

# TE Vwgh Erkenntnis 2004/2/27 2002/11/0056

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 27.02.2004

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
68/01 Behinderteneinstellung;

## Norm

AVG §37;  
AVG §58 Abs2;  
BEinstG §8 Abs2 idF 1999/I/017;  
BEinstG §8 Abs2;  
B-VG Art130 Abs2;  
VwGG §42 Abs2 Z1;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldner und die Hofräte Dr. Gall, Dr. Pallitsch, Dr. Schick und Dr. Grünstäudl als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Runge, über die Beschwerde der G GmbH in P, vertreten durch Dr. Peter Kunz, Dr. Georg Schima, Dr. Eberhard Wallentin, Dr. Thomas Wallentin und Mag. Wolfgang Friedl, Rechtsanwälte in 1090 Wien, Porzellangasse 4, gegen den Bescheid der Berufungskommission beim Bundesministerium für soziale Sicherheit und Generationen vom 18. Oktober 2001, Zl. 44.140/3-7/01, betreffend nachträgliche Zustimmung zur Kündigung und Zustimmung zu einer künftig auszusprechenden Kündigung (mitbeteiligte Partei: Dipl. Ing. Dr. M in G, vertreten durch Dr. Max Urbanek, Rechtsanwalt in 3100 St. Pölten, Riemerplatz 4), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Der im Jahr 1944 geborene Mitbeteiligte gehört aufgrund des Bescheides des Bundessozialamtes Wien Niederösterreich Burgenland vom 28. November 1995 seit 3. Oktober 1995 dem Kreis der begünstigten Behinderten

mit einem Grad der Behinderung von 80 v.H. an; aufgrund des Neufestsetzungsbescheides vom 17. Oktober 1997 beträgt der Grad der Behinderung ab 17. September 1997 50 v.H.

Mit Schreiben vom 16. März 2000 beantragte die Beschwerdeführerin beim Behindertenausschuss für Niederösterreich beim Bundessozialamt Wien Niederösterreich Burgenland die Zustimmung zur Kündigung des Mitbeteiligten gemäß § 8 des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG). Begründend führte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, mit Gesellschafterbeschluss vom 10. November 1995 sei der Mitbeteiligte als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Beschwerdeführerin abberufen worden. Die Abberufung sei im Interesse des Unternehmens aufgrund eines einstimmigen Beschlusses der Eigentümer der Beschwerdeführerin erfolgt, weil der Mitbeteiligte nicht die erforderlichen Fähigkeiten aufgewiesen habe, um das Unternehmen den durch den EU-Beitritt geänderten Marktbedingungen anzupassen und entsprechend zu führen. Dem Mitbeteiligten habe es besonders an der Position entsprechenden Durchsetzungsfähigkeit, der notwendigen psychischen und physischen Stabilität (lange Krankenstände), den erforderlichen Managementkenntnissen sowie an einem aktiven Führungsstil gefehlt. Seit seiner Abberufung sei der Mitbeteiligte jedoch weiterhin als Angestellter der Beschwerdeführerin mit im Wesentlichen unveränderten Bezügen in der Höhe von monatlich ca. S 115.929,-- verblieben. Aufgrund des Fehlens der erforderlichen Kenntnisse bzw. Fähigkeiten hätten dem Mitbeteiligten seit seiner Abberufung - mit Ausnahme zweier kurzer schriftlicher Stellungnahmen, die keineswegs dem zu erwartenden Standard entsprochen hätten - keine weiteren Aufgaben übertragen werden können. Der Mitbeteiligte sei jedenfalls deutlich überbezahlt. Die Gegenwart des Mitbeteiligten wirke sich darüber hinaus ständig störend auf den Betriebsfrieden aus. Der Beschwerdeführerin sei es nicht mehr zumutbar, einen Dienstnehmer dieser Gehaltsstufe ohne jedwede Gegenleistung weiter zu beschäftigen. Da der Mitbeteiligte seit fünf Jahren praktisch keine bewertbare Gegenleistung erbringe (jedoch voll bezahlt werde), sei unter den übrigen Arbeitnehmern berechtigter und der Beschwerdeführerin nicht zumutbarer Unmut entstanden. Es sei der Beschwerdeführerin aufgrund der mangelnden Fähigkeiten des Mitbeteiligten auch weder möglich noch zumutbar, ihn anderweitig einzusetzen. Es sei auch nicht möglich, zwischen einer möglichen Arbeitsleistung des Mitbeteiligten und dem ihm gebührenden Entgelt ein gesundes, wirtschaftlich tragbares Ergebnis herzustellen. Am 6. März 2000 sei der Mitbeteiligte bis auf Widerruf auch formell dienstfrei gestellt worden, um weitere Friktionen zu vermeiden. Sollte der Kündigung des Mitbeteiligten die Zustimmung erteilt werden, würde dieser bei seinem Ausscheiden einen Nettobetrag (inklusive Abfertigung in Höhe von zwölf Monatsgehältern) in Höhe von S 1.597.530,-- und darüber hinaus aufgrund seines Pensionszuschussvertrages nach Ablauf von zwölf Monaten ab seinem Ausscheiden eine monatliche Gesamtpension in Höhe von zumindest S 83.468,90 (dynamisiert wertgesichert mit den Lebenserhaltungskosten) lebenslang erhalten. Dadurch sei eine Beeinträchtigung des Lebensunterhaltes des Mitbeteiligten bei seiner Kündigung auszuschließen, eine weitere Beschäftigung des Mitbeteiligten jedoch für die Beschwerdeführerin unzumutbar.

