verletzt, weil ein Aufschiebungsantrag gemäß § 30 Abs 2 VwGG geeignet gewesen wäre, den Schaden zu verhindern.

III. Angefochtenes Urteil und Rechtsmittel

Mit dem **angefochtenen Urteil** verpflichtete das Erstgericht die beklagte Partei zur Zahlung von EUR 42.895,71 sA, wies hingegen ein Mehrbegehren von EUR 104.848,75 sA ab und verurteilte die Klägerin zum anteiligen Kostenerersatz.

Über die eingangs wiedergegebenen, insoweit unstrittigen Feststellungen hinaus ging das Erstgericht vom Sachverhalt auf den Seiten 9 bis 21 der Urteilsausfertigung aus, auf den verwiesen wird. Soweit erstgerichtliche Feststellungen mit Beweisrüge bekämpft wurden, werden sie im Zusammenhang mit deren Behandlung wiedergegeben.

Rechtlich vertrat es die Auffassung, die beklagte Partei hafte aufgrund des schuldhaft rechtswidrig ergangenen Bescheids grundsätzlich für dadurch entstandene Schäden, ihr stehe aber der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens offen. Es sei zu prüfen, ob ausgehend von den zur Begründung der Entscheidung herangezogenen Argumenten die Gewährung rechtlichen Gehörs für die Klägerin ebenfalls zu einer Entziehung der Betriebsbewilligung geführt hätte, wobei die Beweislast den Schädiger treffe. Dieser Beweis sei der beklagten Partei nicht gelungen, weshalb der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens scheitere.

Die Klägerin habe aber ihre Rettungspflicht dadurch verletzt, dass sie keinen Antrag auf Zuerkennung aufschiebender Wirkung zur Verwaltungsgerichtshofbeschwerde gestellt habe. Behauptungs- und beweispflichtig für den unvermeidbaren Schaden trotz Nichtergreifung einer Abhilfemaßnahme sei der Geschädigte.

Der während des Zeitraums einer hypothetischen Stellungnahmefrist auflaufende Teil des Schadens sei jeden-

falls unvermeidbar gewesen, bis etwa Mitte Dezember wären daher jedenfalls Tagsatzansprüche entstanden. Ein Schaden durch die Schließung sei auch in weiterer Folge bis Ende Februar 2010 unvermeidbar gewesen. Der Klägerin sei ein gewisser Zeitraum nach Bescheiderlassung für die Verfassung der Beschwerde und des Antrags auf aufschiebende Wirkung zuzubilligen; der VwGH hätte nicht am Tag der Einbringung des Antrags darüber entschieden. Bis Ende Jänner 2010 sei allerdings aufgrund der Dringlichkeit hypothetisch mit einer Entscheidung zu rechnen gewesen. Vorbereitungen zur Wiedereröffnung des Heimes hätte die Klägerin parallel dazu bereits beginnen und diese bis etwa Februar 2010 abschließen können. Im März hätte die Klägerin den Betrieb daher wieder aufnehmen können. Dass ihr das nicht möglich gewesen wäre, habe sie nicht bewiesen.

Ausgehend von den Aufwendungen der Klägerin in diesem Zeitraum bestehe ihr Schaden im entgangenen Tagessatz im Ausmaß von durchschnittlich 85,14 % dieser Beträge. In dieser Höhe sei ihr Schadenersatz zuzusprechen, darüber hinaus sei ihr Begehren abzuweisen.

Den klagsstattgebenden Teil dieses Urteils bekämpft die **beklagte Partei** in ihrer **Berufung** aus den Gründen der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung im Sinn einer gänzlichen Klagsabweisung. Hilfsweise stellt sie einen Aufhebungsantrag.

Die Klägerin beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben und wendet sich dort ihrerseits mittels Beweisrüge gegen eine erstgerichtliche Feststellung.

