

# TE Vwgh Erkenntnis 2003/8/13 2002/11/0207

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 13.08.2003

## Index

68/01 Behinderteneinstellung;

## Norm

BEinstG §8 Abs2 idF 1999/I/017;

BEinstG §8 Abs4 litb idF 1999/I/017;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldner und die Hofräte Dr. Graf, Dr. Gall, Dr. Pallitsch und Dr. Schick als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Runge, über die Beschwerde der P GmbH in Wien, vertreten durch Steiner & Steiner Rechtsanwälte OEG, 1010 Wien, Weihburggasse 18-20/50, gegen den Bescheid der Berufungskommission im Bundesministerium für soziale Sicherheit und Generationen vom 20. August 2002, Zl. 44.140/20-7/02, betreffend nachträgliche Zustimmung zur Kündigung nach dem Behinderteneinstellungsgesetz (mitbeteiligte Partei: S), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Die Mitbeteiligte war bei der Beschwerdeführerin seit 4. Oktober 1993 als Heilmasseurin beschäftigt.

Am 30. November 2000 stellte die Mitbeteiligte den Antrag auf Feststellung der Zugehörigkeit zum Kreis der begünstigten Behinderten nach dem Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG).

Am 9. Februar 2001 wurde die Kündigung der Mitbeteiligten per Ende Februar 2001 ausgesprochen.

Mit Bescheid des Bundessozialamtes Wien, Niederösterreich, Burgenland vom 21. März 2001 wurde festgestellt, dass die Mitbeteiligte ab 30. November 2000 zum Kreis der nach dem BEinstG begünstigten Personen gehört und der Grad der Behinderung 50 v.H. beträgt.

Mit Schriftsatz vom 9. April 2001 beantragte die Beschwerdeführerin gemäß § 8 Abs. 2 BEinstG die nachträgliche Zustimmung zu der per 28. Februar 2001 ausgesprochenen Kündigung der Mitbeteiligten. Hilfsweise wurde die Zustimmung zu einer auszusprechenden Kündigung der Mitbeteiligten beantragt.

Mit Bescheid vom 28. Februar 2002 versagte die Erstbehörde der Beschwerdeführerin die Zustimmung zu der am

9. Februar 2001 zum 28. Februar 2001 ausgesprochenen Kündigung und erteilte die Zustimmung zu einer auszusprechenden Kündigung. In der Begründung dieses Bescheides wurde ausgeführt, die Beschwerdeführerin beschäftige derzeit ca. 28 Arbeitnehmer, davon eine Behinderte. Die Mitbeteiligte sei seit 4. Oktober 1993 als Heilmasseurin beschäftigt. Die Beschwerdeführerin beschäftige etwa 20 Heilmasseure. Diese seien überwiegend mit Massagen beschäftigt, die übrigen Anwendungen machten einen verhältnismäßig geringen Teil der Arbeit aus. Bei der Mitbeteiligten bestünden Arthrosen beider Hände, der Sacroiliacal- und Wirbelgelenke und des linken Knie. Sie könne keine Tätigkeiten mehr verrichten, die mit Kraftaufwand der Arme und Hände verbunden seien. Massagen könne sie nicht mehr durchführen. Eine Besserung sei nicht zu erwarten. Die Zustimmung zu einer auszusprechenden Kündigung sei zu erteilen gewesen, weil die Mitbeteiligte als Heilmasseurin dauernd arbeitsunfähig sei und eine Beschäftigung nur mit anderen Behandlungen wegen deren geringen Anteils an der täglichen Arbeitszeit in Verbindung mit der Arbeitsorganisation des Institutes nicht möglich sei. Ein besonderer Ausnahmefall im Sinne des § 8 Abs. 2 BEinstG liege nicht vor. Die Arbeitsunfähigkeit sei zudem erst nach der ausgesprochenen Kündigung eingetreten, zuvor habe die Mitbeteiligte keine nennenswerten gesundheitlichen Probleme bei der Arbeit und auch kaum Krankenstandszeiten gehabt.