Mit Schreiben vom 28. April 2000 änderte die Beschwerdeführerin den Antrag dahingehend ab, dass die nachträgliche Zustimmung zu der bereits mit Schreiben vom 18. April 2000 ausgesprochenen Kündigung des Mitbeteiligten und in eventu die Zustimmung zur auszusprechenden Kündigung beantragt werde. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Beschwerdeführerin habe den Mitbeteiligten mit Schreiben vom 18. April 2000 gekündigt, weil die im Antrag vom 16. März 2000 geschilderten Umstände dieses Einzelfalles und die als exzeptionell zu beurteilende finanzielle Absicherung des Mitbeteiligten den Tatbestand eines besonderen Ausnahmefalles im Sinne des § 8 Abs. 2 BEinstG erfüllten und die Beschwerdeführerin für den Mitbeteiligten keine adäquate Verwendung habe.

Mit Bescheid vom 25. Oktober 2000 versagte der Behindertenausschuss für Niederösterreich beim Bundessozialamt Wien Niederösterreich Burgenland die nachträgliche Zustimmung zu der am 18. April 2000 ausgesprochenen Kündigung, erteilte hingegen die Zustimmung zu einer künftig auszusprechenden Kündigung. In der Begründung wurde nach Wiedergabe des Verwaltungsgeschehens ausgeführt, in einem internistischen Sachverständigengutachten vom 23. Mai 1997, welches in dem zur Zl. 6 Cga 45/96w beim Landesgericht St. Pölten geführten Verfahren eingeholt worden sei, sei unter anderem Folgendes schlüssig ausgeführt worden, was im Übrigen auch im gegenständlichen Verfahren von beiden Parteien bestätigt und als noch aktuell bezeichnet worden sei und daher der Entscheidung zugrunde gelegt habe werden können:

"Aus diesem Grunde besteht praktisch keine wesentliche Einschränkung einer Arbeitsfähigkeit. ...

Aus internistischer Sicht sind dem Probandenleichte und mittelschwere, halbzeitig auch schwere Arbeiten im Verlauf einer normalen Arbeitszeit unter den üblichen Pausen zumutbar. Es muss lediglich die Möglichkeit eingeräumt sein,

dass der Proband bei evtl. auftretenden subjektiven Beschwerden eine Selbstbestimmung des Blutzuckers durchführen kann und evtl. auch eine Verabreichung von Insulin oder die Einnahme von Broteinheiten möglich ist. So gesehen können zwischenzeitlich zusätzliche Pausen für die Dauer von 5-10 Minuten notwendig sein. Dies sicher nicht jeden Tag, falls nötig, dann max. 2 x pro Tag. Auch ist das Lenken eines Kraftfahrzeuges möglich, es sind die oft großen Stress-Situationen im Verkehr zumutbar, es sind daher auch jegliche Stress-Situationen anderer Art zumutbar. Somit ist auch die Führung eines großen Betriebes in verantwortungsvoller Position möglich und zumutbar. ...

Mit Krankenständen von mehr als 7 Wochen pro Jahr ist aus internistischer Sicht nicht zu rechnen."