Den klagsabweisenden Teil bekämpft die **Klägerin** in

ihrer **Berufung** aus dem Grund der unrichtigen Tatsachefeststellungen aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im Sinn einer vollinhaltlichen Klagsstattgebung abzuändern.

Die beklagte Partei beantragt in ihrer Berufungsbeantwortung, der Berufung nicht Folge zu geben.

Beide Berufungen sind **nicht berechtigt**.

IV. Berufungsentscheidung

1. Beweistrügen

1.1 Allgemein ist der Behandlung der Beweistrügen beider Parteien vorzuschicken, dass sich das Erstgericht mit den Beweisergebnissen ausführlich auseinandergesetzt und aufgrund seiner Überzeugung und des persönlichen Eindrucks von den vernommenen Beweispersonen begründet hat, warum es zu den getroffenen Feststellungen gelangt ist.

Der bloße Umstand, dass nach den Beweisergebnissen allenfalls auch andere Feststellungen möglich gewesen wären, oder dass es einzelne Beweisergebnisse gibt, die für den Prozessstandpunkt des jeweiligen Berufungswerbers sprechen, reicht nicht aus, um eine unrichtige oder bedenkliche Beweiswürdigung aufzuzeigen (RIS-Justiz RES000012; Fasching, LB², Rz 812 ff).

1.2. Da es gemäß § 272 ZPO dem erkennenden Richter obliegt, nach sorgfältiger Überzeugung und unter Berücksichtigung der Ergebnisse des gesamten Verfahrens zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzusehen ist oder nicht, gehört es auch zum Wesen der freien Beweiswürdigung, dass sich der Richter für eine von mehreren widersprechenden Darstellungen aufgrund seiner Überzeugung entscheidet, dass diese mehr Glaubwürdigkeit beanspruchen kann (RIS-Justiz RS0043175), oder aber - wie

hier -, dass der Richter eben weder von der Version der einen noch der anderen Partei überzeugt wurde. Eine erfolgreiche Bekämpfung der vom Erstgericht aufgrund freier Überzeugung und persönlichen Eindrucks vorgenommenen Würdigung kommt somit nur dann in Betracht, wenn stichhaltige Gründe ins Treffen geführt werden, die erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der getroffenen Feststellungen rechtfertigen könnten. Dies gelingt aber weder der Beweisrüge der beklagten Partei noch derjenigen der Klägerin.

1.3. Beweisrüge der beklagten Partei

1.3.1. Diese wendet sich formal gegen die erstgerichtliche Feststellung, Anfang September 2009 habe die Klägerin Birgit Arnold als ausgebildete Behindertenfachbetreuerin beschäftigt, bezeichnet diese im nächsten Satz allerdings aber als zutreffend, wenn auch unvollständig. Die Frage der Vollständigkeit erstgerichtlicher Feststellung ist aber keine der unrichtigen Tatsachenfeststellungen, sondern eines - allenfalls - sekundären Feststellungsmangels. Dort ist hierzu Stellung zu nehmen.

1.3.2. Die beklagte Partei wendet sich weiters dagegen, dass das Erstgericht nicht feststellen konnte, dass das Amt der Burgenländischen Landesregierung nach Anhörung der Klägerin im Wissen, dass fünf Behindertenbetreuer angestellt waren, einen inhaltsgleichen Schließungsbescheid erlassen und diesen Bescheid erneut auf die mangelhafte Betreuungssituation aufgrund zu weniger Betreuungspersonen und/oder auch allein auf die mangelnde fachliche Leitung und/oder die fehlende Rufbereitschaft und/oder den fehlenden Notfallplan gestützt hätte.

Aufgrund der Aussage der Zeugin Mag. Waniek-Kain hätte anstelle dessen festgestellt werden müssen, dass

„nach Anhörung der klagenden Partei im Dezember 2015 dennoch ein die Bewilligung zum Betrieb der stationären Sozialhilfeeinrichtung entziehender Bescheid, der sich auf das Fehlen einer gesetzmäßigen fachlichen Leitung, das Fehlen einer Rufbereitschaft, das Fehlen eines Notfallplans und das Fehlen einer menschenwürdigen Lebensqualität der im Wohnheim lebenden behinderten Menschen gestützt hätte, ergangen wäre“.

