

TE Bvwg Beschluss 2020/12/21 W133 2233659-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.12.2020

Entscheidungsdatum

21.12.2020

Norm

BEinstG §8

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §28 Abs4

1. BEinstG Art. 2 § 8 heute
2. BEinstG Art. 2 § 8 gültig ab 01.07.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2021
3. BEinstG Art. 2 § 8 gültig von 01.01.2011 bis 30.06.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2010
4. BEinstG Art. 2 § 8 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 82/2005
5. BEinstG Art. 2 § 8 gültig von 01.07.2001 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 60/2001
6. BEinstG Art. 2 § 8 gültig von 01.01.1999 bis 30.06.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 17/1999
7. BEinstG Art. 2 § 8 gültig von 01.07.1992 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 313/1992
8. BEinstG Art. 2 § 8 gültig von 01.07.1992 bis 30.06.1992 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 104/1992
9. BEinstG Art. 2 § 8 gültig von 01.01.1989 bis 30.06.1992 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 721/1988

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W133 2233659-1/11E

W133 2233659-1/11E,

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Natascha GRUBER als Vorsitzende und die fachkundigen Laienrichterinnen und Laienrichter Mag. Karl Andreas REIFF, Dr. Günter STEINLECHNER, Mag. Christa MARISCHKA und Mag. Michael SVOBODA als Beisitzer über die Beschwerde der „ XXXX “, vertreten durch XXXX , gegen den Bescheid des beim Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen, Landesstelle Oberösterreich, errichteten Behindertenausschusses, vom 06.07.2020, betreffend Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Natascha GRUBER als Vorsitzende und die fachkundigen Laienrichterinnen und Laienrichter Mag. Karl Andreas REIFF, Dr. Günter STEINLECHNER, Mag. Christa MARISCHKA und Mag. Michael SVOBODA als Beisitzer über die Beschwerde der „ römisch 40 “, vertreten durch römisch 40 , gegen den Bescheid des beim Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen, Landesstelle Oberösterreich, errichteten Behindertenausschusses, vom 06.07.2020, betreffend

- 1) Nichterteilung der nachträglichen Zustimmung zur bereits ausgesprochenen Kündigung und
- 2) Nichterteilung der Zustimmung zur beabsichtigten Kündigung nach dem Behinderteneinstellungsgesetz, mitbeteiligte Partei: XXXX , geb. XXXX , vertreten durch Rechtsanwalt XXXX , den Beschluss gefasst: 2) Nichterteilung der Zustimmung zur beabsichtigten Kündigung nach dem Behinderteneinstellungsgesetz, mitbeteiligte Partei: römisch 40 , geb. römisch 40 , vertreten durch Rechtsanwalt römisch 40 , den Beschluss gefasst:

A) In Erledigung der Beschwerde wird der angefochtene Bescheid betreffend beide Spruchpunkte gemäß § 28 Abs. 4 VwGVG aufgehoben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an den Behindertenausschuss beim Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen, Landesstelle Oberösterreich, zurückverwiesen. A) In Erledigung der Beschwerde wird der angefochtene Bescheid betreffend beide Spruchpunkte gemäß Paragraph 28, Absatz 4, VwGVG aufgehoben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an den Behindertenausschuss beim Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen, Landesstelle Oberösterreich, zurückverwiesen.

B) Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig. B) Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

Begründung:, Begründung:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

Mit Schriftsatz vom 10.10.2019 richtete die beschwerdeführende Partei, „ XXXX “, vertreten durch deren geschäftsführenden Gesellschafter XXXX (in weiterer Folge als „Dienstgeberin“ bezeichnet, einen Antrag auf nachträgliche Zustimmung zur Kündigung des begünstigt behinderten Dienstnehmers XXXX , geb. XXXX (in weiterer Folge als „Dienstnehmer“ bezeichnet) gemäß § 8 des Behinderteneinstellungsgesetzes an den Behindertenausschuss beim Sozialministeriumservice, Landesstelle Oberösterreich (in weiterer Folge als „belangte Behörde“ bezeichnet). Darin wird zusammengefasst ausgeführt, die Dienstgeberin führe sämtliche Tätigkeiten im Malergewerbe aus, wie Maler- und Beschichtungsarbeiten im Innenbereich, sowie sämtliche Fassadenbeschichtungen. Sie wickle mittlere wie auch größere Aufträge ab. Der begünstigte behinderte Dienstnehmer sei mit Unterbrechungen seit 05.03.2001 bei der Dienstgeberin am Standort in XXXX beschäftigt. Im Rahmen seiner Tätigkeit habe er sämtliche anfallenden Arbeiten dieses Gewerbes

auszuführen. Schon seit geraumer Zeit könne der Dienstnehmer nur mehr eingeschränkt im Rahmen seines Berufes anfallende Arbeiten verrichten. Insbesondere seien ihm alle Arbeiten, die über Kopf bzw Schulterhöhe auszuführen seien, sowie das Tragen und Heben von schweren Lasten nicht mehr möglich. Dieser Zustand habe sich im Laufe der Zeit ständig verschlechtert, sodass zuletzt keine entsprechende Einsatzmöglichkeit mehr bestanden habe. Der Dienstnehmer sei seit 23.09.2019 wegen dieser Beschwerden im Krankenstand, das Ende sei nicht absehbar. Vor diesem Hintergrund und der äußerst negativen Entwicklung des Standortes XXXX sei keine andere Wahl geblieben, als das Arbeitsverhältnis zu kündigen. Daher sei mit Schreiben vom 02.09.2019 die Kündigung des Dienstnehmers zum 04.10.2019 ausgesprochen worden. Mit Schriftsatz vom 10.10.2019 richtete die beschwerdeführende Partei, „römisch 40“, vertreten durch deren geschäftsführenden Gesellschafter römisch 40 (in weiterer Folge als „Dienstgeberin“ bezeichnet, einen Antrag auf nachträgliche Zustimmung zur Kündigung des begünstigt behinderten Dienstnehmers römisch 40, geb. römisch 40 (in weiterer Folge als „Dienstnehmer“ bezeichnet) gemäß Paragraph 8, des Behinderteneinstellungsgesetzes an den Behindertenausschuss beim Sozialministeriumservice, Landesstelle Oberösterreich (in weiterer Folge als „belangte Behörde“ bezeichnet). Darin wird zusammengefasst ausgeführt, die Dienstgeberin führe sämtliche Tätigkeiten im Malergewerbe aus, wie Maler- und Beschichtungsarbeiten im Innenbereich, sowie sämtliche Fassadenbeschichtungen. Sie wickle mittlere wie auch größere Aufträge ab. Der begünstigte behinderte Dienstnehmer sei mit Unterbrechungen seit 05.03.2001 bei der Dienstgeberin am Standort in römisch 40 beschäftigt. Im Rahmen seiner Tätigkeit habe er sämtliche anfallenden Arbeiten dieses Gewerbes auszuführen. Schon seit geraumer Zeit könne der Dienstnehmer nur mehr eingeschränkt im Rahmen seines Berufes anfallende Arbeiten verrichten. Insbesondere seien ihm alle Arbeiten, die über Kopf bzw Schulterhöhe auszuführen seien, sowie das Tragen und Heben von schweren Lasten nicht mehr möglich. Dieser Zustand habe sich im Laufe der Zeit ständig verschlechtert, sodass zuletzt keine entsprechende Einsatzmöglichkeit mehr bestanden habe. Der Dienstnehmer sei seit 23.09.2019 wegen dieser Beschwerden im Krankenstand, das Ende sei nicht absehbar. Vor diesem Hintergrund und der äußerst negativen Entwicklung des Standortes römisch 40 sei keine andere Wahl geblieben, als das Arbeitsverhältnis zu kündigen. Daher sei mit Schreiben vom 02.09.2019 die Kündigung des Dienstnehmers zum 04.10.2019 ausgesprochen worden.

