

TE Vwgh Erkenntnis 2012/2/21 2011/11/0145

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.02.2012

Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;
22/02 Zivilprozessordnung;
40/01 Verwaltungsverfahren;
68/01 Behinderteneinstellung;

Norm

AVG §10 Abs1;
AVG §37;
AVG §45 Abs2;
BEinstG §8 Abs2;
BEinstG §8 Abs4 litb idF 1999/I/017;
BEinstG §8 Abs4 litb;
VwGG §42 Abs2 Z3 lit a impl;
ZPO §503 impl;

1. AVG § 10 heute
2. AVG § 10 gültig ab 01.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 58/2018
3. AVG § 10 gültig von 01.01.2012 bis 31.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2011
4. AVG § 10 gültig von 01.01.2010 bis 31.12.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009
5. AVG § 10 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
6. AVG § 10 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
7. AVG § 10 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998
1. AVG § 37 heute
2. AVG § 37 gültig ab 01.01.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
3. AVG § 37 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998
1. AVG § 45 heute
2. AVG § 45 gültig ab 01.02.1991
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. 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. 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. VwGG § 42 heute
2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

1. ZPO § 503 heute
2. ZPO § 503 gültig ab 01.08.1989 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 343/1989

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gall und die Hofräte Dr. Schick, Dr. Grünstäudl und Mag. Samm sowie die Hofrätin Dr. Pollak als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Henk, über die Beschwerde des S A in W, vertreten durch Dr. Josef Milchram, Dr. Anton Ehm und Mag. Thomas Mödlagl, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Singerstraße 12, gegen den Bescheid der beim Bundesministerium für Soziales und Konsumentenschutz errichteten Berufungskommission vom 12. Februar 2009, Zl. 44.140/30-7/08, betreffend Zustimmung zur Kündigung eines begünstigten Behinderten (mitbeteiligte Partei: Ö AG in W, vertreten durch Dr. Andreas Grundei, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Kohlmarkt 11), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 sowie der Mitbeteiligten in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Kostenmehrbegehren der Mitbeteiligten wird abgewiesen.

Begründung

Die Mitbeteiligte beantragte mit Schriftsatz vom 17. Jänner 2007 die Zustimmung zur Kündigung des Beschwerdeführers, der seit 3. Juli 1995 in einem unbefristeten Dienstverhältnis zur Mitbeteiligten stehe und seit 8. Mai 2003 (mit einem Grad der Behinderung von 50 %) dem Kreis der begünstigten Behinderten angehöre. Er sei seit

1. September 2004 als "fachlicher Hilfsdienst/Logistik" im Briefverteilzentrum Wien tätig, zuvor - ebenfalls im Briefverteilzentrum - im Verteildienst für Inlandsendungen tätig gewesen. Der Beschwerdeführer sei im Jahr 2006 41 Arbeitstage in Krankenstand und 16 Arbeitstage auf Kur gewesen, im Jahr 2005 106 Arbeitstage in Krankenstand. Es bestehe keine Aussicht darauf, dass sich das Ausmaß seiner Krankenstände bessern würde, zumal beim Beschwerdeführer im Frühjahr 2006 im Rahmen einer klinisch-psychologischen Untersuchung massive Einschränkungen im Bereich der Konzentration, der Aufmerksamkeit und des Intellekts festgestellt worden seien; im Rahmen einer Leistungsdiagnostik sei ihm Arbeitsunfähigkeit bescheinigt worden. Eine in Aussicht genommene Antragstellung auf Gewährung einer Berufsunfähigkeitspension habe der Beschwerdeführer letztlich - überraschend - abgelehnt. Da der Beschwerdeführer aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage sei, seine Tätigkeit an seinem angestammten Arbeitsplatz weiterhin auszuüben und eine Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit nicht zu erwarten sei, könne dem Dienstgeber die Fortsetzung des Dienstverhältnisses gemäß § 8 Abs. 4 BEinstG nicht zugemutet werden, zumal es nicht möglich sei, dem Beschwerdeführer eine andere, seinen intellektuellen und körperlichen Fähigkeiten entsprechende Tätigkeit zuzuweisen: Eine solche Tätigkeit sei nicht vorhanden; am Krankheitsbild und dem Ausmaß der Krankenstände würde sich nichts ändern. Die Mitbeteiligte beantragte mit Schriftsatz vom 17. Jänner 2007 die Zustimmung zur Kündigung des Beschwerdeführers, der seit 3. Juli 1995 in einem unbefristeten Dienstverhältnis zur Mitbeteiligten stehe und seit 8. Mai 2003 (mit einem Grad der Behinderung von 50 %) dem Kreis der begünstigten Behinderten angehöre. Er sei seit 1. September 2004 als "fachlicher Hilfsdienst/Logistik" im Briefverteilzentrum Wien tätig, zuvor - ebenfalls im Briefverteilzentrum - im Verteildienst für Inlandsendungen tätig gewesen. Der Beschwerdeführer sei im Jahr 2006 41 Arbeitstage in Krankenstand und 16 Arbeitstage auf Kur gewesen, im Jahr 2005 106 Arbeitstage in Krankenstand. Es bestehe keine Aussicht darauf, dass sich das Ausmaß seiner Krankenstände bessern würde, zumal beim Beschwerdeführer im Frühjahr 2006 im Rahmen einer klinisch-psychologischen Untersuchung massive Einschränkungen im Bereich der Konzentration, der Aufmerksamkeit und des Intellekts festgestellt worden seien; im Rahmen einer Leistungsdiagnostik sei ihm Arbeitsunfähigkeit bescheinigt worden. Eine in Aussicht genommene Antragstellung auf Gewährung einer Berufsunfähigkeitspension habe der Beschwerdeführer letztlich - überraschend - abgelehnt. Da der Beschwerdeführer aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage sei, seine Tätigkeit an seinem angestammten Arbeitsplatz weiterhin auszuüben und eine Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit nicht zu erwarten sei, könne dem Dienstgeber die Fortsetzung des Dienstverhältnisses gemäß Paragraph 8, Absatz 4, BEinstG nicht zugemutet werden, zumal es nicht möglich sei, dem Beschwerdeführer eine andere, seinen intellektuellen und körperlichen Fähigkeiten entsprechende Tätigkeit zuzuweisen: Eine solche Tätigkeit sei nicht vorhanden; am Krankheitsbild und dem Ausmaß der Krankenstände würde sich nichts ändern.

In dem seitens der Mitbeteiligten vorgelegten klinischpsychologischen Befund Dris. K, betreffend eine Untersuchung des Beschwerdeführers vom 15. März und 21. März 2006, heißt es über den Beschwerdeführer in der Beurteilung: Es seien kognitive Funktionsstörungen feststellbar, nämlich eine Verlangsamung der kognitiven Informationsverarbeitung und Beeinträchtigung anschaulich-praktischer intellektueller Funktionen, Störung der Konzentrationsfähigkeit und geringe Verlangsamung der sensomotorischen Umstellbarkeit.