Die Argumentation der beklagten Partei ist aber nicht geeignet, die schlüssig begründete Beweiswürdigung des Erstgerichts zu erschüttern.

Zunächst kann keine Rede davon sein, die Behörde habe sich angesichts der von den Amtssachverständigen vorgefundenen Zustände im Wohnheim zu einem raschen Handeln hinreißen lassen; ausschlaggebend für den Schließungsbescheid war nach den erstgerichtlichen - insoweit unbekämpften - Feststellungen nicht etwa eine Nachschau der Behörde im Wohnheim, sondern die Vorsprache von drei BehindertenbetreuerInnen der Klägerin bei der Zeugin Demattio am 26.11.2009, bei der sie mitteilten, sie müssten im Wesentlichen zu dritt nun 24-Stunden-Dienste leisten. Das Protokoll über dieses Gespräch (./24) wurde im Bescheid ./1 bzw ./A zitiert, es floss auch in die Stellungnahme der psychologischen Amtssachverständigen Dr. Demattio ein. Wesentliche Begründung im Bescheid war der Umstand, dass das Mindestpersonal von fünf Betreuern nicht vorhanden sei. Lediglich im Zusammenhang damit wird erwähnt, dass nicht einmal eine Rufbereitschaft installiert sei, um auf Akutsituationen im gesundheitlichen Bereich - wenn nur ein Betreuer Dienst versehe - ausreichend reagieren zu können. Die nicht ausreichende Qualifikation und Berufserfahrung und das nicht ausreichende

Beschäftigungsausmaß der fachlichen Leiterin Sonja Sieber wurde lediglich bei der Wiedergabe der Stellungnahme der Amtssachverständigen erwähnt, nicht aber zur Begründung des Bescheides herangezogen. Dasselbe gilt für den nicht vorhandenen Notfallplan; dass ein solcher nicht existieren soll, findet sich im angefochtenen Bescheid nur im Zusammenhang mit der Wiedergabe des Gedächtnisprotokolls mit den drei BetreuerInnen.

Gerade die Tatsache, dass die zahlreichen unangekündigten Nachschau in den Jahren davor und auch noch zuletzt am 24.9.2009 (./22) lediglich zur Erteilung von Auflagen, nicht aber etwa zur Schließung der Einrichtung führten, zeigt deutlich, dass auch die Behörde keineswegs davon ausging, die Zustände seien so, dass eine sofortige Schließung im Interesse der BewohnerInnen erforderlich gewesen wäre. Bereits am 24.9.2009 waren nach den Feststellungen ja tatsächlich nur mehr vier BehindertenbetreuerInnen tätig; die Pflegebedürftigkeit der Bewohnerin Ursula Hertl war ebenso bekannt wie das Beschäftigungsausmaß und die fachliche Qualifikation der pädagogischen Leiterin Sonja Sieber (diesbezüglich wurde der Klägerin im Bescheid ./23 eine Frist zur Installierung einer neuen Leiterin bis 15.12.2009 gesetzt).

Dass das Erstgericht nicht feststellen konnte, dass die Klägerin Mitte Dezember als fachliche Leitung statt Sonja Sieber eine Person eingestellt hätte, die die notwendigen vom Gesetz und der Behörde geforderten Qualifikationen aufwies (diese Feststellung bekämpft die Klägerin mittels Beweisrüge, siehe hiezu Punkt 2.1.3.), beinhaltet im übrigen ebenso, dass das Erstgericht dies auch nicht ausschließen konnte. Damit steht aber auch keineswegs fest, dass im Fall rechtlichen Gehörs die Klägerin

nicht tatsächlich noch eine geeignete Person bekannt geben hätte können. Es steht daher schon aufgrund dieser Negativfeststellung nicht fest, dass die Beklagte einen Bescheid - nach Parteiengehör - überhaupt auf das Fehlen einer ausreichend qualifizierten fachlichen Leitung gestützt hätte und rechtlich richtig stützen hätte können (ganz abgesehen davon, dass sich diese Begründung im Bescheid ./A = ./1 gar nicht findet).

