

# TE Vwgh Erkenntnis 2006/3/21 2004/11/0082

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.03.2006

## Index

L20106 Personalüberlassung Personalzuweisung Steiermark;

001 Verwaltungsrecht allgemein;

10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);

10/07 Verwaltungsgerichtshof;

40/01 Verwaltungsverfahren;

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

68/01 Behinderteneinstellung;

## Norm

ASVG §273 Abs1;

AVG §37;

AVG §58 Abs2;

BEinstG §8 Abs1;

BEinstG §8 Abs2 idF 2001/I/060;

BEinstG §8 Abs2;

BEinstG §8 Abs4 litb;

B-VG Art130 Abs2;

VwGG §41 Abs1;

VwGG §42 Abs2 Z1;

VwRallg;

ZuweisungsG KrankenanstaltengesmbH Stmk 1985 §1;

ZuweisungsG KrankenanstaltengesmbH Stmk 1985 §2 Abs2;

ZuweisungsG KrankenanstaltengesmbH Stmk 1985 §2;

ZuweisungsG KrankenanstaltengesmbH Stmk 1985 §3 Abs3;

ZuweisungsG KrankenanstaltengesmbH Stmk 1985 §3;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bernard und die Hofräte Dr. Gall, Dr. Schick, Dr. Grünstäudl und Mag. Samm als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Runge, über die Beschwerde des Dr. J in G, vertreten durch Klein, Wuntschek & Partner Rechtsanwälte GmbH in 8013 Graz, Kaiser-Franz-Josef-Kai 70, gegen den Bescheid der Berufungskommission beim Bundesministerium für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz vom 2. September 2003, Zl. 44.140/47-7/02, betreffend Zustimmung zur beabsichtigten Kündigung eines begünstigten Behinderten (mitbeteiligte Partei):

Steiermärkische Krankenanstalten GesmbH in Graz, vertreten durch DDR. Rene Laurer, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Wollzeile 6-8/47), zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund ist schuldig, dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 908,- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

Der im Juni 1952 geborene Beschwerdeführer leidet an den Folgen eines im April 1997 erlittenen multiplen Infarktgeschehens. Er gehört auf Grund des Bescheides des Bundessozialamtes, Landesstelle Steiermark, vom 22. März 2001 seit 4. Dezember 2000 dem Personenkreis der begünstigten Behinderten an. Der Grad seiner Behinderung beträgt 50 v.H. Er ist Facharzt für Allgemeinchirurgie und war als Oberarzt an der Universitätsklinik für Chirurgie im Landeskrankenhaus Graz tätig. Seit 1. Dezember 1997 ist der Beschwerdeführer Vertragsbediensteter des Landes Steiermark und als solcher der mitbeteiligten Partei zur Dienstleistung zugewiesen (Gesetz vom 21. Mai 1985 über die Zuweisung von Landesbediensteten zur Dienstleistung bei der Steiermärkischen Krankenanstaltengesellschaft mbH, LGBl. Nr. 64/1985 in der Fassung LGBl. Nr. 17/1997 - Steiermärkisches Zuweisungsgesetz). Mit Schreiben vom 2. Oktober 2001, gefertigt mit "Für das Land Steiermark der für Personalangelegenheiten zuständige Vorstand der Stmk. Krankenanstaltengesellschaft mbH" wurde beim Bundessozialamt, Landesstelle Steiermark, der Antrag auf Zustimmung zur Kündigung des Beschwerdeführers gemäß § 8 Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG) gestellt und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, der Beschwerdeführer leide auf Grund seines erlittenen Schlaganfalles zunehmend an Desorientierung bzw. Vergesslichkeit. Er sei nicht mehr in der Lage, seine Arbeit zu verrichten. Im April 2001 sei er mit seinem Einverständnis von der chirurgischen Universitätsklinik probeweise in die ärztliche Direktion versetzt worden, um festzustellen, ob er zumindest im patientenfernen Bereich einsetzbar sei. Dies sei aber ebenso wie ein weiterer Arbeitsversuch im Bereich der Manualtherapie fehlgeschlagen. Mit Schreiben vom 12. August 2002 wurde darüber hinaus der Antrag auf nachträgliche Zustimmung zur Kündigung des Beschwerdeführers gestellt und vorgebracht, der Beschwerdeführer sei nicht nur nicht in der Lage, seine im Dienstvertrag vereinbarte Arbeit zu leisten, sondern es sei auch eine Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers in absehbarer Zeit nicht zu erwarten und es könne der Beschwerdeführer auch an einem anderen geeigneten Arbeitsplatz ohne "unerheblichen" Schaden nicht weiter beschäftigt werden. In der Folge (am 29. April 2003) wurde der Antrag auf nachträgliche Zustimmung zur Kündigung zurückgezogen.