Krankenstände habe der Mitbeteiligte im Jahr 1997 überhaupt nicht, im Jahr 1998 im Ausmaß von einem Tag und im Jahr 1999 im Ausmaß von 17 Tagen gehabt. Der Mitbeteiligte sei seit dem Jahr 1970 in der R-Organisation beschäftigt, seit Anfang 1981 als Geschäftsführer in diversen Gesellschaften dieser Organisation. Mit Gesellschafterbeschluss vom 10. November 1995 sei der Mitbeteiligte als Geschäftsführer der Beschwerdeführerin abberufen worden. Seine Monatsbezüge seien im Wesentlichen unverändert in Höhe von ca. S 116.000,-- (brutto) geblieben. Er sei in den folgenden zwei Jahren für die Ausarbeitung mehrerer Projekte herangezogen worden, danach seien ihm keine Arbeiten mehr übertragen worden. Am 6. März 2000 sei er bis auf Widerruf dienstfrei gestellt worden. Mit Schreiben vom 18. April 2000 sei die Kündigung zum 30. September 2000 ausgesprochen worden. Aufgrund seines Pensionszuschussvertrages sei dem Mitbeteiligten im Falle der Kündigung eine Gesamtpension in Höhe von ca. S 83.000,-- brutto garantiert, und zwar ab dem Ende des Abfertigungszeitraumes und unabhängig vom Lebensalter; die diesbezüglichen Zweifel des Mitbeteiligten teile der Behindertenausschuss wegen der mehrfachen ausdrücklichen Erklärungen der Beschwerdeführerin zur Interpretation dieses Vertrages nicht. Der Mitbeteiligte habe neben seinen Bezügen kein weiteres Einkommen und sei sorgepflichtig für seine einkommenslose Ehegattin. Die Beschwerdeführerin betreibe die Produktion und den Großhandel mit Futtermitteln. Sie habe drei Betriebsstätten, nämlich in P. (Zentrale), A. und E. Mit Dezember 1997 habe die Beschwerdeführerin 201 Arbeitnehmer gehabt, die Pflichtzahl (§ 1 BEinstG) habe sieben betragen, es seien sieben anrechenbare Dienstnehmer beschäftigt worden, darunter ein doppelt anrechenbarer. Derzeit habe die Beschwerdeführerin ca. 195 Arbeitnehmer. Sie erwirtschaftet Gewinne, und zwar im Jahr 1999 in Höhe von S 6,8 Mio, auch für das Jahr 2000 erwarte die Beschwerdeführerin zumindest einen ähnlich hohen Gewinn. In den Jahren davor habe es Verluste gegeben. Die leitenden Angestellten der Beschwerdeführerin bezögen brutto monatlich zwischen ca. S 41.000,-- und ca. S 61.500,-- der derzeitige einzige Geschäftsführer ca. S 90.000,--.

In rechtlicher Hinsicht führte der Behindertenausschuss aus, wie sich aus der zitierten Bestimmung des § 8 BEinstG ergebe, habe der Behindertenausschuss darüber zu entscheiden, ob er einer Kündigung (ggf. nachträglich) zustimme oder nicht. Hingegen komme dem Behindertenausschuss keine Kompetenz zu, über die Rechtmäßigkeit oder Zweckmäßigkeit der (gesellschaftsrechtlichen) Abberufung des Dienstnehmers als Geschäftsführer oder über seine arbeitsrechtlichen Ansprüche aus dem Dienstvertrag abzusprechen. Für eine Aussetzung des gegenständlichen Verfahrens habe es daher keinen Anlass gegeben. Im gegenständlichen Fall sei der Tätigkeitsbereich des Mitbeteiligten mit seiner Abberufung als Geschäftsführer entfallen. Es sei ihm in weiterer Folge kein neuer Arbeitsplatz im eigentlichen Sinn zugewiesen worden, sondern es seien ihm vorerst nacheinander mehrere Projektarbeiten ad hoc übertragen worden, während er in den letzten zwei Jahren zu keinerlei weiteren Aufgaben mehr herangezogen worden sei. Was nun die übrigen (Ersatz-)Arbeitsplätze bei der Beschwerdeführerin betreffe, gebe es bei den Führungsfunktionen mehrere, für die der Mitbeteiligte aufgrund seiner Berufserfahrung zweifellos geeignet sei. Diese gehören aber einer vergleichsweise niedrigeren Hierarchiestufe an und lägen (zumindest) knapp 50 % unter dem derzeitigen Gehaltsniveau des Mitbeteiligten, während ihm im Falle der Kündigung eine Pension garantiert werde, die nur knapp 30 % unter seinem derzeitigem Bezug liege. Der Beschwerdeführerin könne bei dieser Fallkonstellation nach Ansicht des Behindertenausschusses nicht zugemutet werden, dem Mitbeteiligten das derzeitige Gehalt von ca. S 116.000,-- weiter zu bezahlen, wenn auf dem - weniger qualifizierten - Ersatzarbeitsplatz das Gehaltsniveau nur ungefähr halb so hoch sei. Hinsichtlich des Antrages auf nachträgliche Zustimmung zur bereits ausgesprochenen Kündigung sei zu bemerken, dass ein besonderer Ausnahmefall nicht vorliege, zumal die Beschwerdeführerin seit dem Jahr 1995 wisse, dass der Mitbeteiligte als begünstigter Behindeter den Kündigungsschutz gemäß § 8 BEinstG genieße. Es sei daher auch zuerst die Zustimmung zu einer beabsichtigten Kündigung beantragt und erst während des gegenständlichen Verfahrens die Kündigung ausgesprochen worden.