Der Beschwerdeführer nahm zum Antrag der Mitbeteiligten dahin (schriftlich) Stellung, dass er im Briefverteilzentrum in der Handsortierung tätig sei. Er erbringe die zu erwartende Leistung. Da sein Arbeitsplatz nicht hell genug gewesen sei, sei nach mehrmaligem Ersuchen eine - nicht sehr hilfreiche und in der Folge wieder entfernte - Beleuchtung angebracht worden. Seit Herbst 2005 werde er ständig unter Druck gesetzt, in Pension zu gehen. Ihm sei seitens der PVA aber mitgeteilt worden, arbeitsfähig zu sein und weiterarbeiten zu müssen und nicht vor 2012 in Pension gehen zu dürfen. Im November 2005 habe er erstmals während der Arbeit Schmerzen an unterschiedlichen Körperstellen empfunden, sei deshalb für kurze Zeit im Krankenstand gewesen und habe sich auf Drängen der Mitbeteiligten zur klinisch-psychologischen Untersuchung bei Dr. K bereit erklärt. Ein - im Oktober 2006 nach Rückkehr von einem dreiwöchigen Kuraufenthalt gestelltes - Angebot der Mitbeteiligten auf einvernehmliche Beendigung des Dienstverhältnisses habe er ablehnen müssen, weil er für den Unterhalt seiner im Ausland lebenden, verwitweten Mutter aufkommen müsse, seine beiden Kinder, die bei ihm lebten, studierten, und eine Berufsunfähigkeitspension ganz niedrig wäre, sodass seine Kosten nicht abgedeckt würden. Er arbeite gerne und wolle weiterhin arbeiten, weil er arbeitsfähig sei.

Die Erstbehörde veranlasste die Einholung mehrerer Sachverständigengutachten (Augenfacharzt, HNO-Facharzt, Allgemeinmediziner). Im zusammenfassenden Gutachten werden die Gesundheitsschädigungen des Beschwerdeführers wie folgt beschrieben:

"Lfd. Nr.

Art der Gesundheitsschädigung

...

Grad der Behinderung

1.

Hornhaut- und Aderhautentzündung links, Zustand nach Grauer Star Op. mit Hinterkammerlinsenimplantation links, normales Sehvermögen rechts, Sehverminderung auf Lichtempfindlichkeit links

...

30%

2.

Chronische Hornhautentzündung links

Mittlerer Rahmensatz, da mäßig Entzündung.

...

10%

3.

Schwerhörigkeit beidseits

Gesamt-Augen

40%

25%=30%

4.

Oberer Rahmensatz, da schlechte Diskrimination.

Degenerative Veränderungen der Wirbelsäule

Unterer Rahmensatz, da nur mäßiggradige Funktionsstörung nachweisbar.

...

20%

5.

Diabetes mellitus

Unterer Rahmensatz, da mit milder Medikation befriedigende Stoffwechsellage erzielt werden kann

...

20%

Die in Zusammenwirken der oben angeführten Gesundheitsschädigungen verursachte Funktionsbeeinträchtigung beträgt fünfzig von Hundert (50 v.H.)."

Weiters heißt es unter der Überschrift "Berufkundliche Beurteilung":

"Der AW ist durch die Seh- und Hörstörung beeinträchtigt, jedoch liegt keine totale Dienstunfähigkeit vor. Die von ihm verlangte Tätigkeit als Sortierer im Verteilerzentrum ist unter den gegebenen Bedingungen zumutbar.

Die geltend gemachte kosmische Strahlung am Arbeitsplatz ist nicht nachvollziehbar. Die daraus resultierenden Krankenstände sind unberechtigt. Wie der AW anlässlich der Untersuchung ho. versicherte möchte er weiterhin seine Tätigkeit in gewohntem Umfang ausüben. Das Ausmaß der dauernden Gesundheitsschädigung, insbesondere der Sehstörung bewirkt jedoch keine Arbeitsunfähigkeit der ihm abverlangten Tätigkeiten.

Die Hörstörung stellt zwar eine maßgebliche Behinderung dar, ist jedoch bei der Ausübung der Tätigkeit als Sortierer irrelevant."

Die Mitbeteiligte nahm dazu dahin Stellung, dass der klinischpsychologische Befund Dris. K unberücksichtigt geblieben sei, und brachte vor, es sei neuerlich auf die krankheitsbedingte Abwesenheit des Beschwerdeführers hinzuweisen, nämlich 2005 für 142 Tage und betreffend 2006 für 75 Tage.

In dem daraufhin seitens der Erstbehörde über den Beschwerdeführer eingeholten psychologischen Gutachten von Mag. W vom 17. Oktober 2007 heißt es, die durchgeführten psychologischen Testverfahren bestätigten eine geringe kognitive Beeinträchtigung. In Summe gesehen seien die Beeinträchtigungen nicht so ausgeprägt, dass "dem DN daraus eine totale Dienstunfähigkeit zu bescheinigen wäre". Die Tätigkeiten als Sortierer im Verteilerzentrum könnten dem Beschwerdeführer jedenfalls zugemutet werden; somit sei aus klinischpsychologischer Sicht Dienstfähigkeit gegeben. Unter "Verhalten während der Untersuchung" heißt es, der Beschwerdeführer sei "freundlich und kooperativ", er gebe "bereitwillig auf alle Fragen Auskunft", sein "Sprachverständnis (sei) nicht immer vollständig gegeben, er erscheint etwas nervös bzw. agitiert".

Im nervenfachärztlichen Sachverständigengutachten vom 17. Oktober 2007 von Dr. H schließlich heißt es:

"Unter Berücksichtigung des klinischen bzw. testpsychologischen Befundes besteht keine totale Dienstunfähigkeit - allerdings unter Berücksichtigung der Arbeitsplatzsituation inkl. Anforderungsprofil - siehe Abl. 4-9 - bestehen in Teilbereichen sicherlich Einschränkungen der Leistungsfähigkeit. Eine Besserung ist diesbezüglich nach der klinischen Erfahrung auch nicht zu erwarten. Die Möglichkeit einer weiteren Arbeitstätigkeit ist seitens des neuro-psychiatrischen Fachgebietes nur dann möglich - sollten entsprechende entlastende Maßnahmen an der Arbeitsstelle erfolgen (Reduktion d. wöchentlichen Arbeitsstunden, entsprechende Pausen nach 2-3 Stunden)."

Einen seitens der Mitbeteiligten daraufhin erstatteten Vorschlag auf Teilzeitarbeitsregelung zu 22,5 Wochendienststunden lehnte der Beschwerdeführer ab, da er dieses Angebot aus finanziellen Gründen nicht annehmen könne.