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen - gegenüber dem Beschwerdeführer und der mitbeteiligten Partei erlassenen - Bescheid der belangten Behörde wurde dem Antrag der "antragstellenden Partei Steiermärkische Krankenanstaltenges.m.b.H." auf Zustimmung zur Kündigung gemäß § 8 Abs. 2 BEinstG stattgegeben.

Die belangte Behörde stellte fest, dass das Dienstverhältnis des Beschwerdeführers zur mitbeteiligten Partei über seinen Antrag mit Schreiben vom 17. November 1997 aufgelöst und ein Dienstvertrag gemäß Vertragsbedienstetengesetz 1948 abgeschlossen worden sei, womit der Beschwerdeführer seit 1. Dezember 1997 Vertragsbediensteter des Landes Steiermark und als solcher der mitbeteiligten Partei zur Dienstleistung zugewiesen sei. Die Antragslegitimation der mitbeteiligten Partei sei gegeben. Abgesehen davon, dass er als Vertragsbediensteter des Landes der mitbeteiligten Partei nach den Bestimmungen des Zuweisungsgesetzes zum Dienst zugewiesen sei, sei gemäß § 2 Abs. 2 dieses Gesetzes eine Aufnahme in den Landesdienst durch das jeweilige für Personalangelegenheiten zuständige Mitglied des Vorstandes der mitbeteiligten Partei einer Zuweisung gleichzuhalten. Die Vertretung des Landes Steiermark durch die Organe der mitbeteiligten Partei sei in § 3 Abs. 3 des Zuweisungsgesetzes geregelt. Damit sei "der vom Personalreferenten in Vertretung für das Land Steiermark und dem für Personalangelegenheiten zuständigen Vorstand" der mitbeteiligten Partei unterfertigte Antrag auf Zustimmung zur Kündigung gemäß § 8 BEinstG als vom Dienstgeber gestellt anzusehen.

Die belangte Behörde verwies zur Sache ferner, nach Darstellung des von der erstinstanzlichen Behörde durchgeführten Ermittlungsverfahrens, insbesondere unter Hinweis auf die dort eingeholten klinisch-psychologischen, neurologischpsychiatrischen, internen und berufskundlichen Sachverständigengutachten, auf das von ihr ergänzte Ermittlungsverfahren, in welchem sie selbst ein weiteres nervenfachärztliches Sachverständigengutachten unter

Zugrundelegung einer klinisch-psychologischen Untersuchung und ein ergänzendes berufskundliches Sachverständigengutachten eingeholt hat.

Im klinisch-psychologischen Gutachten des Fachpsychologen für klinische Neuropsychologie und Arbeitspsychologie Dr. W. vom 10. Dezember 2002 heiße es unter anderem wie folgt:

"Aufgrund des ermittelten psychologischen Gesamtprofils ist Herr Dr. J. aus der Sicht des gegenständlichen Fachgebiets für Tätigkeiten mit durchschnittlichem psychischem Anforderungsprofil unter durchschnittlichem bis höchstens fallweise besonderem Zeitdruck geeignet (bliche Büro- und handwerkliche Tätigkeiten, bis zu höchstens einem Drittel der Gesamtarbeitszeit sind auch termingebundene Fertigstellungen und Abschlussarbeiten zumutbar).

Die Fingerfertigkeit ist an beiden Händen leicht herabgesetzt, Feinstmanipulation ist nicht möglich. Feinmanipulation (in oben angefurtem Sinn) ist ausreichend zumutbar.

Es besteht bei Herrn Dr. J. zwar eine Umschulbarkeit für allgemeine Verwaltungsberufe, jedoch nicht für Berufe mit gehobenem Anforderungsprofil, vergleichbar der ärztlichen Tätigkeit.

Hier sind dem Probanden Grenzen gesetzt einerseits durch eine in Teilbereichen leicht verminderte Frischgedchtnisleistung (verzögertes Einspeichern neuer Inhalte), andererseits durch eine verminderte kognitive Belastbarkeit und die Unsicherheit in der Urteilsfähigkeit im Sinne einer partiellen Kritischwche.