Gegen diesen Bescheid erhoben sowohl die Beschwerdeführerin (betreffend die Versagung der nachträglichen Zustimmung zur Kündigung) als auch der Mitbeteiligte (betreffend die erteilte Zustimmung zu einer künftig auszusprechenden Kündigung) Berufung.

Mit Bescheid vom 18. Oktober 2001 gab die Berufungskommission beim Bundesministerium für soziale Sicherheit und Generationen der Berufung des Mitbeteiligten Folge und änderte den Bescheid des Behindertenausschusses dahin ab, dass die nachträgliche Zustimmung zur am 18. April 2000 ausgesprochenen Kündigung und die Zustimmung zu einer künftig auszusprechenden Kündigung nicht erteilt wurden. Der Berufung der Beschwerdeführerin wurde nicht Folge gegeben. Begründend wurde nach Wiedergabe des Verwaltungsgeschehens ausgeführt, die Berufungskommission habe das Ermittlungsverfahren durch Einsichtnahme in die Akten 6 Cga 45/96w und 30 Cga 135/00s je des Landesgerichtes St. Pölten als Arbeits- und Sozialgericht ergänzt. Dazu werde zunächst festgestellt, dass folgende Verfahren anhängig seien:

1.) 6 Cga 45/96w des Landesgerichtes St. Pölten als Arbeits- und Sozialgericht (Klage vom 27. März 1996): Klägende Partei Dipl. Ing. Dr. M. (Mitbeteiligter), beklagte Partei G-GmbH (Beschwerdeführerin) wegen (ausgedehnt) weiterer Zahlungsansprüche von S 5.112.040,91 brutto samt Anhang und Feststellung, dass zwischen den Parteien ein Dienstverhältnis unter Berücksichtigung geltender Kollektivverträge und Betriebsvereinbarungen mit dem im Urteilsbegehren ausgeführten Inhalt bestehe und die Dienstanweisung vom 28. Dezember 1995 rechtsunwirksam sei. Das Verfahren befindet sich im Stadium der Beweisaufnahme in erster Instanz.

2.) 30 Cga 135/00s des Landesgerichtes St. Pölten als Arbeits- und Sozialgericht (Klagseinbringung am 26. April 2000): Klägende Partei Dipl. Ing. Dr. M. (Mitbeteiligter), beklagte Partei G-GmbH (Beschwerdeführerin) wegen Kündigungsanfechtung. Es werde begehrt, dass die durch die beklagte Partei mit Schreiben vom 18. April 2000 zum 30. September 2000 ausgesprochene Kündigung des Dienstvertrages für rechtsunwirksam erklärt werde. Das Verfahren sei mit Beschluss vom 5. Juli 2000 bis zur rechtskräftigen Beendigung des vorliegenden Verwaltungsverfahrens unterbrochen worden.

Die Berufungskommission treffe weiters noch folgende Feststellungen:

Der Pensionszuschussvertrag zwischen dem Mitbeteiligten und der W-GmbH vom 9. Juli 1986, der von der Beschwerdeführerin vollinhaltlich übernommen worden sei, laute auszugsweise wie folgt (anonymisiert):

"(5) Pensionszuschuss

II.

(1) Hat Herr Direktor Dipl. Ing. Dr. M. am Tage der Beendigung des Dienstverhältnisses das 65. Lebensjahr bereits vollendet, ist ihm ein monatlicher Pensionszuschuss im Ausmaße der Differenz zwischen

a)

80 % seines letzten Brutto-Monatsentgeltes und

b)

der Pension aus der gesetzlichen Sozialversicherung zuzüglich jener Pensionen, die er von Versicherungsgesellschaften erhält, an welche die Prämien oder Beiträge vom Dienstgeber bezahlt wurden, monatlich im Nachhinein auszubezahlen.

...

(3) Der Pensionszuschuss gebührt nicht, wenn Herr Direktor Dipl. Ing. Dr. M. vor Vollendung des 65. Lebensjahres das Dienstverhältnis ohne triftige Gründe nach § 26 Angestelltengesetz (AngG) kündigt, oder wenn die W-GmbH das Dienstverhältnis gemäß § 27 Z. 1 bis 4 und 6 AngG durch Entlassung auflöst.

(4) Auf einen, Herr Direktor Dipl. Ing. Dr. M. zustehenden Abfertigungsanspruch wird der zugesagte Pensionszuschuss bis zu dessen Erschöpfung angerechnet, sodass eine Doppelzahlung nicht stattfindet.

...