Nach Ausspruch der Kündigung habe der Dienstnehmer der Dienstgeberin mitgeteilt, dass er einen Antrag auf Einbeziehung in den Kreis der begünstigten Behinderten gestellt habe. Mittlerweile habe die Dienstgeberin die Information erhalten, dass der Dienstnehmer rückwirkend Behinderteneigenschaft erhalten habe.

Aufgrund der geschilderten Sachlage sei jedoch die Weiterbeschäftigung nicht möglich.

Da die Dienstgeberin zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruches keine Kenntnis von der Behinderteneigenschaft gehabt habe, beantrage sie, der Kündigung zum 04.10.2019 nachträglich die Zustimmung zu erteilen.

Im Verwaltungsakt erliegt der Bescheid des Sozialministeriumservice vom 17.09.2019, womit festgestellt wurde, dass der Dienstnehmer ab dem 08.07.2019 dem Kreis der begünstigten Behinderten angehört und der Grad seiner Behinderung 50% beträgt.

Mit Schreiben vom 25.10.2019 teilte der Dienstnehmer der belangten Behörde zusammengefasst mit, dass er hoffe, nach der sechswöchigen Reha wieder voll arbeitsfähig zu sein und seine Arbeit auch weiter erledigen zu können. Er werde jedenfalls alles daransetzen, seine Arbeitsfähigkeit wieder voll herzustellen.

Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 05.11.2019 beantragte die Dienstgeberin die Einholung von Sachverständigengutachten der Fachrichtungen Orthopädie und Berufskunde zum Beweis dafür, dass der Dienstnehmer aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage sei, seine Tätigkeit auszuüben.

Am 14.11.2019 fand eine Verhandlung bei der belangten Behörde statt, an der sowohl der Dienstnehmer als auch die Dienstgeberin teilnahmen.

In der Folge holte die belangte Behörde zunächst ein orthopädisches Sachverständigengutachten vom 11.01.2020 ein, welches auch ein Leistungskalkül beinhaltet.

Zur Erörterung dieses Gutachtens fand am 10.03.2020 eine weitere Verhandlung bei der belangten Behörde statt. Im Zuge dieser wurde festgehalten, dass der Dienstnehmer von der Dienstgeberin nach Ende des Krankenstandes Anfang Februar 2020 gegen Bezugsfortzahlung dienstfrei gestellt worden sei, da die Dienstgeberin aufgrund der Feststellungen im Gutachten zu den Einschränkungen bei Arbeiten in gebückter und vorgebückter Haltung sowie Überkopfarbeiten eine Dienstunfähigkeit annehme. Es wurden die Einholung einer ergänzenden gutachterlichen Stellungnahme seitens der belangten Behörde und die Vorlage einer Stellenbeschreibung durch die Dienstgeberin vereinbart. Die Dienstfreistellung unter Bezugsfortzahlung wurde fortgesetzt.

In einer ergänzenden gutachterlichen Stellungnahme stellte der Facharzt für Orthopädie, der das Gutachten vom 11.01.2020 erstattet hatte, klar, dass vom Beschwerdeführer Arbeiten in konstant vorgebeugter Körperhaltung ab ca. 30-40%, Arbeiten mit ständigem Bücken bis zum Boden und ständige Überkopfarbeiten nur fallweise, also nur drittelzeitig durchführbar seien.

Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 19.03.2020 legte die Dienstgeberin eine Tätigkeitsbeschreibung für den Arbeitsplatz Maler und Beschichtungstechniker vor und führte aus, dass sich daraus ergebe, dass der Dienstnehmer nicht mehr in der Lage sei, seine Tätigkeit weiter auszuüben. Weiters legte die Dienstgeberin Aufstellungen zur wirtschaftlichen Entwicklung des Betriebsstandortes in XXXX vor. Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 19.03.2020 legte die Dienstgeberin eine Tätigkeitsbeschreibung für den Arbeitsplatz Maler und Beschichtungstechniker vor und führte aus, dass sich daraus ergebe, dass der Dienstnehmer nicht mehr in der Lage sei, seine Tätigkeit weiter auszuüben. Weiters legte die Dienstgeberin Aufstellungen zur wirtschaftlichen Entwicklung des Betriebsstandortes in römisch 40 vor.

Nach einer entsprechenden Replik des anwaltlich vertretenen Dienstnehmers vom 26.03.2020 und weiteren Stellungnahmen der Parteien vom 31.03.2020 und 02.04.2020 veranlasste die belangte Behörde die Erstellung eines berufskundlichen Sachverständigengutachtens.

In seinem Gutachten vom 23.05.2020 kommt der berufskundliche Sachverständige nach Befundaufnahme am Betriebsstandort in XXXX im Beisein beider Parteien zur Beurteilung, dass der Dienstnehmer nicht mehr in der Lage sei, den Beruf als Malerfacharbeiter mit Vorarbeiteraufgaben, wie er diesen konkret bei seiner Dienstgeberin ausgeübt hat, weiterhin in der gleichen Art und Weise vollwertig wie ein gesunder bzw nicht beeinträchtigter Dienstnehmer auszuüben. Der Dienstnehmer habe im Ausmaß von mehr als einem Drittel der Arbeitszeit Arbeiten überkopf zu verrichten, weshalb das medizinische Leistungskalkül überschritten werde. Schwere Arbeiten würden hingegen nicht über 10% der Arbeitszeit und Arbeiten mit ständigem Bücken bis zum Boden weniger als 1/3 der Arbeitszeit anfallen. In seinem Gutachten vom 23.05.2020 kommt der berufskundliche Sachverständige nach Befundaufnahme am Betriebsstandort in römisch 40 im Beisein beider Parteien zur Beurteilung, dass der Dienstnehmer nicht mehr in der Lage sei, den Beruf als Malerfacharbeiter mit Vorarbeiteraufgaben, wie er diesen konkret bei seiner Dienstgeberin ausgeübt hat, weiterhin in der gleichen Art und Weise vollwertig wie ein gesunder bzw nicht beeinträchtigter Dienstnehmer auszuüben. Der Dienstnehmer habe im Ausmaß von mehr als einem Drittel der Arbeitszeit Arbeiten überkopf zu verrichten, weshalb das medizinische Leistungskalkül überschritten werde. Schwere Arbeiten würden hingegen nicht über 10% der Arbeitszeit und Arbeiten mit ständigem Bücken bis zum Boden weniger als 1/3 der Arbeitszeit anfallen.