Der fehlende Notfallplan kam in der Begründung des Bescheides nicht vor und unklar blieb, was sich die BehindertenbetreuerInnen bzw die Zeugin Mag. Waniek-Kain darunter konkret vorstellten. Die mangelnde Rufbereitschaft wurde nur im Zusammenhang mit der unzureichenden Personalausstattung thematisiert. Da beides auch bei den Besuchen zuvor grundsätzlich bereits bekannt gewesen sein musste, nie aber zu entsprechenden Auflagen an die Klägerin führte, ist die Meinung des Erstgerichts vollinhaltlich zu teilen, es sei keineswegs hochwahrscheinlich (das erforderliche Beweismaß für eine diesbezügliche positive Feststellung), dass auch im Fall ausreichender Personalausstattung mit fünf qualifizierten BehindertenbetreuerInnen das Heim nur auf Basis zusätzlicher Begründungsspekte geschlossen worden wäre. Die bekämpfte Negativfeststellung ist daher unbedenklich und zu übernehmen.

1.3.3. Die Klägerin wendet sich in ihrer Berufungsbeantwortung dagegen, dass das Erstgericht nicht feststellen konnte, dass sie Mitte Dezember 2009 als fachliche Leitung statt Sonja Sieber eine Person eingestellt hätte, die die notwendigen vom Gesetz und von der Behörde geforderten Qualifikationen aufgewiesen hätte. Aufgrund der Aussage des Zeugen Mag. Eckhard hätte festgestellt werden müssen, dass sie bis Mitte Dezember eine geeignete

Person als fachliche Leitung eingestellt hätte.

Abgesehen davon, dass schon die an sich bekämpfte Negativfeststellung für eine rechtliche Beurteilung dahingehend, der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens sei der beklagten Partei nicht gelungen, ausreichen würde, ist diese Negativfeststellung unbedenklich. Die Aussage des Zeugen Mag. Eckhard blieb äußerst vage, er sprach einmal von einem Psychiater, der in diesem Bereich tätig gewesen sei (Tagsatzungsprotokoll vom 1.12.2015, Seite 3), dann wieder von einem Psychologen (Seite 5), musste aber zugestehen, dass der Verein nur 15 bis 20 Stunden im Auge gehabt hätte, was den Auflagen der Behörden gar nicht entsprochen hätte (Tagsatzungsprotokoll Seite 4). Dass das Erstgericht daher nicht davon überzeugt wurde, bis 15.12.2009 hätte es mit Sicherheit bereits eine Einstellung gegeben, ist somit ebenfalls unbedenklich.

1.4. Beweistrüge der Klägerin

1.4.1. Sie wendet sich dagegen, dass das Erstgericht nicht feststellen konnte, dass es ihr nicht möglich war, ab spätestens 1.3.2010 das Wohnheim wieder in Betrieb zu nehmen und ab diesem Zeitpunkt erneut Tagsätze zu lukrieren, die zu einer Kostendeckung von zumindest 85,14 % geführt hätten, dass der Betrieb des Heimes somit ab der zwangsweisen Schließung am 2.12.2009 bis längstens Ende Februar 2010 für die Klägerin aufgrund der behördlichen Untersagung nicht möglich gewesen sei. Aufgrund der Aussagen des Zeugen Mag. Eckhard und ihrer Obfrau Christine Röhrner hätte anstelle dessen festgestellt werden müssen, dass „es der Klägerin nach der Schließung – auch bei Zuerkennung aufschiebender Wirkung der VwGH-Beschwerde – nicht möglich gewesen sei, das Wohnheim wieder in Betrieb

zu nehmen und erneut Tagsätze zu lukrieren, die zu einer Kostendeckung von zumindest 85,14 % geführt hätten, weil durch die Schließung die gesamte Struktur zerschlagen worden war und die durch die Schließung herbeigeführte Verschlechterung der finanziellen Situation keinen erneuten Betrieb zugelassen hätte".