(5) Wird das Dienstverhältnis vor Vollendung des 65. Lebensjahres beendet, ohne dass Gründe nach Absatz 3 vorliegen, verringert sich die Berechnungsgrundlage für den Pensionszuschuss (Abs. 1a) für jedes volle, auf 65 fehlende Lebensjahr um 1 %.

(6) Herr Direktor Dipl. Ing. Dr. M. ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung der W-GmbH von dem Rechte auf Rückerstattung von Versicherungsbeiträgen und -prämien Gebrauch zu machen oder Barauszahlung einer Versicherungssumme zu erwirken, sofern die Prämien oder Beiträge für diese Versicherung zur Gänze oder teilweise von der W-GmbH geleistet wurden. Tut er dies dennoch, so geht der Anspruch auf Pensionszuschuss zur Gänze verloren.

...

(6) Witwenpensionszuschuss

...

(7) Waisenrente

...

(8) Allgemeine Bestimmungen

..."

Der Vertrag trage (unleserliche und nicht beglaubigte) Unterschriften des Vorsitzenden des Aufsichtsrates und der Geschäftsführung.

Es liege keine verbindliche Zusage der Beschwerdeführerin darüber vor, ab wann und in welcher Höhe der Mitbeteiligte bei einvernehmlicher Auflösung des Dienstverhältnisses einen Anspruch auf Pensionszuschuss habe. Die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens böten keinen begründeten Hinweis für - von der Beschwerdeführerin im Ergebnis behauptete - fehlende Arbeitsbereitschaft oder Arbeitsverweigerung sowie mangelnde Kompetenz des Mitbeteiligten. Die von der Beschwerdeführerin dazu aufgestellten Tatsachenbehauptungen hätten im Ermittlungsverfahren keine verlässliche Bestätigung gefunden. Der Mitbeteiligte sei im Dezember 1995 mit dem "Donau-Projekt" beauftragt worden. Dieses Projekt sei vom Mitbeteiligten in Wien zu erstellen gewesen. Der Mitbeteiligte habe dieses Projekt ordentlich bearbeitet (Aussage Dr. H. zu 6 Cga 45/96w des Landesgerichtes St. Pölten am 12. September 1997). Das vom Mitbeteiligten abgegebene Projekt sei "meines Wissens" in Ordnung gewesen (Aussage Generaldirektor Ing. N. zu 6 Cga 45/96w des Landesgerichtes St. Pölten am 10. Jänner 1997). Der Mitbeteiligte habe über genügend Kenntnisse verfügt, er habe auch ausreichend Verständnis für die Problemstellung gehabt. Die Präsentation habe ausgereicht, um die Opponenten davon zu überzeugen, dass der Standort ungeeignet sei (Aussage Dipl. Ing. Dr. S. zu 6 Cga 45/96w des Landesgerichtes St. Pölten am 14. Jänner 1998). Unter dem einzigen Geschäftsführer der Beschwerdeführerin befindet sich die Führungsebene F1. Diese umfasste sechs Arbeitsplätze, die zwischen S 41.000,-- und S 61.500,-- monatlich (14 x jährlich) brutto entlohnt würden, und zwar Controlling, Marketing, Verwaltung, Vertrieb, Einkauf und Produktion. Dazu bedürfe es überwiegend diverser Spezialausbildungen zwecks Erwerbes spezifischer Kenntnisse. Eine derartige Ausbildung sei dem Mitbeteiligten nicht ermöglicht worden. Dem Mitbeteiligten sei ein Posten in dieser Führungsebene nicht gewährt worden, weil dies mit einer Gehaltsreduktion auf monatlich ca. S 60.000,-- brutto verbunden gewesen wäre (Dienstgebervertreter in der mündlichen Berufungsverhandlung am 18. Oktober 2001).

In rechtlicher Hinsicht führte die Berufungskommission nach auszugsweiser Wiedergabe des § 8 BEinstG aus, nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liege die Entscheidung darüber, ob die Zustimmung zu einer künftigen Kündigung einer dem Kreis der begünstigten Personen nach § 2 BEinstG angehörenden Personen nach § 8 Abs. 2 erster Satz BEinstG oder die nachträgliche Zustimmung zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung nach § 8 Abs. 2 zweiter Satz BEinstG erteilt werden solle, im freien Ermessen der Behörde. Nach dem Zweck des BEinstG, das der Eingliederung der begünstigten Personen in den Arbeitsprozess und der Sicherung ihrer wirtschaftlichen Existenz dienen solle, sei es bei dieser Ermessensentscheidung Aufgabe der Behörde, das berechtigte Interesse des Dienstgebers an der Beendigung des Dienstverhältnisses und die besondere soziale Schutzbedürftigkeit des zu kündigenden bzw. schon gekündigten 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 könne. Durch die Novellierung mit BGBl. I