Zur Erörterung des berufskundlichen Gutachtens fand am 29.06.2020 eine weitere Verhandlung bei der belangten Behörde statt. Im Zuge dieser verlängerte die Dienstgeberin die Dienstfreistellung bei laufenden Bezügen. Die Dienstgeberin wurde seitens der belangten Behörde auf den künftigen Anfall der Ausgleichstaxe im Falle einer Kündigung hingewiesen und ihr von der belangten Behörde im Falle der Weiterbeschäftigung ein Lohnzuschuss in Höhe von € 750 mtl. angeboten. Dieses Angebot lehnte die Dienstgeberin ab. Einer einvernehmlichen Auflösung des Dienstverhältnisses stimmte der Dienstnehmer auch im Falle einer finanziellen Abgeltung nicht zu. Seitens der Dienstgeberin wurde auch auf die negative Umsatzentwicklung im Jahr 2019 hingewiesen.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 06.07.2020 gab die belangte Behörde weder dem Antrag auf nachträgliche Zustimmung zur bereits ausgesprochenen Kündigung (Spruchpunkt 1.), noch dem Antrag auf

Zustimmung zur künftig noch auszusprechenden Kündigung (Spruchpunkt 2.) statt. In der Begründung ging die belangte Behörde zusammengefasst von einem verbleibenden Leistungsdefizit beim Dienstnehmer von bis zu 20% aus, da diesem Überkopfarbeiten nur mehr 1/3-zeitig zumutbar seien. Diesbezüglich sei ein finanzieller Ausgleich für die Dienstgeberin durch die Gewährung eines Arbeitsplatzsicherungszuschusses von € 750,- möglich, den die Dienstgeberin aber abgelehnt habe. Der Dienstnehmer könne den überwiegenden Teil seines Tätigkeitsprofils erledigen und benötige nur zeitweise Hilfestellungen. Dies sei jedoch der Dienstgeberin bei Lohnförderung durchaus zumutbar. Die belangte Behörde traf die Ermessensentscheidung zugunsten des Dienstnehmers und erachtete sein Interesse am Fortbestand des Dienstverhältnisses als überwiegend.

Mit Schriftsatz der rechtlichen Vertretung vom 20.07.2020 erhob die beschwerdeführende Dienstgeberin gegen diesen Bescheid fristgerecht die verfahrensgegenständliche Beschwerde. Darin führt sie begründend zusammengefasst aus, sie sei nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH nicht zu organisatorischen Änderungen ihres Betriebes verpflichtet, um einen Arbeitsplatz für einen begünstigten Behinderten zu schaffen, was auch im Falle einer eingeschränkten Leistungsfähigkeit gelte. Nichts anderes könne für die Frage der Erhaltung eines Arbeitsplatzes gelten. Nach den Feststellungen im angefochtenen Bescheid gebe es keinen anderen Arbeitsplatz für den Dienstnehmer. Die Dienstgeberin müsse weiters aus wirtschaftlichen Gründen in Kürze vier weitere Maler kündigen. Der Dienstnehmer sei nicht mehr in der Lage, seine Tätigkeit als Maler vollwertig auszuüben.

Es seien der Dienstgeberin organisatorische Maßnahmen, mit denen die Einschränkungen des Dienstnehmers ausgeglichen werden könnten, nicht möglich und auch nicht zumutbar. Dabei gehe es nicht um die Frage eines finanziellen Ausgleichs durch einen Arbeitsplatzsicherungszuschuss, sondern um die mangelnde organisatorische Möglichkeit bzw. Zumutbarkeit des Einsatzes des Dienstnehmers. Überkopfarbeiten müssten in einem durchgeführt werden. Es gehe nicht, dass nur ein Teil der Decke bzw. des oberen Randes der Wände gestrichen und dann später von einem anderen Mitarbeiter oder vom Dienstnehmer am nächsten Tag die restlichen Überkopfarbeiten durchgeführt würden. Die Malerfarbe müsse in einem aufgebracht werden, weil sonst beim Übergang Farbunterschiede zu sehen wären. Überkopfarbeiten würden zudem auf allen Baustellen anfallen und es sei nicht zumutbar, zusätzlich jeweils einen eigenen Mitarbeiter zusätzlich auf einer Baustelle einzusetzen. Das Leistungsdefizit des Dienstnehmers lasse sich nicht bzw. nicht mit wirtschaftlich vertretbaren Mitteln ausgleichen. Ein Arbeitsplatzsicherungszuschuss von € 750,00 mtl. könne den erforderlichen Einsatz eines weiteren Mitarbeiters auf der Baustelle nicht annähernd ausgleichen. Eine Weiterbeschäftigung des Dienstnehmers sei unmöglich bzw. unzumutbar.

Am 04.08.2020 erfolgte die Beschwerdevorlage an das Bundesverwaltungsgericht.

Mit Schreiben des Bundesverwaltungsgerichts vom 14.08.2020 wurde dem Dienstnehmer als mitbeteiligter Partei die Beschwerde gemäß § 10 VwGVG zur Kenntnis gebracht und die Möglichkeit einer Stellungnahme eingeräumt. Mit Schreiben des Bundesverwaltungsgerichts vom 14.08.2020 wurde dem Dienstnehmer als mitbeteiligter Partei die Beschwerde gemäß Paragraph 10, VwGVG zur Kenntnis gebracht und die Möglichkeit einer Stellungnahme eingeräumt.