Die Argumente der Klägerin überzeugen nicht.

Die Obfrau der Klägerin Christine Röhrner (Tagsatzungsprotokoll vom 22.10.2015 Seite 21) relativierte ihre ursprüngliche Aussage, nach der Schließung sei alles zerschlagen gewesen, es habe keine Bewohner und keinen Betrieb gegeben, später dahingehend, dass man sicher versuchen hätte können, die gleichen BewohnerInnen, die man hatte, nach 6 Wochen oder 2 Monaten wieder ins Heim zurückzubringen; sie könne nicht sagen, ob sie wieder zurückgekommen wären, die Zimmer seien noch eingerichtet gewesen. Ihre Angehörigen und die BewohnerInnen selbst seien 2009 mit der Unterbringung im Heim zufrieden gewesen. Auch die Angehörigen hätten sich bedankt für die Fortschritte dort. Auf Frage des Gerichts, ob bei entsprechender Zufriedenheit der BewohnerInnen und ihrer Angehörigen es nicht wahrscheinlich sei, dass möglicherweise wieder BewohnerInnen zurückgekommen wären, meinte sie, das könne schon sein, könne sie aber nicht genau sagen. Sie verwies auf die Notwendigkeit eines Tagsatzansuchens.

Der Zeuge Mag. Werner Eckard sagte aus (Tagsatzungsprotokoll vom 1.12.2015, Seite 11 f), im Fall einer Wiedereröffnung Ende Februar hätte der Verein wieder Bewohner und fünf Mitarbeiter suchen müssen, und das mit Null Eigenkapital. Auch er gestand zu, dass die BewohnerInnen im Haus zufrieden gewesen seien, meinte aber, er habe

keine Chance gesehen, diese zurückzuholen, weil „immer was hängen bleibe, wenn ein Heim so geschlossen werde“.

Daraus geht hervor, dass die Obfrau der klagenden Partei und der Zeuge Mag. Eckhard zwar bezweifelten, dass es möglich sein würde, ausreichend BewohnerInnen nach Wiedereröffnung des Heims etwa Anfang März zu finden, dies aber keinesfalls ausschlossen. Gerade der Umstand, dass nach diesen Aussagen die behinderten Personen und deren Angehörige in der Einrichtung sehr zufrieden waren, wäre ein wesentliches Argument für eine Rückkehr in den vertrauten Bereich (zumal noch die Zimmer und deren Einrichtung vorhanden waren). Dass nach der endgültigen Entscheidung über die VwGH-Beschwerde zwei Jahre später die Strukturen völlig zerschlagen waren, steht auch für das Berufungsgericht außer Zweifel. Gut zwei Monate nach der Schließung wäre eine Wiederaufnahme des Betriebs mit den bisherigen BewohnerInnen (außer der pflegebedürftigen Frau Hertl) aber nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit unmöglich gewesen. Es mag schon sein, dass der - wohl gegebene - Imageschaden für die Klägerin ein Hindernis dargestellt hätte, neue Bewohner zu finden; dass zufriedene BewohnerInnen aus der Zeit davor nicht zur Rückkehr bereit gewesen wären, lässt sich daraus aber nicht ausreichend ableiten, zumal diese die Gepflogenheiten im Heim aus eigener Wahrnehmung kannten.