Mit Schriftsatz vom 23. April 2008 nahm die Mitbeteiligte zu den bisherigen Verfahrensergebnissen dahin Stellung, dass das nervenfachärztliche Sachverständigengutachten zwar festhalte, eine totale Dienstuntauglichkeit liege nicht vor, es bestünden aber in Teilbereichen Einschränkungen der Leistungsfähigkeit und sei eine Besserung nicht zu erwarten. Aus dem Gutachten gehe aber eindeutig hervor, dass der Beschwerdeführer seiner Tätigkeit nur noch unter

der Voraussetzung, dass entlastende Maßnahmen an der Arbeitsstelle erfolgen könnten, nachgehen könne; so seien eine Reduktion der wöchentlichen Arbeitsstunden und entsprechende Pausen nach 2- 3 Stunden notwendig. Im Bereich des Briefverteilzentrums, in dem der Beschwerdeführer beschäftigt sei, bestünden Teilzeitarbeitsplätze im Ausmaß von 22,5 Wochendienststunden; der Beschwerdeführer habe eine Teilzeitbeschäftigung jedoch abgelehnt. Beim Arbeitsplatz, an dem der Beschwerdeführer eingeteilt sei (Handsortierung im Tagdienst des Briefverteilzentrums), handle es sich um einen solchen, der im Verhältnis zu sonstigen Arbeitsplätzen die geringste körperliche Beanspruchung aufweise, weil die anfallenden Hebe- und Tragbelastungen wesentlich geringer seien als bei sonstigen Arbeiten, und die Tätigkeit abwechselnd im Sitzen oder Stehen ausgeübt werden könne. Aus diesen Gründen würden auf diesen Arbeitsplätzen auch überwiegend Dienstnehmer mit Behinderung bzw. mit körperlichen Einschränkungen eingesetzt. Dennoch weise der Beschwerdeführer Krankenstände in einem Ausmaß auf, die der Mitbeteiligten eine Weiterbeschäftigung unzumutbar machten. Nach wie vor befinde sich der Beschwerdeführer überdurchschnittlich häufig im Krankenstand. So sei der Beschwerdeführer im Jahr 2007 von 25. bis 30. Jänner, von 25. bis 26. April, am 5. April, am 15. April, am 6. Juli, von 18. Juli bis 20. Juli, von 29. August bis 4. September, am 14. September, von 6. November bis 9. November, von 15. November bis 23. November, und von 17. Dezember bis 21. Dezember 2007 im Krankenstand gewesen. Im Jahr 2008 sei der Beschwerdeführer von 10. Jänner bis 17. Jänner, am 14. Februar, von 8. April bis 11. April, und von 24. April bis "laufend" (30. April 2008) im Krankenstand gewesen.

Mit Bescheid vom 7. Juli 2008 entschied der Behindertenausschuss über den Antrag der Mitbeteiligten dahin, dass die Zustimmung zur Kündigung des Beschwerdeführers gemäß § 8 Abs. 2 BEinstG nicht erteilt werde. In der Begründung verwies die Erstbehörde auf die eingeholten Gutachten und hob hervor, der Beschwerdeführer sei zwar "nur mehr bedingt dienstfähig", es bestehe auch keine Möglichkeit, ihn "auf einem anderen Arbeitsplatz unterzubringen", es könne jedoch eine Beihilfe in Anspruch genommen werden, um die allfällig entstandene Minderleistung des Arbeitnehmers zu kompensieren; dieses Angebot sei seitens der Mitbeteiligten nicht angenommen worden. Da nach den vorliegenden ärztlichen Gutachten künftig wieder eine verwertbare Arbeitsleistung des Beschwerdeführers zu erwarten sei, sei der Kündigung nicht zugestimmt worden. Der Schutzzweck des BEinstG sehe eine Weiterbeschäftigungspflicht insofern vor, als für eine allfällige Minderleistung des Beschwerdeführers entsprechende Beihilfen seitens des Bundessozialamts bezogen werden könnten. Dies sei der Mitbeteiligten auch angeboten, von ihr aber abgelehnt worden. Nach Auffassung des Behindertenausschusses hätte die Mitbeteiligte aber unter Zuhilfenahme von etwaigen Beihilfenarten zumindest einen längeren, fortdauernden Arbeitsversuch starten müssen. Erst bei weiterem Scheitern des Beschwerdeführers an den Anforderungen eines geeigneten Arbeitsplatzes wäre ein Zustimmungsantrag begründet gewesen.

Mit Bescheid vom 7. Juli 2008 entschied der Behindertenausschuss über den Antrag der Mitbeteiligten dahin, dass die Zustimmung zur Kündigung des Beschwerdeführers gemäß Paragraph 8, Absatz 2, BEinstG nicht erteilt werde. In der Begründung verwies die Erstbehörde auf die eingeholten Gutachten und hob hervor, der Beschwerdeführer sei zwar "nur mehr bedingt dienstfähig", es bestehe auch keine Möglichkeit, ihn "auf einem anderen Arbeitsplatz unterzubringen", es könne jedoch eine Beihilfe in Anspruch genommen werden, um die allfällig entstandene Minderleistung des Arbeitnehmers zu kompensieren; dieses Angebot sei seitens der Mitbeteiligten nicht angenommen worden. Da nach den vorliegenden ärztlichen Gutachten künftig wieder eine verwertbare Arbeitsleistung des Beschwerdeführers zu erwarten sei, sei der Kündigung nicht zugestimmt worden. Der Schutzzweck des BEinstG sehe eine Weiterbeschäftigungspflicht insofern vor, als für eine allfällige Minderleistung des Beschwerdeführers entsprechende Beihilfen seitens des Bundessozialamts bezogen werden könnten. Dies sei der Mitbeteiligten auch angeboten, von ihr aber abgelehnt worden. Nach Auffassung des Behindertenausschusses hätte die Mitbeteiligte aber unter Zuhilfenahme von etwaigen Beihilfenarten zumindest einen längeren, fortdauernden Arbeitsversuch starten müssen. Erst bei weiterem Scheitern des Beschwerdeführers an den Anforderungen eines geeigneten Arbeitsplatzes wäre ein Zustimmungsantrag begründet gewesen.