Mit Schriftsatz vom 27.08.2020 erfolgte eine Beschwerdegegenäußerung des anwaltlich vertretenen Dienstnehmers. Darin wird zusammengefasst ausgeführt, der Krankenstand des Dienstnehmers habe am 07.02.2020 geendet. Der Dienstnehmer habe sich sofort arbeitsbereit erklärt. Der Dienstnehmer sei zunächst ab 08.02.2020 vom Dienst freigestellt worden, diese sei auch nach der Verhandlung im Kündigungsverfahren ab 11.03.2020 weiter verlängert worden. Kurz danach sei dem Dienstnehmer eine Kurzarbeitsvereinbarung vorgelegt worden, die vereinbarte Kurzarbeit sei dann per Ende Mai beendet worden. Trotz Erklärung der Arbeitsbereitschaft habe der Dienstnehmer auch während der Kurzarbeit keine Arbeitsaufträge erhalten. Ab dem Ende der Kurzarbeit sei die Dienstfreistellung weiter bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes verlängert worden. Der Dienstnehmer habe sich zuvor neuerlich arbeitsbereit erklärt.

Entgegen dem Beschwerdevorbringen seien am Standort XXXX im laufenden Jahr 2020 zwei Malerfacharbeiter zusätzlich eingestellt worden. Der Arbeitsplatz des Dienstnehmers sei vorhanden und er sei

laut orthopädischem Gutachten dienstfähig. Es bestehe lediglich beim Arbeiten über Kopf ein geringes Leistungsdefizit, welches im Team kompensierbar sei. Aufträge im Malergewerbe würden nicht kurzfristig umgesetzt werden und somit könne eine Planung des Personaleinsatzes im Vorhinein erfolgen. Bei der überwiegenden Anzahl der Projekte der Dienstgeberin sei eine Mehrfachbesetzung anzunehmen. Zudem sei ein finanzieller Ausgleich für die Dienstgeberin durch Förderungen des Sozialministeriumservice möglich. Eine Weiterbeschäftigung des Dienstnehmers stelle keine wirtschaftliche Gefährdung des Betriebsstandortes dar. Eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens sei ebenfalls nicht gegeben (mit näherer Begründung im Schriftsatz). Entgegen dem Beschwerdevorbringen seien am Standort römisch 40 im laufenden Jahr 2020 zwei Malerfacharbeiter zusätzlich eingestellt worden. Der Arbeitsplatz des Dienstnehmers sei vorhanden und er sei laut orthopädischem Gutachten dienstfähig. Es bestehe lediglich beim Arbeiten über Kopf ein geringes Leistungsdefizit, welches im Team kompensierbar sei. Aufträge im Malergewerbe würden nicht kurzfristig umgesetzt werden und somit könne eine Planung des Personaleinsatzes im Vorhinein erfolgen. Bei der überwiegenden Anzahl der Projekte der Dienstgeberin sei eine Mehrfachbesetzung anzunehmen. Zudem sei ein finanzieller Ausgleich für die Dienstgeberin durch Förderungen des Sozialministeriumservice möglich. Eine Weiterbeschäftigung des Dienstnehmers stelle keine wirtschaftliche Gefährdung des Betriebsstandortes dar. Eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens sei ebenfalls nicht gegeben (mit näherer Begründung im Schriftsatz).

Mit Schreiben vom 23.10.2020 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Dienstgeberin, das Beschwerdevorbringen in Bezug auf die tatsächlich anfallenden Kosten durch den Einsatz eines zusätzlichen Mitarbeiters sowie betreffend den behaupteten Umstand, dass Überkopf-Streicharbeiten in einem Arbeitsvorgang durchgeführt werden müssten, durch geeignete Beweismittel zu belegen.

Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 11.11.2020 erfolgte eine entsprechende Stellungnahme der Dienstgeberin. Darin bringt die Dienstgeberin vor, sie würde zum Großteil (70%) gegen Vereinbarung eines pauschalen Werklohnes arbeiten, wobei zur Durchführung der Arbeiten nur ein Mitarbeiter eingesetzt werde. Dieser müsse die Arbeiten, und somit auch die Überkopfarbeiten alleine abwickeln. Eine Weiterbeschäftigung des Dienstnehmers würde somit bedeuten, dass sie einen zusätzlichen Mitarbeiter nur für die Durchführung der Überkopfarbeiten einstellen müsse. Die Kosten für einen solchen weiteren Mitarbeiter würden sich auf monatlich € 3.497,01 belaufen (samt beiliegenden Berechnungen). Weiters müsse zur An- und Abfahrt dieses Mitarbeiters auch ein weiteres KfZ angeschafft werden, welches Anschaffungskosten in Höhe von € 16.500 plus monatliche Kosten in Höhe von € 446,00 verursachen würde (samt beiliegenden Kostenausschlüsselungen). Für den Umstand, dass Überkopfarbeiten in einem Arbeitsvorgang durchgeführt werden müssten, wurde die Einholung eines Sachverständigengutachtens beantragt.

Zur Klärung der Frage, ob es zutrifft, dass Überkopfarbeiten in einem Arbeitsvorgang durchgeführt werden müssen, erfolgte am 27.11.2020 eine Anfrage der vorsitzenden RichterIn bei dem Bundesinnungsmeister der Maler. Dieser gab ganz klar an, es sei fachlich absolut richtig, dass Überkopfarbeiten in einem Arbeitsvorgang mit den übrigen Wandstreicharbeiten durchgeführt werden müssten, da in den Übergangsbereichen sonst Farbunterschiede auftreten würden. Eine Fläche sei immer in einem Arbeitsvorgang durchgehend zu streichen. Dies sei ein handwerkliches Grundgesetz. Das gelte nicht nur bei farbigen Anstrichen, sondern auch bei Weißanstrichen. Kein Kunde würde eine abgesetzt gestrichene Fläche akzeptieren (Aktenvermerk vom 27.11.2020).

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Zu A) Aufhebung des Bescheides und Zurückverweisung:

Gemäß § 27 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, soweit nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben ist, den angefochtenen Bescheid auf Grund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z 3 und 4) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (§ 9 Abs. 3) zu überprüfen. Gemäß Paragraph 27, VwGVG hat das Verwaltungsgericht, soweit nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben ist, den angefochtenen Bescheid auf Grund der Beschwerde (Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3 und 4) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (Paragraph 9, Absatz 3,) zu überprüfen.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins,

VwGVG hat das Verwaltungsgericht, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

Gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn 1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder 2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist. Gemäß Paragraph 28, Absatz 2, VwGVG hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn 1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder 2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

Gemäß § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen, wenn die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhaltes unterlassen hat. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist. Gemäß Paragraph 28, Absatz 3, zweiter Satz VwGVG kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen, wenn die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhaltes unterlassen hat. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.