In der (gegen die Versagung der nachträglichen Zustimmung zur Kündigung gerichteten) Berufung führte die Beschwerdeführerin aus, das Ausmaß der Behinderung der Mitbeteiligten mit 50 v.H. bestehe nach dem Bescheid des Bundessozialamtes Wien, Niederösterreich, Burgenland vom 21. März 2001 seit 30. November 2000, weshalb die Auffassung der Erstbehörde, die Arbeitsunfähigkeit sei erst nach der Kündigung eingetreten, verfehlt sei. Die Mitbeteiligte sei als Heilmasseurin gänzlich arbeitsunfähig. Sie sei daher einer zu 100 % invaliden Person gleich zu halten, weshalb im Sinne des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 28. November 1983, Zl. 83/01/0382, Slg. Nr. 11.238/A, ein besonderer Ausnahmefall im Sinne des § 8 Abs. 2 letzter Satz BEinstG vorliege. Die Kündigung sei auch wegen der schlechten Wirtschaftslage und Kürzungen im Gesundheitsbereich betriebswirtschaftlich notwendig gewesen. Die Bezahlung einer Kraft, die ihre Arbeitsleistung nicht mehr erbringen könne, gefährde die vorhandenen anderen Arbeitsplätze. Dieser Fall sei dem in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes beispielsweise genannten Fall einer verhältnismäßig großen Betriebseinschränkung vergleichbar. Damit habe sich die Erstbehörde nicht auseinander gesetzt.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung nicht Folge. Begründend führte sie nach Wiedergabe des Verfahrensverlaufes aus, bei der Erteilung einer nachträglichen Zustimmung zur Kündigung sei überdies 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 dann vor, wenn ganz außerordentliche Umstände vorlägen, die hart an der Grenze des Kündigungsschutzes überhaupt lägen und die 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 begünstigen Behinderten zähle. Der Verwaltungsgerichtshof habe wiederholt die Auffassung vertreten, das Gesetz habe durch die doppelte Hervorhebung des Ausnahmearakters ("besondere" und "Ausnahmefälle") in eindringlicher Weise zum Ausdruck gebracht, dass dabei nur an ganz außergewöhnliche Umstände gedacht sei. Eine Betriebseinstellung oder eine große Betriebseinschränkung liege nicht vor. Ein besonderer Ausnahmefall wegen gänzlicher Arbeitsunfähigkeit ohne Aussicht auf Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit liege nicht vor, weil die Arbeitsunfähigkeit der Mitbeteiligten erst nach der Kündigung eingetreten sei und die Mitbeteiligte zuvor keine nennenswerten gesundheitlichen Probleme und auch kaum Krankenstandszeiten gehabt habe. Die von der Beschwerdeführerin ins Treffen geführte Behandlungspflicht gegenüber Patienten der Wiener Gebietskrankenkasse trotz Umsatzdeckelung auf dem niedrigen Niveau des Jahres 2000, die wegen der Deckelungsregelung zu einem wirtschaftlichen Einbruch bei der Beschwerdeführerin geführt habe, stelle keinen besonderen Ausnahmefall dar, in dem der Beschwerdeführerin die vorherige Einholung der Zustimmung zur Kündigung nicht zugemutet werden könne.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und beantragt in ihrer Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerde vom 17. September 2002 am 30. September 2002 eingebracht, somit nach der am 22. August 2002 erfolgten Verkündung des mündlichen Bescheides, jedoch vor der nach der Aktenlage am 2. Oktober 2002 erfolgten Zustellung der schriftlichen Ausfertigung des mündlich verkündeten Bescheides. Da der angefochtene Bescheid bereits mit seiner Verkündung rechtlich existent war (vgl. dazu die bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze I2 (1998), unter E. Nr. 112 ff zu § 62 AVG zitierte Rechtsprechung), war die Beschwerde zulässig, auch wenn die Beschwerdefrist gemäß § 26 Abs. 1 Z. 1 VwGG erst mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung begonnen hat. Der angefochtene Bescheid wurde nämlich nicht im Sinne dieser Gesetzesstelle "bloß mündlich verkündet", sondern es war - ungeachtet der unmittelbar nach der mündlichen Verkündung gestellten Anträge der Parteien auf Zustellung einer schriftlichen Bescheidausfertigung - gemäß § 13g Abs. 7 BEinstG jedenfalls eine schriftliche Ausfertigung des Bescheides zuzustellen. Der Beurteilung durch den Verwaltungsgerichtshof ist die in der schriftlichen Bescheidausfertigung enthaltene Begründung zu Grunde zu legen.

§ 8 des BEinstG (in der von der belangten Behörde anzuwendenden Fassung der Novelle BGBI. I Nr. 17/1999) 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

...

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;

..."

Die Beschwerdeführerin meint, ein besonderer Ausnahmefall im Sinne des § 8 Abs. 2 letzter Satz BEinstG liege deshalb vor, weil die Mitbeteiligte die Tätigkeit als Heilmasseurin nicht mehr ausüben könne, und beruft sich in diesem Zusammenhang auf das hg. Erkenntnis vom 28. November 1983, Slg. Nr. 11.238/A. Sie meint weiters, der Beschwerdefall sei jenen Fällen gleich zu halten, in denen wegen der Notwendigkeit einer Betriebsstilllegung oder großen Betriebseinschränkung von der Rechtsprechung ein Ausnahmefall im Sinne der genannten Gesetzesstelle angenommen worden sei.