Die Mitbeteiligte erhob Berufung, in der sie im Wesentlichen geltend machte, es liege der Kündigungstatbestand nach § 8 Abs. 4 lit. b BEinstG vor, weil der Beschwerdeführer unfähig sei, die im Dienstvertrag vereinbarte Vollzeitarbeit zu leisten, in absehbarer Zeit eine Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit nicht zu erwarten sei und die Mitbeteiligte ihn nicht an einem anderen Arbeitsplatz ohne erheblichen Schaden weiter beschäftigen könne. Ein Anbot zur Weiterbeschäftigung zur Teilzeitarbeit habe der Beschwerdeführer aber abgelehnt. Das gegebene Ausmaß an Krankenständen (142 Arbeitstage im Jahr 2005, 75 Arbeitstage im Jahr 2006, 34 Arbeitstage im Jahr 2007 und 29,5 Arbeitstage im ersten Halbjahr 2008, was bezogen auf das gesamte Jahr 2008 hochgerechnet 55 Arbeitstage ergebe, sei für die Mitbeteiligte unzumutbar. Erschwerend für die Mitbeteiligte sei auch noch, dass die einzelnen

Krankenstandstage des Beschwerdeführers einen ungewöhnlichen und nicht prognostizierbaren Verlauf aufwiesen und auch in einzelnen Tagen konsumiert würden. Dies sei organisatorisch aber besonders schwer aufzufangen. Die Mitbeteiligte erhob Berufung, in der sie im Wesentlichen geltend machte, es liege der Kündigungstatbestand nach Paragraph 8, Absatz 4, Litera b, BEinstG vor, weil der Beschwerdeführer unfähig sei, die im Dienstvertrag vereinbarte Vollzeitarbeit zu leisten, in absehbarer Zeit eine Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit nicht zu erwarten sei und die Mitbeteiligte ihn nicht an einem anderen Arbeitsplatz ohne erheblichen Schaden weiter beschäftigen könne. Ein Anbot zur Weiterbeschäftigung zur Teilzeitarbeit habe der Beschwerdeführer aber abgelehnt. Das gegebene Ausmaß an Krankenständen (142 Arbeitstage im Jahr 2005, 75 Arbeitstage im Jahr 2006, 34 Arbeitstage im Jahr 2007 und 29,5 Arbeitstage im ersten Halbjahr 2008, was bezogen auf das gesamte Jahr 2008 hochgerechnet 55 Arbeitstage ergebe, sei für die Mitbeteiligte unzumutbar. Erschwerend für die Mitbeteiligte sei auch noch, dass die einzelnen Krankenstandstage des Beschwerdeführers einen ungewöhnlichen und nicht prognostizierbaren Verlauf aufwiesen und auch in einzelnen Tagen konsumiert würden. Dies sei organisatorisch aber besonders schwer aufzufangen.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde - nach Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung - der Berufung Folge und änderte den erstinstanzlichen Bescheid dahin ab, dass die Zustimmung zur Kündigung des Beschwerdeführers erteilt werde.

Nach einer Wiedergabe des Verfahrensgangs traf die belangte Behörde folgende ergänzende Feststellungen:

Der Beschwerdeführer sei nicht mehr fähig, die im Dienstvertrag vereinbarte Arbeit - Sortierer im Verteilerzentrum - in vollem Ausmaß zu leisten. Der Beschwerdeführer könne die im Dienstvertrag vereinbarte Arbeit nur noch gegen entsprechend reduzierte Wochenarbeitszeit (22,5 Wochenstunden oder weniger) leisten, obwohl seine Tätigkeit die geringste körperliche Belastung aufweise. Ein Angebot der Mitbeteiligten zur Weiterbeschäftigung zu reduzierten Arbeitszeiten habe der Beschwerdeführer aus finanziellen Gründen abgelehnt.

Der Beschwerdeführer weise folgende Krankenstandstage auf:

2005: 142 Arbeitstage; 2006: 75 Arbeitstage; 2007: 34 Arbeitstage; 2008 (bis 3. Juli 2008): 27,5 Arbeitstage, was hochgerechnet 55 Arbeitstagen in diesem Jahr entspreche. Der Beschwerdeführer habe abgelehnt, einen Antrag auf Berufsunfähigkeitspension zu stellen, und ein Angebot der Mitbeteiligten auf einvernehmliche Lösung des Dienstverhältnisses per 30. September 2008 gegen Bezahlung einer Abgangsentschädigung von EUR 34.600,-- brutto (beinhaltend die gesetzliche Abfertigung von ca. EUR 7.997,58 brutto) als Generalbereinigung ebenso abgelehnt. Die Berufsunfähigkeitspension würde beim Beschwerdeführer ab 1. Oktober 2008 monatlich EUR 525,54 brutto, die Alterspension ab 1. Jänner 2013 monatlich EUR 938,56 brutto betragen.

Nach einer Darlegung der maßgebenden Bestimmungen des BEinstG sowie der Rechtslage hinsichtlich der erforderlichen Abwägung zwischen den Interessen des Dienstgebers und des Dienstnehmers führte die belangte Behörde Folgendes aus: Es sei davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer nicht mehr fähig sei, die im Dienstvertrag vereinbarte Arbeit als Sortierer im Verteilerzentrum im vollen Ausmaß zu leisten; vielmehr könne er dies nur mehr gegen entsprechend reduzierte Wochenarbeitszeit, obwohl seine Tätigkeit die geringste körperliche Belastung aufweise; er habe aber das Angebot der Mitbeteiligten zur Weiterbeschäftigung zu reduzierten Arbeitszeiten abgelehnt. Daraus ergebe sich, dass der Beschwerdeführer unfähig sei, die im Dienstvertrag vereinbarte Arbeit zu leisten und in absehbarer Zeit eine Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit nicht zu erwarten sei. Deshalb sei der Berufung Folge zu geben und der angefochtene Bescheid im Sinne der Zustimmung zur Kündigung des Dienstverhältnisses abzuändern gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und - wie auch die mitbeteiligte Partei - eine Gegenschrift mit dem Antrag auf kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde erstattet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1.1. Die im Beschwerdefall maßgeblichen Rechtsvorschriften des BEinstG idF. der Novelle BGBl. I Nr. 2/2008 lauten (auszugsweise): 1.1. Die im Beschwerdefall maßgeblichen Rechtsvorschriften des BEinstG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 2 aus 2008, lauten (auszugsweise):

"Begünstigte Behinderte

§ 2. (1) Begünstigte Behinderte im Sinne dieses Bundesgesetzes sind österreichische Staatsbürger mit einem Grad der Behinderung von mindestens 50 vH. Österreichischen Staatsbürgern sind Flüchtlinge mit einem Grad der Behinderung von mindestens 50 vH, denen Asyl gewährt worden ist, gleichgestellt, solange sie zum dauernden Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt sind. Österreichischen Staatsbürgern sind weiters Staatsbürger von Vertragsparteien des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum mit einem Grad der Behinderung von mindestens 50 vH gleichgestellt.

...

Angemessene Vorkehrungen und Förderungsmaßnahmen

§ 6. (1) Dienstgeber haben bei der Beschäftigung von begünstigten Behinderten auf deren Gesundheitszustand jede nach Beschaffenheit der Betriebsgattung und nach Art der Betriebsstätte und der Arbeitsbedingungen mögliche Rücksicht zu nehmen. Das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen hat einvernehmlich mit den Dienststellen des Arbeitsmarktservice und mit den übrigen Rehabilitationsträgern dahingehend zu wirken und zu beraten, daß die Behinderten in ihrer sozialen Stellung nicht absinken, entsprechend ihren Fähigkeiten und Kenntnissen eingesetzt und durch Leistungen der Rehabilitationsträger und Maßnahmen der Dienstgeber soweit gefördert werden, daß sie sich im Wettbewerb mit Nichtbehinderten zu behaupten vermögen.