Auch ist der Proband durch die Kombination aus leichtgradigen kognitiven Minderleistungen und einer frontal gefärbten Persnlichkeitsnderung aus der Sicht des gegenständlichen Fachgebiets zur Ausübung verantwortungsvoller Tätigkeiten, entsprechend jener des Arztberufes, nicht geeignet. Für den Arztberuf ist die (durch Persnlichkeitseigenheiten eingeschränkten) Team- und Kommunikationsfähigkeit nur in unzureichendem Maße gegeben."

Im nervenärztlichen Sachverständigengutachten des Dr. S. vom 23. Dezember 2002 heiße es auszugsweise wie folgt:

"...

Vorab ist grundsätzlich zu berücksichtigen, dass Hr. Dr. J., wie bereits ausgeführt, bisher mindestens drei nachgewiesene zerebrale Affektionen erlitten hat, wobei zweimal (Mikro)Blutungen im Bereich der Stammganglien beidseits und einmal ein ischämischer Schlaganfall im Bereich des linken Stirnhirns verifiziert worden ist und überdies eine diffuse Verminderung der Menge der Hirnsubstanz (Atrophie) nachgewiesen wurde. Demzufolge liegt ein maßgebliches organisches Substrat vor, welches auch - gutachtlich ohne weiteres nachvollziehbar - zu psychoorganischen Beeinträchtigungen im Sinne eines organischen Psychosyndroms geführt hat.

Es ist dem Untersuchten zuzustimmen, wenn er angibt, dass er niemals unter maßgeblichen Depressionen gelitten hat. Die bei ihm vorliegenden psychischen Beeinträchtigungen sind zudem insgesamt nicht gravierend, sie lassen sich jedoch im Rahmen einer gezielten klinisch-psychologischen Untersuchung eindeutig nachweisen, wobei diesbezüglich die Zusammenarbeit zwischen dem Psychologen und dem Neuropsychiater besonders wichtig ist, um die spezifischen Fragestellungen zu formulieren, die an die klinisch-psychologische Untersuchung gerichtet werden müssen. Erst dann können einzelne Teilerscheinungen des organischen Psychosyndroms auch psychologisch ausreichend sicher festgestellt werden, insbesondere trifft dies auf die so genannten frontalen Zeichen zu. Letztere sind in einer klinisch-psychologischen Untersuchung bekanntermaßen oftmals sehr schwierig festzustellen, sie wurden jedoch im gegenständlichen Fall im Rahmen der psychologischen Untersuchung zweifelsfrei gefunden und sind frontale Zeichen auch im neurologischen Status eindeutig reproduzierbar festgestellt worden.

Aus dem eben Gesagten erklärt sich, wieso diese Störungen in den früheren Befunden nicht in dem jetzt beschriebenen Ausmaß festgestellt worden sind, ... .

Die besondere Art dieser Veränderungen bringt es überdies mit sich, dass dieselben infolge der damit verbundenen Störung der Eigenkritik vom Betroffenen selbst nicht oder nahezu nicht bemerkt werden (dieser hat nicht einmal den bei ihm frisch aufgetretenen Schlaganfall im Jahre 1997 bemerkt) und daher der Untersuchte über derartige Beeinträchtigungen selbst nicht berichten kann.

Das Leistungskalkül für Hr. Dr. J. ist somit aus klinischpsychologischer und aus nervenärztlicher (aus neurologischer und psychiatrischer) Sicht wie folgt zu erstellen:

Der Untersuchte ist vom neurologisch-psychiatrischen Standpunkt aus nur für leichte Arbeiten geeignet (bis zu einem Gewicht von 10 kg), dies (aufgrund der Polyneuropathie und der Lumbago) im Sitzen, halbezeitig auch im Stehen und im Gehen, in der üblichen Arbeitszeit mit den üblichen Arbeitspausen.

Er ist für Arbeiten mit durchschnittlichem psychischem Anforderungsprofil unterweisbar, Tätigkeiten mit gehobenem psychischem Anforderungsprofil sind nicht zumutbar.

Durchschnittlicher, höchstens fallweise (drittelzeitig) auch besonderer Zeitdruck ist zumutbar.

Der Anmarschweg ist nicht eingeschränkt. Zwangshaltungen sind nicht möglich.

Feinstmanipulationen sind mit beiden Händen nicht möglich, sonst ist die Fingerfertigkeit beidseits ungestört.