Nr. 17/1999 sollte sich nach der Absicht des Gesetzgebers daran nichts ändern. Somit sei diese Interessenabwägung Voraussetzung jeder Kündigung eines begünstigten Behinderten; über diese Ermessensentscheidung hinaus sei bei der Erteilung einer nachträglichen Zustimmung zur Kündigung noch zu prüfen, ob und inwieweit ein "besonderer Ausnahmefall" vorliege, in dem dem Dienstgeber die vorherige Einholung der Zustimmung nicht zugemutet werden könne. Die besonderen Ausnahmegründe hätten in diesem Fall ergänzend zu den für die grundlegende Interessenabwägung maßgebenden Gründen zu treten. Ein besonderer Ausnahmefall liege insbesondere vor, wenn ganz außerordentliche Umstände vorlägen, die hart an der Grenze des Kündigungsschutzes überhaupt lägen und überdies dadurch gekennzeichnet seien, dass dem Dienstgeber die vorherige Einholung einer behördlichen Zustimmung nicht zugemutet werden könne, etwa wenn der Dienstgeber zu einer verhältnismäßig großen Betriebseinschränkung gezwungen sei und er außerdem beim Ausspruch der Kündigung nicht habe wissen können, dass der betreffende Dienstnehmer zu den bevorzugten Personen zähle.

Die von der Beschwerdeführerin im Ergebnis zur Begründung ihrer Anträge behauptete fehlende Arbeitsbereitschaft oder Arbeitsverweigerung des Mitbeteiligten lägen nicht vor. Einer ausdrücklichen Zustimmung des Mitbeteiligten zur Beschäftigung an einem anderen geeigneten Arbeitsplatz bedürfe es nicht. Allfällige mangelnde Kompetenz des Mitbeteiligten für die Erfüllung von Arbeiten auf für den Mitbeteiligten grundsätzlich geeigneten Arbeitsplätzen der Führungsebene F1 gehe zu Lasten der Beschwerdeführerin, zumal sie dem Mitbeteiligten keine dafür notwendige Spezialausbildung ermöglicht habe.

Bestehe eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit des begünstigten Behinderten auf einem anderen, von ihm akzeptierten Arbeitsplatz des Dienstgebers, und führe die (bei vergleichender Würdigung der wirtschaftlichen und gesundheitlichen Situation des Behinderten, insbesondere auch seiner künftigen Berufsaussichten im Falle einer Auflösung des Dienstverhältnisses gebotene) Weiterbeschäftigung nicht zu unzumutbaren Belastungen für den Dienstgeber, sei es aus dem im Verhalten oder in der Person des Behinderten gelegenen, sei es aus objektiven betrieblichen Gründen (z.B. wegen äußerster Einschränkung der Weiterverwendungsmöglichkeit des begünstigten Behinderten), so widerspreche eine auf Antrag des Dienstgebers erteilte Zustimmung zu einer beabsichtigten Kündigung eines solchen begünstigten Behinderten dem Sinn des BEinstG. Betriebliche Belange reichten in der Regel für eine Zustimmung zu einer in Aussicht genommenen Kündigung eines begünstigten Behinderten nicht aus, es sei denn, seine Kündigung wäre unabdingbar, um nicht das Fortbestehen des Unternehmens konkret zu gefährden.

Somit reiche auch die von der Beschwerdeführerin ins Treffen geführte großzügige finanzielle Absicherung des Mitbeteiligten durch den Pensionsvertrag für eine Zustimmung zur Kündigung nicht aus. Die vorzunehmende Interessenabwägung habe daher zum Ergebnis führen müssen, auch die Zustimmung zu einer künftig auszusprechenden Kündigung des Mitbeteiligten zu versagen. Damit könne die Frage auf sich beruhen, ob bei Bejahung der Voraussetzungen für die Zustimmung zu einer erst auszusprechenden Kündigung überdies ein die nachträgliche Zustimmung gemäß § 8 Abs. 2 letzter Satz BEinstG rechtfertigender besonderer Ausnahmefall vorgelegen wäre.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

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

Der Mitbeteiligte erstattete ebenfalls eine Gegenschrift, in der er die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt. Die Beschwerdeführerin erstattete eine Replik.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Beschwerde erwogen:

1. § 8 BEinstG in der im Beschwerdefall maßgeblichen Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 60/2001 lautet (auszugsweise):

"§ 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 Monates 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 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.

..."