1. (1a) Absatz eins a, Dienstgeber haben die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um Menschen mit Behinderungen den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden den Dienstgeber unverhältnismäßig belasten. Diese Belastung ist nicht unverhältnismäßig, wenn sie durch Förderungsmaßnahmen nach bundes- oder landesgesetzlichen Vorschriften ausreichend kompensiert werden kann.

...

Kündigung

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

1. (2) Absatz 2, Die Kündigung eines begünstigten Behinderten (§ 2) darf von einem Dienstgeber erst dann ausgesprochen werden, wenn der Behindertenausschuß (§ 12) nach Anhörung des Betriebsrates oder der Personalvertretung im Sinne des Bundes-Personalvertretungsgesetzes bzw. der entsprechenden landesgesetzlichen Vorschriften sowie nach Anhörung des zur Durchführung des Landes-Behindertengesetzes jeweils zuständigen Amtes der Landesregierung zugestimmt hat; dem Dienstnehmer kommt in diesem Verfahren Parteistellung zu. Eine Kündigung ohne vorherige Zustimmung des Behindertenausschusses ist rechtsunwirksam, wenn dieser nicht in besonderen Ausnahmefällen nachträglich die Zustimmung erteilt. Die Kündigung eines begünstigten Behinderten (Paragraph 2,) darf von einem Dienstgeber erst dann ausgesprochen werden, wenn

der Behindertenausschuß (Paragraph 12,) nach Anhörung des Betriebsrates oder der Personalvertretung im Sinne des Bundes-Personalvertretungsgesetzes bzw. der entsprechenden landesgesetzlichen Vorschriften sowie nach Anhörung des zur Durchführung des Landes-Behindertengesetzes jeweils zuständigen Amtes der Landesregierung zugestimmt hat; dem Dienstnehmer kommt in diesem Verfahren Parteistellung zu. Eine Kündigung ohne vorherige Zustimmung des Behindertenausschusses ist rechtsunwirksam, wenn dieser nicht in besonderen Ausnahmefällen nachträglich die Zustimmung erteilt.

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

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

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

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

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

1. (4a) Absatz 4 a, Bei der Entscheidung über die Zustimmung zur Kündigung eines begünstigten Behinderten ist auch das Diskriminierungsverbot des § 7b Abs. 1 zu berücksichtigen. Bei der Entscheidung über die Zustimmung zur Kündigung eines begünstigten Behinderten ist auch das Diskriminierungsverbot des Paragraph 7 b, Absatz eins, zu berücksichtigen.
2. (5) Absatz 5, Gesetzliche Bestimmungen, die die Beendigung des Dienstverhältnisses an zusätzliche Voraussetzungen knüpfen, bleiben unberührt. Finden auf die Kündigung eines begünstigten Behinderten die Abs. 2 bis 4 Anwendung, gelten die Bestimmungen des § 105 Abs. 2 bis 6 des Arbeitsverfassungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1974, bzw. die in Ausführung der Bestimmungen des § 210 Abs. 3 bis 6 des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287, erlassenen landesrechtlichen Vorschriften nicht. Gesetzliche Bestimmungen, die die Beendigung des Dienstverhältnisses an zusätzliche Voraussetzungen knüpfen, bleiben unberührt. Finden auf die Kündigung eines begünstigten Behinderten die Absatz 2 bis 4 Anwendung, gelten die Bestimmungen des Paragraph 105, Absatz 2 bis 6 des Arbeitsverfassungsgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 22 aus 1974,, bzw. die in Ausführung der Bestimmungen des Paragraph 210, Absatz 3 bis 6 des Landarbeitsgesetzes 1984, Bundesgesetzblatt , Nr. 287, erlassenen landesrechtlichen Vorschriften nicht.

..."

1.2. Mit Erkenntnis vom 1. Juli 2011, G 80/10-12, hat der Verfassungsgerichtshof den jeweils auf Art. 140 Abs. 1 B-VG gestützten Anträgen des Verwaltungsgerichtshofes, "den durch die Novelle BGBl. Nr. 313/1992 eingefügten § 19a Abs. 2a erster Satz des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970, in eventu § 8 Abs. 2 des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970 in der Fassung BGBl. I Nr. 17/1999, als verfassungswidrig aufzuheben", keine Folge gegeben. 1.2. Mit Erkenntnis vom 1. Juli 2011, G 80/10-12, hat der Verfassungsgerichtshof den jeweils auf Artikel 140, Absatz eins, B-VG gestützten Anträgen des Verwaltungsgerichtshofes, "den durch die Novelle Bundesgesetzblatt Nr. 313 aus 1992, eingefügten Paragraph 19 a, Absatz 2 a, erster Satz des Behinderteneinstellungsgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 22 aus 1970,, in eventu Paragraph 8, Absatz 2, des Behinderteneinstellungsgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 22 aus 1970, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 1999,, als verfassungswidrig aufzuheben", keine Folge gegeben.

2.1.1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 26. Februar 2008, Zl. 2005/11/0088) liegt die Entscheidung darüber, ob die Zustimmung zur Kündigung eines begünstigten Behinderten erteilt werden soll, im freien Ermessen der Behörde. Bei dieser Ermessensentscheidung ist es Aufgabe der Behörde, das berechnigte Interesse des Dienstgebers an der Beendigung des Dienstverhältnisses und die besondere soziale Schutzbedürftigkeit des zu kündigenden Dienstnehmers im Einzelfall gegeneinander abzuwägen und unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände zu prüfen, ob dem Dienstgeber die Fortsetzung des Dienstverhältnisses oder dem Dienstnehmer der Verlust seines Arbeitsplatzes eher zugemutet werden kann. Durch die Novellierung mit dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 17/1999 sollte sich nach der Absicht des Gesetzgebers daran nichts ändern (vgl. den AB 1543 BlgNR 20. GP). 2.1.1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche , z.B. das hg. Erkenntnis vom 26. Februar 2008, Zl. 2005/11/0088) liegt die Entscheidung darüber, ob die Zustimmung zur Kündigung eines begünstigten Behinderten erteilt werden soll, im freien Ermessen der Behörde. Bei dieser Ermessensentscheidung ist es Aufgabe der Behörde, das berechnigte Interesse des Dienstgebers an der Beendigung des Dienstverhältnisses und die besondere soziale Schutzbedürftigkeit des zu kündigenden Dienstnehmers im Einzelfall gegeneinander abzuwägen und unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände zu prüfen, ob dem Dienstgeber die Fortsetzung des Dienstverhältnisses oder dem Dienstnehmer der Verlust seines Arbeitsplatzes eher zugemutet werden kann. Durch die Novellierung mit dem Bundesgesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 1999, sollte sich nach der Absicht des Gesetzgebers daran nichts ändern vergleiche , den Ausschussbericht 1543, BlgNR 20. GP).