Aus nervenärztlicher Sicht sind leidsbedingte Krankenstände auch bei Kalküleinhaltung aufgrund der Beschwerden seitens der Wirbelsäule für höchstens eine Woche pro Jahr prognostizierbar.

Arbeitsfähigkeit innerhalb des eben beschriebenen medizinischen Leistungskalküls ist jedoch gegeben.

Hinsichtlich der Frage, ob Hr. Dr. J. seine bisherige Tätigkeit weiter verrichten kann, ist - übereinstimmend mit dem eingeholten klinisch-psychologischen Befund und Gutachten - auch aus nervenärztlicher Sicht auszuführen, dass dies - legt man die Ausführungen im berufskundlichen Gutachten vom 26.7.2002 zu Grunde - nicht mehr möglich ist, einerseits weil diese Form der ärztlichen Tätigkeit das Zeitdruckkalkül deutlich überschreitet, und andererseits weil auch die im früher ausgeübten Beruf als chirurgischer Oberarzt entstandenen psychischen Anforderungen deutlich das jetzige Kalkül überschreiten.

Die Frage, ob bei Hr. Dr. J. die Möglichkeit einer Umschulbarkeit gegeben ist, kann dahingehend beantwortet werden, dass bei ihm eine Umstellbarkeit nur für allgemeine Verwaltungsberufe möglich ist, jedoch nicht für Berufe mit gehobenem psychischem Anforderungsprofil.

Aus diesem Grund ist es dem Untersuchten nicht möglich, seine Ausbildung zur Erwerbung der Qualifikation als praktischer Arzt (so genannter Turnus) nachzuholen, die eine sechs Monate dauernde Ausbildung in verschiedenen medizinischen Bereichen erfordern würde, welche Hr. Dr. J. bisher nicht bzw. nur marginal bekannt sind. Eine derartige Umschulung (akademische Zusatzausbildung) würde ein sehr hohes Maß an psychischer Umstellbarkeit und auch körperlicher Belastbarkeit (Arbeiten als Turnusarzt in Ausbildung) erfordern, wie es bei Hr. Dr. J. nicht mehr vorliegt. Immerhin wurde das im Gesamtausmaß der Behinderungen in einem Gutachten vom Feber 2001 mit 50 % eingeschätzt.

Eine Besserbarkeit des neurologischen und vor allem des psychischen Befundes ist nicht mehr zu erhoffen, denn einerseits sind bei Hr. Dr. J. insgesamt drei zerebrale Affektionen unterschiedlicher Ätiologie bekannt und andererseits liegt das Geschehen schon über fünf Jahre zurück. Mittlerweile ist ein Defektzustand eingetreten, dessen Ausmaß zwar insgesamt nicht als gravierend zu bezeichnen ist, der aber seiner Art und seinem Umfang nach nicht bagatellisiert werden darf. Eine Rückbildung der Polyneuropathie der unteren Gliedmaßen ist jedoch durchaus möglich, wenngleich nur langfristig erreichbar."

Im von der Erstbehörde eingeholten berufskundlichen Sachverständigengutachten vom 26. Juli 2002 sei unter anderem ausgeführt worden:

"... Es kann ... lediglich wiederholt werden, was bereits sowohl in der Verhandlung vom 23. 05.2002 sowie in der gutachterlichen Stellungnahme vom 03.07.2002 bereits festgehalten wurde nämlich, dass bei Hr. Dr. J. dermaßen gravierende Einschränkungen gegeben sind, dass eine Beschäftigung, die seiner Ausbildung entspricht, unter herkömmlichen Bedingungen, wie sie auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt üblich sind, undenkbar ist. Eine Beschäftigung als Facharzt für Chirurgie würde zweifelsfrei zu einer Gefährdung seiner Gesundheit führen, zumal diese Tätigkeit unabhängig von der Frage, ob denn nicht auch vorübergehend mittelschwere oder gar kurzfristig schwere körperliche Belastungen gegeben sind und insbesondere bei langfristigen Operationen fixiert vorgebeugte Körperhaltungen über das noch zumutbare Ausmaß hinaus einzunehmen sind, jedenfalls mehr als nur durchschnittlicher Zeitdruck und somit forciertes Arbeitstempo gegeben sind. Auch die durch die psychologische Testung vom psychiatrischen SV vorgenommenen Einschränkungen in Bezug auf Konzentrationsfähigkeit, Reaktionsvermögen, Selbständigkeit und Übernahme von Verantwortung stellen Beeinträchtigungen dar, welche eine selbständige Beschäftigung als Facharzt für Chirurgie ausschließen. Ein solcher Arbeitnehmer hat schlussendlich

laufend Entscheidungen zu treffen, wobei sich 'einfachste' Standardoperationen durch unvorhergesehene Ereignisse urplötzlich zu Notfällen entwickeln können, wo schlussendlich Entscheidungen zu treffen sind, wo es um das Leben von Patienten geht.