Dass es der Klägerin nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit unmöglich gewesen wäre, bis Anfang März 2010 ausreichend qualifizierte Betreuer (also fünf Behindertenbetreuer) zu finden, ist für das Berufungsgericht ebenso unbedenklich. Abgesehen davon, dass es im Fall, dass nach gut zwei Monaten eine Wiedereröffnung geplant gewesen wäre, wohl nicht zur Entlassung sämtlicher zuvor ange-

stellter Mitarbeiter gekommen wäre, ist davon auszugehen, dass auch die drei BehindertenbetreuerInnen, die bei der Zeugin Demattio vorgesprochen hatten, dies nicht taten, um der Klägerin zu schaden, sondern um die ihrer Meinung nach unzumutbaren Arbeitsbedingungen aufzuzeigen. Diese wären durch ausreichendes Personal (wie es ab 1.12.2009, jedenfalls aber ab 1.1.2010 zur Verfügung gestanden wäre) jedenfalls weitgehend verbessert gewesen. Dass sie keinesfalls mehr bereit gewesen wären, für die Klägerin zu arbeiten, hat das Beweisverfahren nicht ergeben. Auf einen Vertrauensverlust ihnen gegenüber, der zu einer Entlassung selbst für den Fall eines geplanten Weiterbetriebs geführt hätte, hat sich die Klägerin im Verfahren erster Instanz nie berufen. Abgesehen davon hätte ein klärendes Gespräch mit den drei MitarbeiterInnen - die zum Zeitpunkt ihrer Vorsprache bei der Zeugin Demattio ja noch nichts von den zusätzlich eingestellten Personen wussten - eine Vertrauenserschütterung ohne Zweifel ausräumen können.

Letztlich spricht auch die finanzielle Situation der Klägerin im Fall der Wiederaufnahme des Betriebs im März 2010 nicht gegen die bekämpfte Negativfeststellung. Abgesehen davon, dass die Klägerin dazu im Verfahren erster Instanz kein konkretes Vorbringen erstattet hat, wäre nach den völlig zutreffenden erstgerichtlichen Feststellungen jedenfalls für die Dauer der Stellungnahmefrist bei Einräumung des Parteiengehörs der Betrieb des Heimes noch weitergelaufen, die Klägerin hätte also noch Tag-sätze lukriert. Für den Fall der Zustellung des Schließungsbescheids knapp vor Weihnachten 2009 hätte die Klägerin mit den BehindertenbetreuerInnen Urlaub vereinbaren können, was aufgrund deren zuvor gegebener Überlastung

wohl auch in deren Interesse gewesen wäre. Bis zur möglichen Wiederaufnahme des Heims wären Fixkosten (wie Verpflegung oder Betreuung der pflegebedürftigen Frau Hertl durch den Sozialdienst) weggefallen. Die weiterlaufenden Fixkosten für das Haus selbst wären bei Nichtbetrieb ebenso geringer gewesen (weniger Stromverbrauch, gedroselte Heizung). Die Tagsatzvereinbarung blieb nach den insoweit unbekämpften Feststellungen ungekündigt, sofort mit Wiederaufnahme des Betriebs hätte die Klägerin daher wieder Tagsätze lukrieren können. Dass eine nur kurze Unterbrechung des Betriebs tatsächlich von der Klägerin finanziell nicht zu bewältigen gewesen wäre, ist auch für das Berufungsgericht keineswegs hoch wahrscheinlich. Die bekämpfte Negativfeststellung ist daher zu übernehmen.

1.4.2. Die Klägerin wendet sich noch gesondert dagegen, dass das Erstgericht nicht feststellen konnte, dass es ihr bis spätestens Anfang 2010 nicht möglich gewesen wäre, erneut ausreichend zu betreuende Personen zu finden, um einen Heimbetrieb zu gewährleisten, der mit Lukrierung der Tagsätze eine Kostendeckung von zumindestens 85,14 % erreicht hätte, und will auf eine gegenteilige Feststellung hinaus, wonach ihr das nicht möglich gewesen sei.