Nach § 8 Abs. 4 lit. b BEinstG idF. der Novelle BGBl. I Nr. 17/1999 ist der Verlust der Fähigkeit des begünstigten Behinderten, die im Dienstvertrag vereinbarte Arbeit zu leisten, im Zusammenhalt mit der Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung ein Grund, im Rahmen der Interessenabwägung dem Dienstgeber nicht die Fortsetzung des Dienstverhältnisses zuzumuten, dies mit der Folge, dass die Zustimmung zu einer (erst auszusprechenden) Kündigung zu erteilen sein wird (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 13. August 2003, Zl. 2002/11/0207). Nach Paragraph 8, Absatz 4, Litera b, BEinstG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 1999, ist der Verlust der Fähigkeit des begünstigten Behinderten, die im Dienstvertrag vereinbarte Arbeit zu leisten, im Zusammenhalt mit der Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung ein Grund, im Rahmen der Interessenabwägung dem Dienstgeber nicht die Fortsetzung des Dienstverhältnisses zuzumuten, dies mit der Folge, dass die Zustimmung zu einer (erst auszusprechenden) Kündigung zu erteilen sein wird vergleiche , z.B. das hg. Erkenntnis vom 13. August 2003, Zl. 2002/11/0207).

2.1.2. Treten bei einem Dienstnehmer Krankenstände auf, die ihn laufend in einem weit über dem Durchschnitt liegenden Maß an der Dienstleistung hindern, so ist er zur Erfüllung seiner Dienstpflichten nicht mehr im Stande. Auf welche Gründe diese - berechtigten - Krankenstände zurückzuführen sind, ist - jedenfalls solange sie nicht auf ein Verhalten oder Unterlassen des Dienstgebers zurückzuführen sind - nicht erheblich. Eine aus der hohen Zahl der Krankheitstage ableitbare ungünstige Prognose und die Tatsache, dass weit überdurchschnittliche Krankenstände durch einen langen Zeitraum nahezu regelmäßig aufgetreten sind, rechtfertigen eine Kündigung gemäß § 8 Abs. 4 lit. b BEinstG (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2011, Zl. 2011/11/0144, unter Hinweis auf Urteile des OGH). 2.1.2. Treten bei einem Dienstnehmer Krankenstände auf, die ihn laufend in einem weit über dem Durchschnitt liegenden Maß an der Dienstleistung hindern, so ist er zur Erfüllung seiner Dienstpflichten nicht mehr im Stande. Auf welche Gründe diese - berechtigten - Krankenstände zurückzuführen sind, ist - jedenfalls solange sie nicht auf ein Verhalten oder Unterlassen des Dienstgebers zurückzuführen sind - nicht erheblich. Eine aus der hohen Zahl der Krankheitstage ableitbare ungünstige Prognose und die Tatsache, dass weit überdurchschnittliche Krankenstände durch einen langen Zeitraum nahezu regelmäßig aufgetreten sind, rechtfertigen eine Kündigung gemäß Paragraph 8, Absatz 4, Litera b, BEinstG vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2011, Zl. 2011/11/0144, unter Hinweis auf Urteile des OGH).

2.2. Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist das Beschwerdevorbringen zu prüfen.

3.1. Die belangte Behörde hat, wie dargestellt, ihre Zustimmung zur Kündigung des Beschwerdeführers entscheidend darauf gestützt, dass dieser nicht mehr fähig sei, die im Dienstvertrag vereinbarte Arbeit - Sortierer im Verteilerzentrum - im vollen Ausmaß zu leisten. Er könne diese Tätigkeit, obwohl sie die geringste körperliche Belastung aufweise, nur mehr gegen entsprechend reduzierte Wochenarbeitszeit leisten, was der Beschwerdeführer aber abgelehnt habe.

3.2. Träfen diese Feststellungen zu, könnte die Entscheidung der belangten Behörde im Lichte des § 8 Abs. 4 lit b BEinstG nicht als Überschreitung des ihr durch das BEinstG eingeräumten Ermessensspielraums beurteilt werden.

3.2. Träfen diese Feststellungen zu, könnte die Entscheidung der belangten Behörde im Lichte des Paragraph 8, Absatz 4, Litera b, BEinstG nicht als Überschreitung des ihr durch das BEinstG eingeräumten Ermessensspielraums beurteilt werden.

4.1.1. Die Beschwerde macht dagegen zunächst geltend, der entscheidende Sachverhalt sei in einem wesentlichen Punkt - hinsichtlich des Inhalts des Dienstvertrags - aktenwidrig angenommen worden: Es sei unrichtig, dass der Beschwerdeführer ausdrücklich für Sortiertätigkeiten im Verteilerzentrum aufgenommen worden sei; vielmehr sei aus seinem Dienstvertrag nur ersichtlich, dass er im Hilfsdienst beschäftigt werde. Bei der mitbeteiligten Partei gebe es aber sehr viele Möglichkeiten, Mitarbeiter im Hilfsdienst einzusetzen, und es sei nicht vorstellbar, dass er nicht auch an einem anderen Arbeitsplatz im Bereich des Hilfsdienstes eingesetzt werden könnte.

4.1.2. Mit diesem Vorbringen wird weder eine Aktenwidrigkeit noch ein relevanter Verfahrensmangel aufgezeigt: Zwar kann nicht nur die in einer Berufungsentscheidung enthaltene unrichtige Wiedergabe der Feststellungen der Erstinstanz eine Aktenwidrigkeit begründen, sondern ein solcher Mangel vielmehr etwa auch darin liegen, dass die zweite Instanz der rechtlichen Beurteilung Feststellungen zugrunde legt, die von jenen der ersten Instanz abweichen, ohne dass solche Feststellungen auf einer Beweiswiederholung oder Beweisergänzung beruhen (vgl. E. Kodek in Rechberger, ZPO3 § 503 Rz 17 ff).

4.1.2. Mit diesem Vorbringen wird weder eine Aktenwidrigkeit noch ein relevanter Verfahrensmangel aufgezeigt: Zwar kann nicht nur die in einer Berufungsentscheidung enthaltene unrichtige Wiedergabe der Feststellungen der Erstinstanz eine Aktenwidrigkeit begründen, sondern ein solcher Mangel vielmehr etwa auch darin liegen, dass die zweite Instanz der rechtlichen Beurteilung Feststellungen zugrunde legt, die von jenen der ersten Instanz abweichen, ohne dass solche Feststellungen auf einer Beweiswiederholung oder Beweisergänzung beruhen vergleiche , E. Kodek in Rechberger, ZPO3 Paragraph 503, Rz 17 ff).