Die Anforderungen, wie sie im abstrakten Berufsbild des Facharztes für Chirurgie gegeben sind, treffen auch auf die Arbeitsplätze im LKH-Graz zu und ergibt sich nicht der geringste Hinweis darauf, dass bei irgendeiner anderen Facharztstelle für einen Chirurgen im Bereich der KAGES-Steiermark diese Anforderungen nicht gegeben sein sollten."

Im ergänzten berufskundlichen Sachverständigengutachten vom 18. Juni 2003 bzw. 25. Juni 2003 wurde zusammenfassend festgehalten, dass unter Bedachtnahme auf die in den medizinischen bzw. psychologischen Gutachten angeführten Einschränkungen beim Beschwerdeführer eine kalkülsadäquate Beschäftigungsmöglichkeit, welche mit der Ausbildung des Beschwerdeführers und seinen Gehaltsvorstellungen in Einklang zu bringen wäre, nicht gegeben sei.

Unter Bedachtnahme auf diese Ermittlungsergebnisse führte die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid weiter aus, sie habe im Rahmen einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Zustimmung zur Kündigung gemäß § 8 BEinstG gegeben seien. Der Beschwerdeführer könne als Oberarzt an der chirurgischen Universitätsklinik nicht weiter beschäftigt werden. Weder im Bereich des Landes Steiermark noch im Bereich der mitbeteiligten Partei existierten für den Beschwerdeführer andere Beschäftigungsmöglichkeiten, und zwar weder im ärztlichen noch im patientenfernen oder im Verwaltungsbereich. Für die Positionen, die nach den Vorstellungen des Beschwerdeführers entlohnt seien - der Beschwerdeführer habe in der Berufungsverhandlung angegeben, dass ein monatliches Bruttogehalt unter EUR 5.000,- für ihn nicht akzeptabel sei -, würden ihm die nötige Ausbildung bzw. die erforderlichen Qualifikationen fehlen. Eine Umstellbarkeit für Berufe mit gehobenem psychischem Anforderungsprofil sei zudem bei ihm nicht gegeben. Damit entstände seinem Dienstgeber insofern ein erheblicher Schaden, wenn er ihn weiter beschäftigen müsse. Dem gegenüber liege die soziale Beeinträchtigung des Beschwerdeführers darin, dass er im Falle einer kalkülsadäquaten Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber oder auch im Falle eines Pensionsbezuges eine im Vergleich zu seinem bisherigen Aktivbezug als Oberarzt erhebliche Einkommensbuße hinzunehmen habe. Wäge man das Interesse des Dienstgebers an der Beendigung seines Dienstverhältnisses einerseits und die besondere soziale Schutzbedürftigkeit des Beschwerdeführers andererseits ab, gelange man zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen des § 8 Abs. 4 lit. b BEinstG gegeben seien.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, welcher deren Behandlung mit Beschluss vom 3. März 2004, B 1506/03-9, ablehnte und sie dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abtrat.

In der an den Verwaltungsgerichtshof gerichteten Beschwerde beantragt der Beschwerdeführer die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Bescheides.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und beantragt in der Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde. Auch die mitbeteiligte Partei beantragt in ihrer Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die im Beschwerdefall maßgebenden Rechtsvorschriften des BEinstG lauten (auszugsweise):

"Kündigung

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

(2) Die Kündigung eines begünstigten Behinderten (§ 2) darf von einem Dienstgeber erst dann ausgesprochen werden, wenn der Behindertenausschuss (§ 12) nach Anhörung des Betriebsrates 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.

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

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

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

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

...

Besondere Verfahrensbestimmungen

§ 13g. (1) Wenn die Berufung nicht zurückzuweisen ist oder nicht bereits aus der Aktenlage ersichtlich ist, dass der angefochtene Bescheid aufheben ist, dann ist eine öffentliche mündliche Verhandlung anzuberaumen. Zur Verhandlung sind die Parteien und die anderen zu hörenden Personen, insbesondere Zeugen und Sachverständige, zu laden. ...

..."