2.1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liegt - wie die belangte Behörde zutreffend ausführte - 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 berechtigte 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. z.B. das hg. Erkenntnis vom 11. Juli 2000, ZI. 2000/11/0096, mwN.). 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). 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 Ermessensmissbrauchs - nicht der Fall gewesen ist. Eine solche Prüfung setzt freilich voraus, dass alle für diese Entscheidung wesentlichen tatsächlichen Umstände unter Einhaltung der maßgebenden Verfahrensvorschriften ermittelt und in der Bescheidbegründung festgestellt wurden. Es unterliegt der vollen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle, ob alle für die Ermessensübung maßgebenden Umstände in die Abwägung einbezogen wurden, sowie ferner, ob die Behörde Umstände in die Erwägungen einbezogen hat, die bei richtiger rechtlicher Beurteilung dabei nicht berücksichtigt werden dürften (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24. September 2003, ZI. 2001/11/0332, mwN).

Über die bei jeder Entscheidung über einen Antrag auf Zustimmung zur Kündigung eines begünstigten Behinderten im Rahmen der Ermessensentscheidung vorzunehmende Interessenabwägung hinaus ist bei der Entscheidung über einen Antrag auf nachträgliche Zustimmung zur Kündigung noch zu prüfen, ob ein besonderer Ausnahmefall im Sinne des § 8 Abs. 2 zweiter Satz BEinstG vorliegt, in dem dem Dienstgeber die vorherigen Einholung der Zustimmung nicht zugemutet werden kann. Die besonderen Ausnahmegründe haben in diesem Fall ergänzend zu den für die grundlegende Interessenabwägung maßgebenden Gründen zu treten (vgl. das hg. Erkenntnis vom 18. Jänner 2000, ZI. 99/11/0144, mwN).

Diesen Anforderungen wird der angefochtene Bescheid nicht gerecht.

2.2. Die belangte Behörde stützte ihre Ermessensentscheidung zunächst darauf, dass die von der Beschwerdeführerin behauptete fehlende Arbeitsbereitschaft oder Arbeitsverweigerung sowie mangelnde Kompetenz des Mitbeteiligten nicht vorlägen.

Der Ansicht der belangten Behörde, dass eine fehlende Arbeitsbereitschaft des Mitbeteiligten nicht vorliege, kann im

Hinblick auf die von der Beschwerdeführerin nicht mit konkretem Vorbringen bestrittenen Feststellungen, dass der Mitbeteiligte das ihm nach seiner Abberufung als Geschäftsführer übertragene "Donau-Projekt" ordentlich bearbeitet habe, nicht beanstandet werden. In dieser Hinsicht kann auch von einer mangelnden Kompetenz des Mitbeteiligten nicht gesprochen werden. Dass dem Mitbeteiligten schließlich keine weiteren Aufgaben im Unternehmen mehr übertragen worden sind, kann - worauf die belangte Behörde in ihrer Gegenschrift zutreffend hinweist - nicht zu Lasten des Mitbeteiligten in die Abwägung einbezogen werden.

Ausgehend davon, dass der Tätigkeitsbereich des Mitbeteiligten mit seiner Abberufung als Geschäftsführer entfallen sei, stützte die belangte Behörde ihre Ermessensentscheidung vor allem darauf, dass eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bestehe, weil der Mitbeteiligte grundsätzlich geeignet sei, eine Position in der - unterhalb der Geschäftsführer-Ebene liegenden - Führungsebene F1 auszuüben.

Besteht eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit des begünstigten Behinderten auf einem anderen, von ihm akzeptierten Arbeitsplatz des Dienstgebers und führt die (bei vergleichender Würdigung der wirtschaftlichen und gesundheitlichen Situation des Behinderten, insbesondere auch seiner künftigen Berufsaussichten im Falle einer Auflösung des Dienstverhältnisses gebotene) Weiterbeschäftigung nicht zu unzumutbaren Belastungen für den Dienstgeber, sei es aus den im Verhalten oder in der Person des Behinderten gelegenen, sei es aus objektiven betrieblichen Gründen (so z.B. wegen äußerster Einschränkung der Weiterverwendungsmöglichkeit des begünstigten Behinderten), so widerspräche eine auf Antrag des Dienstgebers erteilte Zustimmung zu einer beabsichtigten Kündigung eines solchen begünstigten Behinderten dem Sinn des BEinstG (vgl. das hg. Erkenntnis vom 4. Oktober 2001, Zl. 97/08/0469).