Gemäß § 28 Abs. 4 VwGVG hat das Verwaltungsgericht dann, wenn die Behörde bei ihrer Entscheidung Ermessen zu üben hat, wenn es nicht gemäß Abs. 2 in der Sache selbst zu entscheiden hat und wenn die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder abzuweisen ist, den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückzuverweisen. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist. Gemäß Paragraph 28, Absatz 4, VwGVG hat das Verwaltungsgericht dann, wenn die Behörde bei ihrer Entscheidung Ermessen zu üben hat, wenn es nicht gemäß Absatz 2, in der Sache selbst zu entscheiden hat und wenn die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder abzuweisen ist, den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückzuverweisen. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.

Bei der Entscheidung des beim Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen errichteten Behindertenausschusses gemäß § 8 BEinstG handelt es sich nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes um eine Ermessenentscheidung. Es ist im Beschwerdefall auch nicht strittig, dass die belangte Behörde bei ihrer bekämpften Entscheidung Ermessen geübt hat. Bei der Entscheidung des beim Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen errichteten Behindertenausschusses gemäß Paragraph 8, BEinstG handelt es sich nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes um eine Ermessenentscheidung. Es ist im Beschwerdefall auch nicht strittig, dass die belangte Behörde bei ihrer bekämpften Entscheidung Ermessen geübt hat.

Es ist nach der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes demnach Aufgabe des Verwaltungsgerichtes zu überprüfen, ob sich die Zustimmung zur Kündigung durch die belangte Behörde als Ermessensübung im Sinne des Gesetzes erweist, 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 (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 16.08.2017, Zl. Ra 2017/11/0212 mwN). Es ist nach der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes demnach Aufgabe des Verwaltungsgerichtes zu überprüfen, ob sich die Zustimmung zur Kündigung durch die belangte Behörde als Ermessensübung im Sinne des Gesetzes erweist, 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 vergleiche das Erkenntnis des VwGH vom 16.08.2017, Zl. Ra 2017/11/0212 mwN).

Eine solche Prüfung setzt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes voraus, dass alle für diese Entscheidung wesentlichen tatsächlichen Umstände unter Einhaltung der maßgeblichen Verfahrensvorschriften ermittelt und berücksichtigt wurden.

Im vorliegenden Beschwerdefall erweist sich jedoch der angefochtene Bescheid in Bezug auf den zu ermittelnden Sachverhalt in wesentlichen Punkten aus folgenden Gründen als gravierend mangelhaft und ist es dem Bundesverwaltungsgericht somit nicht möglich, zu überprüfen, ob sich die Nichterteilung der Zustimmung zur Kündigung durch die belangte Behörde als Ermessensübung im Sinne des Gesetzes erweist:

Im vorliegenden Beschwerdefall stützte die Dienstgeberin ihren Antrag auf nachträgliche Zustimmung zur bereits ausgesprochenen Kündigung auf den Umstand, dass der Dienstnehmer seine vertragsmäßige Tätigkeit als Facharbeiter für Malerei- und Beschichtungsarbeiten nur mehr mit erheblichen Einschränkungen verrichten kann und ihr eine Weiterbeschäftigung daher nicht mehr möglich und nicht mehr zumutbar sei.

Die belangte Behörde erachtete im angefochtenen Bescheid zusammengefasst eine Weiterbeschäftigung des Dienstnehmers als der Dienstgeberin möglich und zumutbar und traf ihre Ermessensentscheidung zugunsten des Dienstnehmers. Diese Beurteilung stützte sie im Wesentlichen auf die von ihr eingeholten Sachverständigengutachten der Fachrichtungen Orthopädie vom 11.01.2020 samt gutachterlicher Ergänzung vom 11.03.2020 sowie Berufskunde vom 23.05.2020 und schlussfolgerte, dass beim Dienstnehmer lediglich ein Leistungsdefizit von bis zu 20% bestehe, wofür selbst bei fallweiser Nichtkompensierbarkeit oder personellem Mehraufwand (Zusatzpersonal) ein finanzieller Ausgleich für die Dienstgeberin durch Förderungen des Sozialministeriumservice möglich sei. Es habe im laufenden Kündigungsverfahren das Angebot der Gewährung eines Arbeitsplatzsicherungszuschusses in Höhe von € 750 monatlich für ein Jahr gegeben. Im konkreten Fall gestalte sich die Sachlage so, dass der Dienstnehmer den überwiegenden Teil der anfallenden Tätigkeiten seines Tätigkeitsprofils erledigen könne und nur zeitweise Hilfestellungen benötige. Dies sei jedoch der Dienstgeberin bei Lohnförderung durchaus zumutbar.

Die belangte Behörde erhob im Ermittlungsverfahren zwar sehr ausführlich, welche Einschränkungen des Dienstnehmers bestehen und legte diese auch ihrer Ermessensentscheidung zugrunde, jedoch lassen sowohl das Ermittlungsverfahren als auch die Bescheidsbegründung nachvollziehbare Feststellungen zu dem, der Dienstgeberin durch eine Weiterbeschäftigung entstehenden Schaden vermissen. Diesem Aspekt kommt aber in der gegebenen Verfahrenskonstellation entscheidungswesentliche Bedeutung zu:

Die belangte Behörde stellte im angefochtenen Bescheid auf Grundlage des orthopädischen und berufskundlichen Gutachtens fest, dass der Dienstnehmer (zwar) grundsätzlich dienstfähig sei, seine bisherige Tätigkeit im konkreten Dienstverhältnis und auch eine Tätigkeit als Malerfacharbeiter generell - aber nicht mehr zur Gänze vollwertig ausführen könne. Den Feststellungen ist ebenfalls auf Grundlage des berufskundlichen Gutachtens - weiters zu entnehmen, dass keine geeigneten Ersatzarbeitsplätze im Unternehmen der Dienstgeberin bestehen. Die belangte Behörde erachtete es aber, gleichsam als eine Art Ersatzarbeitsplatz, als der Dienstgeberin zumutbar, die Weiterbeschäftigung des Dienstnehmers auf seinem bisherigen Arbeitsplatz unter Inanspruchnahme einer Arbeitsplatzförderung in Höhe von € 750 mtl. zum Ausgleich für die Minderleistungen zu ermöglichen.

§ 8 Abs. 4 litb BEinstG lautet: Paragraph 8, Absatz 4, litb BEinstG lautet:

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

a).....