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, auf welche die belangte Behörde Bezug genommen hat, liegt die Entscheidung darüber, ob die Zustimmung zur Kündigung eines Behinderten erteilt werden soll, im freien Ermessen der Behörde. Bei dieser Ermessensentscheidung ist es Aufgabe der Behörde, das berechnete Interesse des Dienstgebers an der Beendigung des Dienstverhältnisses und die besondere soziale Schutzbedürftigkeit des 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 (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 27. Februar 2004, Zl. 2002/11/0056, mwH). Durch die Novellierung mit dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 17/1999 sollte sich nach der Absicht des Gesetzgebers daran nichts ändern. Der Verwaltungsgerichtshof hat diese Ermessensentscheidung entsprechend Art. 130 Abs. 2 B-VG ausschließlich daraufhin zu prüfen, ob die belangte Behörde von dem ihr eingeräumten Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht hat oder ob dies - in Form einer Ermessensüberschreitung oder eines Ermessensmissbrauches - nicht der Fall gewesen ist. Eine solche Prüfung setzt voraus, dass alle für diese Entscheidung wesentlichen tatsächlichen Umstände unter Einhaltung der maßgebenden Verfahrensvorschriften ermittelt und berücksichtigt wurden. Es unterliegt der vollen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle, ob alle für die Ermessensübung maßgebliche Umstände in die Abwägung einbezogen wurden, sowie ferner, ob die Behörde Umstände in die Erwägungen einbezogen hat, die bei richtiger rechtlicher Beurteilung dabei nicht hätten berücksichtigt werden dürfen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 2004, Zl. 2003/11/0251). Nicht im Sinne des Gesetzes liegt die Erteilung der Zustimmung zu einer Kündigung eines begünstigten Behinderten, wenn diese nur den Zweck hätte, den Behinderten trotz grundsätzlicher Eignung zur Dienstleistung wegen seiner Invalidität zu benachteiligen bzw. aus dem Betrieb zu entfernen. Behinderte Menschen genießen andererseits zwar einen erhöhten Kündigungsschutz, sie sollen jedoch nicht praktisch unkündbar gemacht werden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 2004, Zl. 2004/11/0042).

Auf Grund der Bestimmung des § 8 Abs. 4 lit. b BEinstG ist dem Dienstgeber die Fortsetzung des Dienstverhältnisses dann nicht mehr zuzumuten, wenn der begünstigte Behinderte unfähig ist, die im Dienstvertrag vorgesehene Tätigkeit zu leisten, sofern eine Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist und der Dienstgeber nachweist, dass der begünstigte Behinderte trotz seiner Zustimmung an einem anderen geeigneten Arbeitsplatz ohne erheblichen Schaden nicht weiter beschäftigt werden kann.

Der Beschwerdeführer bestreitet nicht die von der belangten Behörde gewonnenen Ermittlungsergebnisse, wonach eine andere als die vom Beschwerdeführer als Facharzt für Chirurgie bei der mitbeteiligten Partei ausgeübte Tätigkeit nicht möglich sei, und beruft sich auch nicht darauf, er habe seine Zustimmung erteilt, an einem anderen geeigneten Arbeitsplatz beschäftigt zu werden. Der Beschwerdeführer stellt auch nicht in Abrede, dass ein anderer Arbeitsplatz für ihn nur bei einem Bruttogehalt von mindestens EUR 5.000,- akzeptabel sei. Er steht jedoch auf dem Standpunkt, die belangte Behörde habe ihrer Entscheidungsfindung ein unrichtiges Leistungskalkül des Beschwerdeführers zugrunde gelegt. Dies ergebe sich insbesondere auch daraus, dass in einem (klinischpsychologischen) Gutachten vom 11. Dezember 2001 dem Beschwerdeführer eine Weiterbeschäftigung in seiner bisher ausgeübten Tätigkeit als Chirurg auf Grund des bei ihm gegebenen intellektuellen Leistungsniveaus, der Konzentrations- und Merkfähigkeit, sowie der hohen Ausdauer, "zuerkannt" worden sei. Dies sei von der belangten Behörde nicht berücksichtigt worden. Ferner ergebe sich auf Grund des Bescheides der Pensionsversicherungsanstalt Landesstelle Steiermark vom 16. September 2003, mit welchem dem Beschwerdeführer eine Berufsunfähigkeitspension nicht zuerkannt worden sei, dass er weiterhin seinen Beruf als Chirurg ausüben könne. Der Beschwerdeführer sei nach seinem Infarktgeschehen im Jahr 1997 vier Jahre lang weiter als Chirurg beschäftigt worden, es liege der Verdacht nahe, dass im konkreten Fall "andere Gründe" für die Beendigung des Dienstverhältnisses ausschlaggebend gewesen seien und der multiple Infarkt nur als "Ausrede" vorgebracht worden sei.