Die belangte Behörde hätte sich daher mit der Frage auseinanderzusetzen gehabt, ob der Mitbeteiligte im Falle einer Weiterbeschäftigung auf einem Arbeitsplatz der Führungsebene F1 unter Fortzahlung seiner bisherigen Bezüge nicht nur geringfügig, sondern - jedenfalls im Verhältnis zu vergleichbaren Arbeitnehmern - auch unter Berücksichtigung der Dauer seines Dienstverhältnisses deutlich überbezahlt wäre. Der Mitbeteiligte hat sich im Verfahren jedenfalls nicht rechtsverbindlich bereit erklärt, einer entsprechenden Entgeltreduktion zuzustimmen. Der unbestreitbar beträchtliche wirtschaftliche Nachteil, den die Beschwerdeführerin bei einer Weiterbeschäftigung des Mitbeteiligten auf einem Arbeitsplatz der Führungsebene F1 unter Fortzahlung seiner bisherigen Bezüge erlitte, wäre als ein wesentliches Element in die Gesamtbeurteilung einzubeziehen gewesen (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 23. April 1996, Zl. 96/08/0002, mwN).

Die belangte Behörde hat weiters festgestellt, dass der Mitbeteiligte grundsätzlich geeignet sei, einen Arbeitsplatz der Führungsebene F1 auszuüben; allfällige mangelnde Kompetenz des Mitbeteiligten gehe zu Lasten der Beschwerdeführerin, weil sie dem Mitbeteiligten keine dafür notwendige Spezialausbildung ermöglicht habe.

Diese Feststellungen sind insofern unvollständig, als sie nicht die konkreten Anforderungen an die Arbeitsplätze der Führungsebene F1 beschreiben. Solange aber nicht feststeht, welche zusätzlichen Kenntnisse sich der Mitbeteiligte verschaffen müsste, um den Anforderungen zumindest auf einem dieser Arbeitsplätze nachzukommen, fehlt es an einer weiteren wesentlichen Entscheidungsgrundlage für die im Rahmen der Ermessensübung vorzunehmende Abwägung. Erst auf der Grundlage diesbezüglicher Feststellungen ließe sich auch der voraussichtliche Schulungsaufwand ermitteln (vgl. auch dazu das zuvor zitierte hg. Erkenntnis vom 23. April 1996).

Schließlich hätte die belangte Behörde noch in die im Rahmen der Ermessensübung vorzunehmende Abwägung die wirtschaftliche und gesundheitliche Situation des Mitbeteiligten sowie dessen künftige Berufsaussichten einbeziehen müssen. Dazu hätte es konkreter Feststellungen bedurft, welche Ansprüche dem Mitbeteiligten im Falle einer Auflösung seines Dienstverhältnisses, insbesondere aus dem Pensionszuschussvertrag, zuständen. Die belangte Behörde hat zwar die wesentlichen Bestimmungen des Pensionszuschussvertrages im angefochtenen Bescheid wiedergegeben, sie hat sich jedoch nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ab wann und in welcher Höhe der Mitbeteiligte einen Anspruch auf Leistungen aus diesem Vertrag hat (die belangte Behörde hat hiezu lediglich festgestellt, dass dazu keine verbindliche Zusage der Beschwerdeführerin vorliege). Ohne ausreichende Feststellungen über die dem Mitbeteiligten aus dem Vertrag zustehenden Leistungen war es der belangten Behörde aber nicht möglich, die wirtschaftliche Situation des Mitbeteiligten im Falle der Kündigung mit der wirtschaftlichen Situation bei Weiterbeschäftigung auf einem Arbeitsplatz der Führungsebene F1 mit einem diesem Arbeitsplatz entsprechenden Gehalt zu vergleichen.

2.3. Schon aus diesen Erwägungen war der angefochtene Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

Im fortgesetzten Verfahren wird sich die belangte Behörde im Rahmen einer allfälligen Beurteilung einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auch mit der Frage zu beschäftigen haben, warum die Betrauung des Mitbeteiligten mit Projektarbeiten nicht mehr möglich und sinnvoll ist.

2.4. Auf die Frage der Versagung der nachträglichen Zustimmung zur Kündigung des Mitbeteiligten, die sich bei Rechtmäßigkeit der Versagung der Zustimmung zu einer künftigen Kündigung nicht mehr stellte, brauchte nicht weiter eingegangen zu werden. Erst wenn feststünde, dass einer künftigen Kündigung die Zustimmung zu erteilen gewesen wäre, wäre zu prüfen, ob noch darüber hinaus auch die nachträgliche Zustimmung zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung zu erteilen gewesen wäre (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24. März 1999, Zl. 98/11/0322).

3. Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 27. Februar 2004

#### **Schlagworte**

Ermessen besondere Rechtsgebiete Ermessen VwRallg8 Besondere Rechtsgebiete Ermessen Sachverhalt  
Sachverhaltsfeststellung Ermessen Begründung von Ermessensentscheidungen

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

ECLI:AT:VWGH:2004:2002110056.X00

#### **Im RIS seit**

06.04.2004

#### **Zuletzt aktualisiert am**

28.01.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

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