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).....“

Die Dienstgeberin wendete bereits im behördlichen Verfahren so wie auch nunmehr im Beschwerdeverfahren ein, dass ihr eine Weiterbeschäftigung des Dienstnehmers nicht möglich sei und ihr wirtschaftlicher Schaden

- im Sinne der Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 Abs. 4 lit. b BEinstG - entstehen würde. Das beim Dienstnehmer bestehende Leistungsdefizit lasse sich nicht bzw. nicht mit vertretbaren Mitteln ausgleichen. Im Falle einer Weiterbeschäftigung müsse immer ein zusätzlicher Mitarbeiter auf der Baustelle eingesetzt werden. Die Dienstgeberin wendete bereits im behördlichen Verfahren so wie auch nunmehr im Beschwerdeverfahren ein, dass ihr eine Weiterbeschäftigung des Dienstnehmers nicht möglich sei und ihr wirtschaftlicher Schaden - im Sinne der Tatbestandsvoraussetzungen des Paragraph 8, Absatz 4, lit. b BEinstG - entstehen würde. Das beim Dienstnehmer bestehende Leistungsdefizit lasse sich nicht bzw. nicht mit vertretbaren Mitteln ausgleichen. Im Falle einer Weiterbeschäftigung müsse immer ein zusätzlicher Mitarbeiter auf der Baustelle eingesetzt werden.

Die belangte Behörde trifft im angefochtenen Bescheid unter anderem folgende Feststellungen (Bescheid Seite 5):

„Die Tätigkeit des DN umfasst Maler- und Spachtelarbeiten, Fassadenanstriche und Beschichtungen inklusive dem Transport von Arbeitsmaterialien, Werkzeugen, Maschinen, Leitern und Gerüsten. Die Werkzeuge und Maschinen sind auch zu reinigen. Die Arbeiten erfordern Körperhaltungen in gebückter und gestreckter Position sowie Überkopfarbeiten. Hebe-/Tragebelastungen bis 25 kg treten auf.

Zur Vorarbeiterzulage wird einvernehmlich festgehalten, dass rund 90% der Malerfacharbeiterinnen diese Zulage erhalten, d.h., nicht in jedem Fall eine tatsächliche Leitungsfunktion damit verbunden ist.

.....

Das aus dem eingeholten orthopädischen Gutachten resultierende Leistungskalkül ergibt, dass der DN Trage- und Hebeleistungen als leichte Arbeiten dauernd, als mittelschwere Arbeiten drittelzeitig und als schwere Arbeiten 10%-ig ausführen kann. Arbeiten im Sitzen, Stehen und Gehen, auf Leitern und Gerüsten sind ohne Einschränkung möglich; Haltungswechsel sind nicht erforderlich. Tätigkeiten mit konstant vorgebeugter Körperhaltung, ständigem Bücken bis zum Boden und Überkopfarbeiten sind nicht möglich. Bei psychischen Belastungen, Arbeitsbedingungen, bei der Arbeitszeitgestaltung und sonstigen Arbeitsumständen ergeben sich keine Einschränkungen. Mit leidensbedingten Krankenständen im Ausmaß einer Woche kann gerechnet werden. Teilzeitbeschäftigung oder Kuraufenthalte sind nicht angezeigt.

Beim Leistungskalkül ist zukünftig mit keinen Änderungen zu rechnen. Orthopädischerseits liegt keine Dienstunfähigkeit vor.

In einer ergänzenden Stellungnahme des Sachverständigen wird das mögliche Ausmaß der Tätigkeiten in gebückter, vor/gebeugter Haltung und über Kopf mit 1/3 festgelegt.

Im eingeholten berufskundlichen Gutachten - unter Beiziehung des DG, des DN und der Parteienvertreter - wird festgestellt, dass der DN die Tätigkeit als Malerfacharbeiter nicht mehr zur Gänze vollwertig, wie er diese bei seinem DG zu verrichten hat bzw. dem üblichen Berufsbild als Maler entsprechend, ausüben kann, da die Überkopfarbeiten mehr als 1/3 der Arbeitszeit ausmachen. Laut übereinstimmender Aussagen des DG und DN im Rahmen der gutachterlichen Sachverhaltsermittlung im Betrieb fallen Arbeiten über Kopf täglich im Ausmaß bis 50% an. Die Einschränkungen hinsichtlich der gebückten/(vor)gebeugten Haltung und bei Hebe- und Trageleistungen überschreiten hingegen nicht das zumutbare Zeitausmaß im Hinblick auf die konkreten Tätigkeiten.

Allfällige geeignete Ersatzarbeitsplätze konnten an den Außenstellen und in der Zentrale des Unternehmens in XXXX nicht ermittelt werden. In XXXX und den anderen Außenstellen erfordern alle Arbeitsplätze - ausgenommen die Malerstellen - spezifische Berufsausbildungen, über die der DN nicht verfügt. In XXXX liegen keine gesonderten Arbeitsplätze mit geringen körperlichen Anforderungen vor bzw. werden von anderen Mitarbeiterinnen mitbetreut. Hinsichtlich der administrativen Tätigkeiten fehlen dem DN entsprechende Berufsausbildungen. Allfällige geeignete Ersatzarbeitsplätze konnten an den Außenstellen und in der Zentrale des Unternehmens in römisch 40 nicht ermittelt werden. In römisch 40 und den anderen Außenstellen erfordern alle Arbeitsplätze - ausgenommen die Malerstellen - spezifische Berufsausbildungen,

über die der DN nicht verfügt. In römisch 40 liegen keine gesonderten Arbeitsplätze mit geringen körperlichen Anforderungen vor bzw. werden von anderen Mitarbeiterinnen mitbetreut. Hinsichtlich der administrativen Tätigkeiten fehlen dem DN entsprechende Berufsausbildungen.

...“

Die belangte Behörde legte ihrer Ermessensentscheidung u.a. folgende Erwägungen zugrunde:

„Ist ein Behinderter unfähig, seine im Dienstverhältnis vereinbarte Leistung zu erbringen und besteht im Betrieb kein für ihn geeigneter Arbeitsplatz, kann die Zustimmung zu seiner Kündigung erteilt werden (VwGH vom 14.12.1999, ZI 99/11/0246).

Eine allfällige Dienstunfähigkeit zeigt sich vordergründig dadurch, dass die körperlichen und geistigen Fähigkeiten und Fertigkeiten einer/s DN nicht mit den Anforderungen aus dem Arbeitsvertrag kompatibel sind.

Ausgehend vom orthopädischen Gutachten von Dr. G. samt 2 Ergänzungen und dem berufskundlichen Gutachten von Dr. R., welche unbedenklich und gut nachvollziehbar sind, ergibt sich, dass der DN grundsätzlich dienstfähig ist, jedoch die bisherige Tätigkeit nicht mehr zur Gänze vollwertig - wie im konkreten Dienstverhältnis sowie als Malerfacharbeiter generell - ausführen kann. Die unzweifelhaften Einschränkungen betreffen Tätigkeiten über Kopf, die alltäglich stattfinden. Laut den Gutachten können Arbeiten über Kopf pro Arbeitstag 1/3 zeitig ausgeübt werden. Laut übereinstimmenden Aussagen der Parteien im Kündigungsverfahren macht diese Tätigkeit bis 50% der gesamten Arbeitszeit aus. Einschränkungen beim Tragen/Heben, bei gebückter und vor/gebeugter Körperhaltung wurden ebenfalls festgestellt. Diese Arbeitsanforderungen überschreiten in zeitlicher Hinsicht nicht das zumutbare Zeitausmaß pro Arbeitstag.