Mit diesen Ausführungen ist die Beschwerdeführerin aus nachstehenden Erwägungen nicht im Recht:

Sowohl für die nachträgliche Zustimmung zu einer Kündigung als auch für die Zustimmung zu einer künftig auszusprechenden Kündigung gilt, dass die Entscheidung darüber, ob die Zustimmung zur Kündigung eines Behinderten überhaupt erteilt werden kann, im Ermessen der Behörde liegt. Nach dem Zweck des BEinstG, das der Eingliederung der begünstigten Person in den Arbeitsprozess und der Sicherung ihrer wirtschaftlichen Existenz dienen soll, ist 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. des schon gekündigten Dienstnehmers im Einzelfall gegeneinander abzuwagen 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, wobei unter Bedachtnahme auf § 8 Abs. 3 BEinstG der in diesem Gesetz normierte Kündigungsschutz nach dem Willen des Gesetzgebers jedenfalls nicht weiter gehen soll als etwa im Fall eines Betriebsratsmitgliedes. Diese aus der Zweckbestimmung des BEinstG abgeleiteten Grundsätze haben als Richtlinie für die Handhabung des der Behörde vom Gesetz eingeräumten Ermessens zu dienen (ständige Rechtsprechung; vgl. zB die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. April 1992, Zl. 92/09/0046, sowie - aus jüngerer Zeit - vom 11. Juli 2000, Zl. 2000/11/0096, oder vom 4. Oktober 2001, Zl. 97/08/0469). Diese Interessenabwägung ist Voraussetzung jeder Kündigung eines begünstigten Behinderten. Über diese Ermessensentscheidung hinaus ist bei der Erteilung einer nachträglichen Zustimmung zur Kündigung noch zu prüfen, ob und inwieweit ein "besonderer Ausnahmefall" vorliegt, in dem dem Dienstgeber die vorherige 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. dazu zB. das Erkenntnis vom 8. September 1998, Zl. 97/08/0438).

Was nun im Einzelnen als "besonderer Ausnahmefall" nach § 8 Abs. 2 BEinstG anzusehen ist, kann nicht allgemein, sondern nur nach Lage des Einzelfalles beurteilt werden. Nach der Rechtsprechung ist dies dann der Fall, wenn ganz außergewöhnliche Umstände vorliegen, die hart an der Grenze des Kündigungsschutzes überhaupt liegen und dadurch gekennzeichnet sind, dass dem Dienstgeber die vorherige Einholung einer behördlichen Zustimmung nicht zugemutet werden kann. Das Gesetz spricht von "besonderen Ausnahmefällen" und bringt durch die doppelte Hervorhebung des Ausnahmeharakters mit diesen Worten in eindringlicher Weise zum Ausdruck, dass nur an ganz außergewöhnliche Umstände gedacht ist. Ein solcher Fall wurde etwa angenommen, wenn der Dienstgeber zu einer Betriebsstilllegung oder zu einer verhältnismäßig großen Betriebseinschränkung gezwungen ist und wenn er außerdem beim Ausspruch der Kündigung nicht wissen konnte, dass der betreffende Dienstnehmer zu den nach dem BEinstG bevorzugten Personen zählt (siehe dazu unter anderem die hg. Erkenntnisse vom 13. September 1994, Slg. Nr. 14.107/A, und vom 8. September 1998, Zl. 97/08/0438). Eine Betriebsstilllegung oder verhältnismäßig große Betriebseinschränkung wurde bei der Beschwerdeführerin unbestrittenmaßen nicht vorgenommen. Die Tatsache, dass eine an dem Niveau des Jahres 2000 orientierte Ausgabendeckelung durch die Wiener Gebietskrankenkasse auch die Beschwerdeführerin, die sich nach ihrem Vorbringen im Verwaltungsverfahren in Erwartung einer Besserung der wirtschaftlichen Verhältnisse zu einer Weiterführung des Betriebes im bisherigen Umfang entschlossen hat, trifft, ist in ihren Auswirkungen der Notwendigkeit einer Betriebseinstellung oder großen Betriebseinschränkung auch nicht annähernd gleich zu halten.

Soweit sich die Beschwerdeführerin auf das hg. Erkenntnis vom 28. November 1983, Slg. Nr. 11.238/A, beruft, ist ihr zunächst entgegen zu halten, dass der diesem Erkenntnis zu Grunde liegende Beschwerdefall dem vorliegenden nicht gleicht, wurde doch dort beim gekündigten Dienstnehmer eine Minderung der Erwerbsfähigkeit von 100 v.H. festgestellt. Im Übrigen ist diese Entscheidung zu einer anderen Rechtslage ergangen. Nach § 8 Abs. 4 lit. b BEinstG in der Fassung der Novelle BGBI. 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. Ein "besonderer Ausnahmefall" im Sinne des oben Gesagten liegt darin jedoch nicht. Der der Beschwerdeführerin aus der Verpflichtung, der Mitbeteiligten bis zur Wirksamkeit der Kündigung das Gehalt zu zahlen, entstehende Nachteil lässt somit nicht den Schluss auf das Vorliegen eines "besonderen Ausnahmefalles" zu (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 26. Februar 2002, Zl. 99/11/0250).

Aus den dargelegten Erwägungen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBI. II Nr. 333/2003.

Wien, am 13. August 2003

ECLI:AT:VWGH:2003:2002110207.X00

**Im RIS seit**

10.09.2003

**Zuletzt aktualisiert am**

14.02.2012

**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)