Mit dem Vorbringen, im schriftlichen Dienstvertrag sei nur ersichtlich, dass der Beschwerdeführer im Hilfsdienst beschäftigt werde, wird aber nicht konkret bestritten, dass der Beschwerdeführer vereinbarungsgemäß als Sortierer im Hilfsdienst beschäftigt werde; die Beschwerde übergeht zudem auch die bereits von der Erstbehörde getroffene und von der belangten Behörde erkennbar übernommene Feststellung, wonach keine Möglichkeit bestehe, den Beschwerdeführer auf einem anderen Arbeitsplatz unterzubringen, zumal es sich bei den Arbeitsplätzen im Bereich der Handsortierung, wo der Beschwerdeführer tätig sei, um die Arbeitsplätze mit der geringsten körperlichen Beanspruchung handle.

4.2.1. Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, das Motiv für die Ablehnung einer Antragstellung auf Gewährung einer Berufsunfähigkeitspension durch den Beschwerdeführer sowie für die Ablehnung des Angebots der mitbeteiligten Partei auf Halbierung der wöchentlichen Arbeitszeit sei unberücksichtigt geblieben. Aus finanziellen Gründen sei für ihn die Notwendigkeit gegeben, weiter - auf Basis einer Vollzeitbeschäftigung mit entsprechendem Gehalt -

zu arbeiten und nicht in Pension zu gehen. Die belangte Behörde habe weder festgestellt, welches Einkommen er bei Reduktion der Wochenarbeitszeit erzielt hätte, noch sich mit den Gründen für die Ablehnung auseinander gesetzt.

4.2.2. Auch damit wird kein relevanter Verfahrensmangel aufgezeigt: Die belangte Behörde hat festgestellt, dass der Beschwerdeführer das Angebot zur Weiterbeschäftigung zu reduzierten Arbeitszeiten "aus finanziellen Gründen" abgelehnt hat. Der Beschwerdeführer hat im gesamten Verfahren klar gemacht, auf eine Vollzeitbeschäftigung mit entsprechendem Gehalt angewiesen zu sein, und deshalb sowohl eine Teilzeitbeschäftigung als auch eine Antragstellung auf Berufsunfähigkeitspension abzulehnen. Die belangte Behörde hat dem Beschwerdeführer auch nicht etwa, wie die Beschwerde meint, vorgeworfen, "mutwillig" seine Zustimmung verweigert zu haben.

4.3. Mit dem Beschwerdevorbringen, die belangte Behörde habe es unterlassen, den Beschwerdeführer darauf hinzuweisen, dass er sich im Verfahren vertreten lassen könne, zudem hätte für seine Vernehmung wie auch schon für seine Untersuchung durch die ärztlichen Sachverständigen im erstinstanzlichen Verfahren ein Dolmetsch beigezogen werden müssen, wird ein relevanter Verfahrensmangel nicht aufgezeigt:

An der mündlichen Verhandlung vom 18. April 2007 im erstinstanzlichen Verfahren nahmen, dem diesbezüglichen Verhandlungsprotokoll folgend, neben dem Beschwerdeführer und seiner Frau der Betriebsratsvorsitzende und eine Behindertenvertrauensperson (die jeweils vorbrachten, mit der beschlossenen Vorgangsweise (Einholung von

weiteren Gutachten) einverstanden zu sein) teil, an der mündlichen Verhandlung vom 28. August 2008 auf Seiten des Beschwerdeführers nur dieser. Das in der Ladung zur Berufungsverhandlung gestellte Ersuchen an den Beschwerdeführer, für den Fall, dass er - wegen der von der Erstbehörde festgestellten Schwerhörigkeit - einen Dolmetsch für die Gebärdensprache benötige, dies bekanntzugeben, blieb der Aktenlage nach unbeantwortet. Der Beschwerdeführer stellte auch weder vor noch in der Verhandlung einen Antrag auf Beiziehung eines Dolmetsch.

Der Aktenlage nach wurde dem Beschwerdeführer seitens der Erstbehörde sowohl der klinisch-psychologische Befund Dr. K vom 21. März 2006 als auch die darauf Bezug nehmenden Gutachten der Mag. W (klinische Psychologin) und Dr. H (Nervenfacharzt), jeweils vom 17. Oktober 2007, zugestellt. Eine Stellungnahme dazu hat der Beschwerdeführer nicht abgegeben, insb. auch kein Vorbringen (wie jetzt in der Beschwerde) erstattet, wonach die Feststellung der kognitiven Beeinträchtigung im Wesentlichen wegen Sprachbarrieren erfolgt sei und bei Beiziehung eines Dolmetsch mit einem wesentlich besseren Testergebnis zu rechnen gewesen wäre.

Vor diesem Hintergrund ist das diesbezügliche Beschwerdevorbringen als unbeachtliche Neuerung zu qualifizieren; die Schlüssigkeit der auf die genannten Sachverständigengutachten gegründeten Beweiswürdigung wird damit nicht in Zweifel gezogen.

Gemäß § 10 Abs. 1 AVG können sich die Beteiligten im Verfahren vertreten lassen. Eine diesbezügliche Belehrung sieht das Gesetz nicht vor, die Unterlassung einer gesonderten Belehrung stellt daher keinen Verfahrensmangel dar. Gemäß Paragraph 10, Absatz eins, AVG können sich die Beteiligten im Verfahren vertreten lassen. Eine diesbezügliche Belehrung sieht das Gesetz nicht vor, die Unterlassung einer gesonderten Belehrung stellt daher keinen Verfahrensmangel dar.

4.4.1. Die Beschwerde rügt, die belangte Behörde habe es unterlassen, einen berufskundigen Sachverständigen zu bestellen, der ausgehend vom festgestellten medizinischen Leistungskalkül beurteilen hätte können, ob dem Beschwerdeführer die Tätigkeit im bisher ausgeübten Umfang oder im Rahmen einer anderen Hilfstätigkeit noch zugemutet werden könne.

4.4.2. Vor dem Hintergrund, dass seitens des ärztlichen Dienstes im erstinstanzlichen Verfahren unter Bezugnahme auf das für die vom Beschwerdeführer im Unternehmen der mitbeteiligten Partei ausgeübte Tätigkeit bestehende "Anforderungsprofil" (AS 6 - 9) - von dem auch die Beschwerde nicht vorbringt, dass es inhaltlich unrichtig sei - die vom Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren nicht in Zweifel gezogene Beurteilung (Möglichkeit einer weiteren Arbeitstätigkeit nur bei entsprechender Reduktion der Arbeitszeit) getroffen wurde, und der Beschwerdeführer eine gesonderte Gutachtenserstattung durch einen berufskundigen Sachverständigen im Verwaltungsverfahren nicht beantragt hat, wird auch damit kein relevanter Verfahrensmangel dargestellt.