Nachvollziehbar ist, dass Überkopfarbeiten im Arbeitsalltag als Maler ständig vorkommen und das Leistungsdefizit im gegenständlichen Fall organisatorisch nur mittels einer zeitweisen Umverteilung von Tätigkeiten im Team kompensierbar ist.

Es ist an dieser Stelle nachvollziehbar, dass es für den DG eine Herausforderung darstellt, wenn körperliche Einschränkungen im Leistungskalkül des DN einen begrenzten Verweisungsbereich ergeben. Vom DG wird angegeben, dass der Einsatz der Malerinnen - insbesondere die Anzahl der DN pro Baustelle - aufgrund der unterschiedlichen auftragsbedingten personellen Anforderungen schwer planbar ist. Jedoch ist allgemein bekannt, dass Aufträge im gegenständlichen Gewerbe in der Regel nicht kurzfristig, d.h. mit unmittelbarer Umsetzung erfolgen und somit eine Planung des Personaleinsatzes im Voraus erfolgen kann. Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass auch vom DG ausgeführt wurde, dass 60% der Projekte von 1-2 Malerinnen, aber auch 40% von zumindest 3 Mitarbeiterinnen bearbeitet werden, insgesamt wird daher bei der überwiegenden Anzahl der Projekte eine Mehrfachbesetzung anzunehmen sein. Dem DN sind pro Tag Überkopfarbeiten 1/3 zeitig zumutbar. Bei Annahme eines verbleibenden Leistungsdefizites bis zu 20% ist selbst bei fallweiser Nichtkompensierbarkeit oder personellem Mehraufwand (Zusatzpersonal) ein finanzieller Ausgleich für den DG durch Förderungen des Sozialministeriumservice möglich. Es ist exakt der Sinn von Lohnförderungen des Sozialministeriumservice etwaige Minderleistungen zu kompensieren. Daher hat es im laufenden Kündigungsverfahren das Angebot der Gewährung eines Arbeitsplatzsicherungszuschusses in Höhe von € 750 monatlich für ein Jahr gegeben. Im konkreten Fall gestaltet sich die Sachlage so, dass der DN den überwiegenden Teil der anfallenden Tätigkeiten seines Tätigkeitsprofils erledigen kann und nur zeitweise Hilfestellungen benötigt. Dies ist jedoch dem DG bei Lohnförderung durchaus zumutbar.

...“

Betreffend die bestehenden Einschränkungen des Dienstnehmers bei seiner bisher ausgeübten Tätigkeit legte die Behörde ihrer Entscheidung somit zusammengefasst ein verbleibendes Leistungsdefizit beim Dienstnehmer von bis zu 20% zugrunde, da diesem Überkopfarbeiten nur mehr 1/3-zeitig zumutbar seien. Diesbezüglich sei ein finanzieller Ausgleich für die Dienstgeberin durch die Gewährung eines

Arbeitsplatzsicherungszuschusses von € 750,- möglich, den die Dienstgeberin aber abgelehnt habe. Der Dienstnehmer könne den überwiegenden Teil seines Tätigkeitsprofils erledigen und benötige nur zeitweise Hilfestellungen. Dies sei jedoch der Dienstgeberin bei Lohnförderung durchaus zumutbar.

Diese tragende Begründung ist für das Bundesverwaltungsgericht nicht nachvollziehbar, zumal die Behörde dabei weder die Art und Notwendigkeiten der vom Dienstnehmer zu verrichtenden Tätigkeit, noch das Vorbringen der Dienstgeberin berücksichtigte: Die Dienstgeberin brachte in der Beschwerde vor, dass Streicharbeiten in einem Arbeitsvorgang, das heißt ohne Unterbrechung, durchgeführt werden müssten. Es gehe nicht, dass nur ein Teil der Decke oder des oberen Teiles der Wände gestrichen würde und dann später von einem anderen Mitarbeiter, oder aber vom Dienstnehmer am nächsten Tag die restlichen Überkopfarbeiten durchgeführt würden. Sie müsse daher immer einen zusätzlichen Mitarbeiter beschäftigen, um das Leistungsdefizit auszugleichen.

Da dieser Umstand dem Bundesverwaltungsgericht bereits aufgrund des Amtswissens durchaus plausibel erschien, erfolgte eine entsprechende Nachfrage beim zuständigen Bundesinnungsmeister der Maler (AV vom 27.11.2020), der ganz eindeutig bestätigte, dass Überkopfarbeiten in einem Arbeitsvorgang mit den übrigen Wandstreicharbeiten durchgeführt werden müssen, da sonst in den Übergangsbereichen Farbunterschiede auftreten würden. Eine Fläche sei immer in einem Arbeitsvorgang durchgehend zu streichen. Dies sei ein handwerkliches Grundgesetz. Das gelte nicht nur bei farbigen Anstrichen, sondern auch bei Weißanstrichen. Eine abgesetzt gestrichene Fläche werde von Kunden nicht akzeptiert.

Dieser Umstand bedeutet jedoch für den Beschwerdefall, dass - da der Dienstnehmer Überkopfarbeiten auf Dauer nur mehr 1/3-zeitig verrichten darf - das Leistungsdefizit, das die Dienstgeberin ausgleichen müsste, jedenfalls weit über 20% liegen dürfte, da bereits der Anteil an reinen Überkopfarbeiten laut den Feststellungen der belangten Behörde ein Ausmaß von täglich bis zu 50% ausmacht. Legt man nun den Umstand zugrunde, dass ein abgesetztes Streichen einer Fläche nicht möglich ist, so erweisen sich die Annahmen der belangten Behörde zum Ausmaß des, aus den vorliegenden Einschränkungen des Dienstnehmers resultierenden bestehenden Leistungsdefizits und in der Folge zur Frage, welchen Schaden - im Sinne der Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 Abs. 4 lit. b BEinstG - eine Weiterbeschäftigung für die Dienstgeberin bedeuten würde, als unvollständig und nicht nachvollziehbar. Dieser Umstand bedeutet jedoch für den Beschwerdefall, dass - da der Dienstnehmer Überkopfarbeiten auf Dauer nur mehr 1/3-zeitig verrichten darf - das Leistungsdefizit, das die Dienstgeberin ausgleichen müsste, jedenfalls weit über 20% liegen dürfte, da bereits der Anteil an reinen Überkopfarbeiten laut den Feststellungen der belangten Behörde ein Ausmaß von täglich bis zu 50% ausmacht. Legt man nun den Umstand zugrunde, dass ein abgesetztes Streichen einer Fläche nicht möglich ist, so erweisen sich die Annahmen der belangten Behörde zum Ausmaß des, aus den vorliegenden Einschränkungen des Dienstnehmers resultierenden bestehenden Leistungsdefizits und in der Folge zur Frage, welchen Schaden - im Sinne der Tatbestandsvoraussetzungen des Paragraph 8, Absatz 4, lit. b BEinstG - eine Weiterbeschäftigung für die Dienstgeberin bedeuten würde, als unvollständig und nicht nachvollziehbar.