Mit diesem Vorbringen vermag der Beschwerdeführer jedoch nicht eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen. Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid die von ihr eingeholten Sachverständigengutachten, die auch auf das bisherige Ermittlungsverfahren ausführlich Bedacht genommen haben, ihrer Entscheidung zugrunde gelegt. Es kann dahingestellt bleiben, ob die mitbeteiligte Partei den Beschwerdeführer nach seinem Infarktgeschehen noch weiter als Chirurg beschäftigte, weil dies nichts über das aktuelle Leistungskalkül des Beschwerdeführers aussagt und die belangte Behörde die Sachlage zu beurteilen hatte, wie sie sich zum Zeitpunkt der Entscheidung darstellte. Auch die vom Beschwerdeführer ins Treffen geführte ärztliche Stellungnahme vom 11. Dezember 2001 - auf welche im Übrigen im Ermittlungsverfahren, insbesondere im nervenärztlichen Sachverständigengutachten vom 23. Dezember 2002, Bedacht genommen wurde - vermag nicht die von der belangten Behörde eingeholten - oben im Kern wiedergegebenen - Sachverständigengutachten und die darin über den Beschwerdeführer abgegebene Beurteilung zu erschüttern. Der Beschwerdeführer, dem zu den Ermittlungsergebnissen Parteigehör eingeräumt worden war, tritt weder diesen Gutachten schlüssig entgegen, noch vermag er konkret aufzuzeigen, dass die angesprochenen Anforderungen für einen Chirurgen und damit für seine Weiterbeschäftigung als Facharzt für Chirurgie nicht erforderlich seien.

Wenn er auf die Ablehnung der Zuerkennung einer Berufsunfähigkeitspension mit Bescheid vom 16. September 2003 hinweist, ist ihm zu entgegnen, dass er sich erstmalig im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf Ergebnisse eines Verfahrens über den Antrag auf Gewährung einer Berufsunfähigkeitspension bezogen hat, weshalb auf diese Ausführungen als unzulässige Neuerung nicht mehr Bedacht genommen werden kann. Darüber hinaus lässt der Beschwerdeführer außer Betracht, dass nach § 273 Abs. 1 ASVG (Begriff der Berufsunfähigkeit) als berufsunfähig der Versicherte gilt, dessen Arbeitsfähigkeit infolge seines körperlichen oder geistigen Zustandes auf weniger als die Hälfte derjenigen eines körperlich und geistig gesunden Versicherten von ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten herabgesunken ist. Somit sind auch die Voraussetzungen für die Zuerkennung der Berufsunfähigkeitspension andere, als diejenigen für die Zustimmung zur Kündigung nach § 8 Abs. 4 lit. b BEinstG, worauf auch die belangte Behörde in ihrer Gegenschrift zutreffend hingewiesen hat. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers hat die belangte Behörde auch seine persönlichen Verhältnisse im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung berücksichtigt und insbesondere auch darauf Bedacht genommen, dass der Beschwerdeführer durch seine Kündigung jedenfalls erhebliche Einkommenseinbußen erleiden werde. Da der belangten Behörde in dieser Hinsicht ein Fehler in der Ermessensübung nicht unterlaufen ist, kann es nicht als rechtswidrig erkannt werden, wenn die belangte Behörde die Voraussetzungen für eine Zustimmung zur Kündigung des Beschwerdeführers gemäß § 8 Abs. 2 iVm. § 8 Abs. 4 lit. b BEinstG der Sache nach als erfüllt ansah.

Dennoch ist der Beschwerde im Ergebnis Erfolg beschieden.