4.5.1. Die Beschwerde macht weiter geltend, die belangte Behörde habe die seitens der mitbeteiligten Partei behaupteten Krankenstandstage des Beschwerdeführers "unreflektiert übernommen". Der Beschwerdeführer habe versucht, in der Berufungsverhandlung seine eigene Berechnung der Krankenstandstage vorzulegen, was aber seitens der belangten Behörde nicht angenommen worden sei. Tatsächlich habe sich der Beschwerdeführer seinen Aufzeichnungen nach wesentlich kürzer als von der belangten Behörde angenommen im Krankenstand befunden, nämlich 2005 nur 102, 2006 nur 56, 2007 nur 33 und 2008 nur 23 Arbeitstage.

4.5.2. Im erstinstanzlichen Bescheid wurde eine konkrete Feststellung über die Anzahl der Krankenstandstage des Beschwerdeführers nicht getroffen. Im angefochtenen Bescheid wurde, offenbar dem Vorbringen der mitbeteiligten Partei in der Berufung folgend, festgestellt, dass der Beschwerdeführer folgende Krankenstandstage aufweise: 2005 - 142 Arbeitstage, 2006 - 75 Arbeitstage, 2007 - 34 Arbeitstage, 2008 (bis 3.7.) - 27,5 Arbeitstage, was "hochgerechnet" 55 Arbeitstagen in diesem Jahr entspreche. Begründet wurde diese Feststellung nicht.

Es kann nun dahingestellt bleiben, ob - wie die belangte Behörde und die mitbeteiligte Partei jeweils in der Gegenschrift annehmen - die Anzahl der Krankenstände "außer Streit" steht: Eine förmliche Außerstreitstellung durch den Beschwerdeführer ist den Verwaltungsakten nicht zu entnehmen. Zu bemerken ist allerdings, dass im verfahrenseinleitenden Sachantrag der mitbeteiligten Partei vom 17. Jänner 2007 vorgebracht wurde, der Beschwerdeführer sei im Jahr 2005 106 Arbeitstage im Krankenstand gewesen, im Jahr 2006 41 Arbeitstage in Krankenstand und 16 Arbeitstage auf Kur. Erst in der Stellungnahme der mitbeteiligten Partei vom 16. August 2007

wird - im Gegensatz zum eigenen früheren Vorbringen und ohne jede Erklärung, wie es zu den unterschiedlichen Angaben kommt - eine andere Anzahl von Krankenstandstagen genannt, nämlich wie in der Berufung und wie von der belangten Behörde festgestellt.

Auf die Anzahl der Krankenstandstage kommt es im Beschwerdefall freilich nicht entscheidend an, weil sich die belangte Behörde gar nicht darauf gestützt hat, dass deshalb die Zustimmung zur Kündigung zu erteilen gewesen sei. Es muss daher auch nicht näher darauf eingegangen werden, ob die festgestellte Anzahl der Krankenstandstage, die im Zeitverlauf eine sinkende Tendenz aufweist und hinsichtlich des Ausmaßes etwa mit jenem, das in dem dem hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2011, Zl. 2011/11/0144, zu Grunde liegenden Beschwerdefall festgestellt war, nicht zu vergleichen ist, für sich genommen die Zustimmung zur Kündigung rechtfertigen könnte.

4.6. Unzutreffend ist schließlich das Beschwerdevorbringen, im erstinstanzlichen Verfahren sei der Betriebsrat nicht angehört worden, was aber gemäß § 8 Abs. 2 BEinstG erforderlich sei: Wie schon oben dargestellt, belegt das Protokoll über die mündliche Verhandlung vor dem Behindertenausschuss vom 18. April 2007 die in § 8 Abs. 2 geforderte "Anhörung". 4.6. Unzutreffend ist schließlich das Beschwerdevorbringen, im erstinstanzlichen Verfahren sei der Betriebsrat nicht angehört worden, was aber gemäß Paragraph 8, Absatz 2, BEinstG erforderlich sei: Wie schon oben dargestellt, belegt das Protokoll über die mündliche Verhandlung vor dem Behindertenausschuss vom 18. April 2007 die in Paragraph 8, Absatz 2, geforderte "Anhörung".

5. Nach den als Ergebnis eines von relevanten Mängeln freien Verfahrens getroffenen, schlüssig begründeten Feststellungen ist also davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner gesundheitlichen Beeinträchtigungen nicht mehr fähig ist, die im Dienstvertrag vereinbarte Arbeit zu leisten, eine Wiederherstellung der vollen Arbeitsfähigkeit in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist und auch eine Weiterbeschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz zu "Vollzeit" nicht möglich ist.

Da der Beschwerdeführer eine Weiterbeschäftigung zu reduzierten Arbeitszeiten aber abgelehnt hat, kann der belangten Behörde im Ergebnis nicht entgegen getreten werden, wenn sie zur Auffassung gelangt ist, der mitbeteiligten Partei könne gemäß § 8 Abs. 2 lit b BEinstG die Fortsetzung des Dienstverhältnisses (zu unveränderten Bedingungen) nicht zugemutet werden. Daran ändert die Unternehmensgröße der mitbeteiligten Partei nichts Entscheidendes, weil auch einem Dienstgeber wie der mitbeteiligten Partei nicht zuzumuten ist, das Dienstverhältnis unverändert aufrecht zu halten, obwohl seitens des Dienstnehmers die im Dienstvertrag vereinbarte Arbeit nicht mehr geleistet werden kann. Da der Beschwerdeführer eine Weiterbeschäftigung zu reduzierten Arbeitszeiten aber abgelehnt hat, kann der belangten Behörde im Ergebnis nicht entgegen getreten werden, wenn sie zur Auffassung gelangt ist, der mitbeteiligten Partei könne gemäß Paragraph 8, Absatz 2, Litera b, BEinstG die Fortsetzung des Dienstverhältnisses (zu unveränderten Bedingungen) nicht zugemutet werden. Daran ändert die Unternehmensgröße der mitbeteiligten Partei nichts Entscheidendes, weil auch einem Dienstgeber wie der mitbeteiligten Partei nicht zuzumuten ist, das Dienstverhältnis unverändert aufrecht zu halten, obwohl seitens des Dienstnehmers die im Dienstvertrag vereinbarte Arbeit nicht mehr geleistet werden kann.

Die im Rahmen der Ermessensübung erfolgte Zustimmung der belangten Behörde zur Kündigung des Beschwerdeführers kann daher nicht als rechtswidrig erkannt werden.

6. Die Beschwerde war deshalb gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. 6. Die Beschwerde war deshalb gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt , II Nr. 455.

Ein Schriftsatzaufwand ist nur für die schriftliche Äußerung zur Beschwerde selbst vorgesehen, nicht aber für schriftliche Äußerungen anderer Art, wie zur Frage der aufschiebenden Wirkung; der diesbezügliche Ersatzantrag der Mitbeteiligten war daher abzuweisen.

Wien, am 21. Februar 2012

Schlagworte

Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Verfahrensmangel Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Rechtsmittelverfahren
European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2012:2011110145.X00

Im RIS seit

22.03.2012

Zuletzt aktualisiert am

24.04.2012

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at