Hiezu wurde bereits Stellung genommen, auf die Ausführungen unter Punkt 3.1.1. kann verwiesen werden. Dass die beklagte Partei keine Zuweisungen mehr tätigte und trotz zahlreicher Werbemaßnahmen eine volle Auslastung nicht erreicht werden konnte, mag sein. Dass die BewohnerInnen, die sich dort wohl gefühlt hatten und deren Angehörige zufrieden waren, nicht wieder zurückgekehrt wären, ist aber keineswegs hoch wahrscheinlich. Immerhin war auch der Sohn der Obfrau der klagenden Partei dort

betreut worden; über die Jahre sind zwischen den BewohnerInnen wohl auch Freundschaften entstanden. Auch diese Negativfeststellung ist daher unbedenklich.

1.5. Insgesamt übernimmt das Berufungsgericht die erstgerichtlichen Feststellungen als Ergebnis einer überzeugenden und schlüssigen Beweiswürdigung und legt sie seiner rechtlichen Beurteilung zugrunde.

2. Rechtsrüge

Eine Rechtsrüge führt nur die beklagte Partei aus.

2.1. Einen sekundären Feststellungsmangel sieht sie darin, dass das Erstgericht nicht festgestellt habe, dass das Dienstverhältnis der Behindertenfachbetreuerin Birgit Arnold durch Eigenkündigung bereits per Ende Dezember 2009 geendet hätte. Dies hätte die Klägerin im Fall einer Stellungnahme einräumen müssen.

Dass Birgit Arnold per Ende Dezember 2009 ausgeschieden wäre, gesteht die Klägerin zu, verweist aber zutreffend darauf, dass für Birgit Arnold ab 1.1.2010 bereits Ersatz gefunden war und Frau Galavits bereits eine fixe Einstellungszusage hatte (./F). Die vermisste Feststellung ist daher für das Ergebnis nicht relevant; auch nach Ende Dezember 2009 hätte die Klägerin über fünf qualifizierte BehindertenbetreuerInnen verfügt. Auf die Einstellung dieser weiteren Kraft nahm das Erstgericht in seinen Beweiswürdigungsüberlegungen (Urteilsausfertigung S 22) im übrigen ausdrücklich Bezug, was als - dislozierte - Feststellung zu werten wäre. Es ist daher entgegen der Berufung davon auszugehen, dass die Klägerin im Fall einer ihr eingeräumten Stellungnahme auf die Einstellung von Frau Galavits per 1.1.2010 verwiesen hätte.

2.2. Sekundär mangelhaft soll das Verfahren sein, weil das Erstgericht zum Fehlen der Rufbereitschaft und

des Notfallplans keine Feststellung getroffen habe.

Dies ist schon deshalb nicht von Relevanz, weil die beklagte Partei die Nichtvorlage eines Notfallplans nicht als Begründung für den Schließungsbescheid heranzog und auf das Fehlen einer Rufbereitschaft (die die Klägerin bestritt) nur im Zusammenhang mit der unzureichenden Personalausstattung verwies. Selbst wenn tatsächlich Rufbereitschaft und Notfallplan gefehlt hätten, hätte dies letztlich nichts daran geändert, dass nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen war, dass - allein gestützt auf diese beiden Argumente - ein Schließungsbescheid wie Beil. ./A und ./1 bei Einräumung rechtlichen Gehörs gefasst worden wäre. Diese Feststellung wurde übernommen. Dazu kommt, dass die Klägerin die ständige Erreichbarkeit der pädagogischen Leiterin Sonja Sieber im Gerichtsverfahren behauptete und daher davon auszugehen ist, dass sie dies auch in einer Äußerung im Rahmen von Parteiengehör getan hätte. Die Behörde hätte bei rechtmäßigem Vorgehen dazu ein Ermittlungsverfahren durchführen müssen und nicht ungeprüft vom Nichtvorliegen einer Rufbereitschaft ausgehen dürfen.

2.3. Letztlich meint die beklagte Partei die rechtliche Beurteilung sei deshalb verfehlt, weil die Klägerin nicht über eine fachliche Leitung verfügt habe, die § 9 der Verordnung der Burgenländischen Landesregierung vom 25.1.2000 entsprochen hätte.