Gemäß § 1 des Gesetzes vom 21. Mai 1985 über die Zuweisung von Landesbediensteten zur Dienstleistung bei der Stmk. Krankenanstaltengesellschaft mbH, LGBl. Nr. 64/1985, idF. LGBl. Nr. 17/1997, werden Landesbedienstete, deren Dienststelle am 31. Dezember 1984 eine Landeskrankenanstalt war und bei Inkrafttreten dieses Gesetzes noch ist, auf

die Dauer ihres Dienststandes unter Wahrung ihrer Rechte und Pflichten als Landesbedienstete der Stmk. Krankenanstaltengesellschaft mbH. (im Folgenden: Krankenanstaltengesellschaft) zur Dienstleistung zugewiesen. Gemäß § 2 Abs. 1 leg. cit. können sonstige Landesbedienstete, soweit dies im Interesse des Betriebes und der Verwaltung der Krankenanstaltengesellschaft mit deren Zustimmung zur Dienstleistung zugewiesen werden. Gemäß § 2 Abs. 2 leg. cit. ist eine Aufnahme in den Landesdienst durch das jeweilige für Personalangelegenheiten zuständige Mitglied des Vorstandes der Krankenanstaltengesellschaft einer Zuweisung gleichzuhalten. Eine Aufhebung der Zuweisung ist auf Antrag der Krankenanstaltengesellschaft zu verfügen, wenn dem nicht erhebliche dienstliche Interessen entgegenstehen. Gemäß § 3 Abs. 1 leg. cit. wird als Dienstbehörde erster Instanz für die der Krankenanstaltengesellschaft zur Dienstleistung zugewiesenen Landesbeamten das Krankenanstaltenpersonalamt eingerichtet. Gemäß § 3 Abs. 2 leg. cit. ist mit der Leitung des Krankenanstaltenpersonalamtes das jeweilige für Personalangelegenheiten zuständige Mitglied des Vorstandes der Krankenanstaltengesellschaft zu betrauen. Gemäß § 3 Abs. 3 leg. cit. ist dieses Vorstandsmitglied auch mit der Vertretung des Landes als Dienstgeber gegenüber den der Krankenanstaltengesellschaft zugewiesenen Landesbediensteten, die nicht Landesbeamte sind, zu betrauen.

Der gegenständliche Antrag wurde mit "Für das Land Steiermark der für Personalangelegenheiten zuständige Vorstand der Stmk. Krankenanstaltengesellschaft m.b.H." gefertigt. Der erstinstanzliche Bescheid wurde an die "... Steiermärkische Krankenanstaltenges.m.b.H. ..." gerichtet, es wurde darin auf den "Antrag der Steiermärkischen Krankenanstalten GmbH" Bezug genommen und er wurde auch dieser Rechtspersönlichkeit zugestellt.

Die belangte Behörde, die offensichtlich zutreffend erkannt hat, dass die Kündigung gemäß § 8 Abs. 1 BEinstG vom Dienstgeber vorzunehmen ist, geht einerseits davon aus, dass der Beschwerdeführer Vertragsbediensteter und damit Dienstnehmer des Landes Steiermark ist, hat jedoch andererseits die Antragslegitimation der "Steiermärkischen Krankenanstaltenges.m.b.H." als gegeben angenommen und dies im Wesentlichen damit begründet, dass der Beschwerdeführer der mitbeteiligten Partei gemäß den Bestimmungen des Zuweisungsgesetzes zum Dienst zugewiesen sei. Außerdem sei gemäß § 2 Abs. 2 dieses Gesetzes eine Aufnahme in den Landesdienst durch das jeweilige für Personalangelegenheiten zuständige Mitglied des Vorstandes der mitbeteiligten Partei einer Zuweisung gleichzuhalten und gemäß § 3 Abs. 3 dieses Gesetzes würde das Land Steiermark durch die Organe der mitbeteiligten Partei vertreten. "Damit" sei der vom Personalreferenten in Vertretung des Landes Steiermark und dem für Personalangelegenheiten zuständigen Vorstand der mitbeteiligten Partei unterfertigte Antrag auf Zustimmung zur Kündigung gemäß § 8 BEinstG als vom Dienstgeber gestellt anzusehen.

Damit hat die belangte Behörde zwar erkannt, dass ein Antrag des Dienstgebers Land Steiermark vorlag. Sie hat diesen jedoch fälschlich der mitbeteiligten Partei zugerechnet und nur dieser gegenüber einen Bescheid erlassen. Es wurde also im Ergebnis über einen Antrag abgesprochen der - so - nicht gestellt war.

Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 21. März 2006

### **Schlagworte**

Begründung von Ermessensentscheidungen Beschwerdepunkt Beschwerdebegehren Entscheidungsrahmen und Überprüfungsrahmen des VwGH Ermessensentscheidungen Ermessen Ermessen VwRallg8 Ermessen besondere Rechtsgebiete Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Ermessen

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2006:2004110082.X00

### **Im RIS seit**

04.05.2006

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



© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)