Die belangte Behörde wird daher im fortgesetzten Verfahren nachvollziehbare Ermittlungen dahingehend zu treffen haben, wie hoch das Leistungsdefizit des Dienstnehmers unter Einrechnung jener Flächen, die auch Überkopfarbeiten beinhalten und daher in einem Arbeitsvorgang zu streichen sind, tatsächlich ist, und wie hoch die anfallenden Kosten für die allfällige Bereitstellung eines zusätzlichen Mitarbeiters für den entsprechenden Leistungsausfall tatsächlich sind. Dabei kommt der Dienstgeberin betreffend den zu erwartenden Schaden verstärkte Mitwirkungspflicht zu, da sie gemäß § 8 Abs. 4 lit. b BEinstG die Verpflichtung zum Nachweis trifft. Die belangte Behörde wird daher im fortgesetzten Verfahren nachvollziehbare Ermittlungen dahingehend zu treffen haben, wie hoch das Leistungsdefizit des Dienstnehmers unter Einrechnung jener Flächen, die auch Überkopfarbeiten beinhalten und daher in einem Arbeitsvorgang zu streichen sind, tatsächlich ist, und wie hoch die anfallenden Kosten für die allfällige Bereitstellung eines zusätzlichen Mitarbeiters für den entsprechenden Leistungsausfall tatsächlich sind. Dabei kommt der Dienstgeberin betreffend den zu erwartenden Schaden verstärkte Mitwirkungspflicht zu, da sie gemäß Paragraph 8, Absatz 4, Litera b, BEinstG die Verpflichtung zum Nachweis trifft.

Sollte die belangte Behörde oder die mitbeteiligte Partei die Fachauskunft des Bundesinnungsmeisters der

Maler anzweifeln bzw. bestreiten, müsste sie ein entsprechendes Sachverständigengutachten zu dieser Frage beischen.

Weitere Einschränkungen des Beschwerdeführers bestehen beim möglichen Ausmaß der Tätigkeiten in gebückter und vorgebeugter Haltung (ab ca 30-40%). Auch diese Tätigkeiten sind laut dem vorliegenden orthopädischen Gutachten dem Dienstnehmer nur fallweise, also drittelzeitig zumutbar. Weiters bestehen nach dem orthopädischen Gutachten Einschränkungen beim Tragen und Heben von schweren (nur 10%-ig zumutbar) und mittelschweren Lasten (drittelzeitig zumutbar). Da der Dienstnehmer nur zu einem Drittel Überkopfarbeiten durchführen kann, müsste er die übrige Zeit des Arbeitstages mit anderen Tätigkeiten beschäftigt werden, sodass es unter Berücksichtigung des festgestellten Arbeitsprofils („Die Tätigkeit des DN umfasst Maler- und Spachtelarbeiten, Fassadenanstriche und Beschichtungen inklusive dem Transport von Arbeitsmaterialien, Werkzeugen, Maschinen, Leitern und Gerüsten. Die Werkzeuge und Maschinen sind auch zu reinigen. Die Arbeiten erfordern Körperhaltungen in gebückter und gestreckter Position sowie Überkopfarbeiten. Hebe-/Tragebelastungen bis 25 kg treten auf.“) wohl vermehrt auch zu gebückten und vorgebeugten Tätigkeiten sowie zu verstärkter Hebe-und Trageleistung kommen könnte bzw. müsste. Dies wäre ebenfalls zu berücksichtigen.

Vor diesem Hintergrund erweisen sich die Annahmen der Behörde, dass der Dienstnehmer den überwiegenden Teil der anfallenden Tätigkeiten seines Tätigkeitsprofils erledigen kann, nur zeitweise Hilfestellungen benötigt und eine Weiterbeschäftigung der Dienstgeberin bei der angebotenen Lohnförderung durchaus zumutbar sei („Daher hat es im laufenden Kündigungsverfahren das Angebot der Gewährung eines Arbeitsplatzsicherungszuschusses in Höhe von € 750 monatlich für ein Jahr gegeben.“), auf Grundlage der derzeit vorliegenden Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens als nicht nachvollziehbar.

Vor dem Hintergrund der bisherigen Ermittlungsergebnisse der belangten Behörde ist es dem Bundesverwaltungsgericht somit nicht möglich, zu überprüfen, ob sich die Nichterteilung der Zustimmung zur Kündigung durch die belangte Behörde als Ermessensübung im Sinne des Gesetzes erweist.

Es liegen somit in Gesamtbetrachtung im Beschwerdefall die Voraussetzungen für eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes in der Sache nicht vor, weshalb nach § 28 Abs. 4 VwGVG vorzugehen war. Es liegen somit in Gesamtbetrachtung im Beschwerdefall die Voraussetzungen für eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes in der Sache nicht vor, weshalb nach Paragraph 28, Absatz 4, VwGVG vorzugehen war.

Es war somit insgesamt spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchteil B) Unzulässigkeit der Revision:

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

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Konkrete Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung sind weder in der gegenständlichen Beschwerde vorgebracht worden noch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht hervorgekommen. Das Bundesverwaltungsgericht konnte sich bei allen erheblichen Rechtsfragen auf Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu die oben im Rahmen der rechtlichen Beurteilung genannten Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes) bzw. auf eine ohnehin klare Rechtslage stützen. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Konkrete Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung sind weder in der gegenständlichen Beschwerde vorgebracht worden noch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht hervorgekommen. Das Bundesverwaltungsgericht konnte sich bei allen erheblichen Rechtsfragen auf Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche dazu die oben im Rahmen der rechtlichen Beurteilung genannten Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes) bzw. auf eine ohnehin klare Rechtslage stützen.

Schlagworte

begünstigter Behinderter Ermessen Ermessensausübung Ermittlungspflicht Kassation Kündigung
Leistungsdefizit mangelnde Sachverhaltsfeststellung Zustimmungserfordernis

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2020:W133.2233659.1.00

Im RIS seit

25.03.2021

Zuletzt aktualisiert am

25.03.2021

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at