Dem ist zu entgegnen, dass der Bescheid ./A bzw ./1 gar nicht mit dem Mangel einer qualifizierten Leitung nach dieser Verordnung begründet wurde. Dies war schon deshalb nachvollziehbar, weil die Auflage des kurz zuvor ergangenen Bescheides vom 19.11.2009 (./G) der Klägerin ja eine Frist bis 15.12.2009 eingeräumt hatte, um eine

fachliche Leitung mit entsprechender Qualifikation und einem Beschäftigungsausmaß von mindestens 25 Wochenstunden zu installieren. Zum Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides ./A = ./1 war diese Frist noch nicht abgelaufen. Da die erstgerichtlichen Feststellungen nicht mit Sicherheit darauf schließen lassen, dass eine Äußerungsfrist im Fall der Gewährung von Parteiengehör jedenfalls vor dem 15.12.2009 geendet hätte und eine Bescheiderlassung vor diesem Tag erfolgt wäre, ist auch nicht mit Sicherheit davon auszugehen, dass die Klägerin zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung nach Gewährung von Parteiengehör über keine qualifizierte Leitung verfügt hätte. Soweit die beklagte Partei damit argumentiert, das Erstgericht gehe davon aus, dass es bei der Klägerin keinen Ersatz für den Posten der pädagogischen Leitung gegeben hätte, widerspricht dies dem festgestellten Sachverhalt. Das Erstgericht traf hiezu lediglich eine Negativfeststellung. Daraus folgt aber denknotwendig, dass das Erstgericht dies auch nicht ausschließen konnte. Sämtliche Zweifel im Zusammenhang mit dem - hier zulässigen (1 Ob 248/14y) - Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens gehen allerdings zu Lasten des Schädigers, also hier der beklagten Partei (RIS-Justiz RS0112234 T14).

Hier konnte das Erstgericht nicht feststellen, dass die Behörde nach Anhörung der Klägerin einen inhaltsgleichen Schließungsbescheid erlassen hätte. Von dieser Negativfeststellung ist bei der rechtlichen Beurteilung auszugehen. Dass zum Zeitpunkt der Erlassung des Ersatzbescheids gesichert keine entsprechend qualifizierte Person vorhanden gewesen wäre, steht nicht fest. Auf der Basis dieser - bei gesetzesgemäßer Ausführung der Rechtsrüge zugrundezulegender - Feststellungen kann keine Rede davon

sein, dass die beklagte Partei das Heim schon mangels entsprechend qualifizierter pädagogischer Leitung zusperrten hätte müssen; damit hätte sich die Behörde - jedenfalls vor Ablauf der Frist im Bescheid vom 19.11.2009, ./23 - in Widerspruch zu ihrem eigenen Bescheid gesetzt.

Da somit letztlich Zweifel daran bestehen, wann die Behörde nach Gewährung von Parteiengehör konkret einen Ersatzbescheid erlassen hätte und ob zu diesem Zeitpunkt nicht allenfalls ein/e qualifizierte/r Leiter/in vorhanden gewesen wäre, diese Zweifel aber alle zu Lasten des behauptungs- und beweispflichtigen Schädigers, somit der beklagten Partei gehen, ist dieser nach zutreffender Auffassung des Erstgerichts der Beweis des rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht gelungen.

Damit ist das Ersturteil auch in rechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden.

Insgesamt konnte weder der Berufung der Klägerin, noch der der Beklagten ein Erfolg beschieden sein.

Gemäß §§ 41, 50 ZPO haben die Parteien einander jeweils die tarifgemäß verzeichneten Kosten der Berufungsbeantwortungen zu ersetzen. Im Abzugsweg ergibt sich eine Kostenersatzpflicht der Klägerin wie im Spruch.

Da die Rechtsmittel ausschließlich bzw überwiegend Tatsachenfragen betreffen, war die ordentliche Revision nicht zuzulassen (§ 502 Abs 1 ZPO).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 14, am 29. Juni 2016

Dr. Curd Steinhauer
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG