

TE Bwvg Erkenntnis 2019/11/25 W207 2222566-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.11.2019

Entscheidungsdatum

25.11.2019

Norm

AVG §38

BEinstG §8

B-VG Art. 133 Abs4

Spruch

W207 2222566-1/5E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Michael SCHWARZGRUBER als Vorsitzender und die fachkundigen Laienrichter Mag. Pia-Maria ROSNER-SCHEIBENGRAF, Dr. Günther STEINLECHNER, Mag. Dr. Ursula JANESCH und Mag. Michael SVOBODA als Beisitzer über die Beschwerde von XXXX , vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Norbert HUBER, gegen den Bescheid des Behindertenausschusses beim Sozialministeriumservice, Landesstelle Tirol, vom 24.06.2019, wegen § 8 Abs. 2 Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG), betreffend nachträgliche Zustimmung zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung einer begünstigten behinderten Dienstnehmerin bzw. Zustimmung zu einer künftig auszusprechenden Kündigung einer begünstigten behinderten Dienstnehmerin (mitbeteiligte Partei: XXXX , vertreten durch Mag. Isabella BENDLER, Kammer für Arbeiter und Angestellte Tirol), zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird im angefochtenen Umfang abgewiesen mit der Maßgabe, dass der Spruch des angefochtenen Bescheides zu lauten hat wie folgt:

"Das Verfahren auf nachträgliche Zustimmung zur bereits ausgesprochenen Kündigung, in eventu auf Zustimmung zur künftig auszusprechenden Kündigung wird bis zur erstgerichtlichen inhaltlichen Entscheidungen über das von der Dienstnehmerin XXXX als Klägerin gegen XXXX als Beklagte beim Landesgericht Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht eingebrachte Begehren auf Feststellung des aufrechten Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses in Zusammenhang mit einem Betriebsübergang (46 Cga 21/19t LG Innsbruck) gemäß § 38 AVG ausgesetzt."

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang

Die Dienstnehmerin XXXX (in der Folge als Dienstnehmerin oder Mitbeteiligte bezeichnet) ist bzw. war laut Inhalt des vorgelegten Verwaltungsaktes seit 15.07.2016 auf Teilzeitbasis zu 25 Wochenstunden als Verkäuferin in der von XXXX (in der Folge als Dienstgeber oder Beschwerdeführer bezeichnet) geführten Tabaktrafik beschäftigt.

Am 17.09.2018 kündigte der nunmehr beschwerdeführende Dienstgeber den Bestellvertrag für sein Tabakfachgeschäft zur Monopolverwaltung GmbH per 31.12.2018. Am 18.09.2018 bestätigte die Monopolverwaltung GmbH das Ende des Vertragsverhältnisses mit Ablauf des 31.12.2018. Dem in der Folge ergangenen Vorbringen des Dienstgebers zu Folge habe er sein Tabakfachgeschäft aus gesundheitlichen Gründen mit 31.12.2018 aufkündigen müssen und habe mit 01.01.2019 die Erwerbsunfähigkeitspension angetreten; die Betriebsschließung sei daher erforderlich gewesen.

Am 19.09.2018 oder am 20.09.2018 - dem bisher durchgeführten Ermittlungsverfahren lässt sich diesbezüglich keine ausreichende Grundlage für eine konkrete Festlegung entnehmen - sprach der Dienstgeber die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zur mitbeteiligten Dienstnehmerin mit Wirksamkeit 31.12.2018 aus.

Am 19.09.2018 stellte die Dienstnehmerin einen Antrag auf Feststellung der Zugehörigkeit zum Kreis der begünstigten Behinderten gemäß §§ 2 und 14 BEinstG.

Mit Schreiben vom 25.09.2018 teilte die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Tirol (in der Folge als Arbeiterkammer bezeichnet) dem Dienstgeber mit, dass die Dienstnehmerin noch vor Zugang der Kündigung einen Antrag auf Feststellung der Zugehörigkeit zum Kreis der begünstigten Behinderten gemäß §§ 2 und 14 BEinstG gestellt habe, weshalb die Kündigung im Falle der positiven Erledigung dieses Antrages aus Sicht der Arbeiterkammer rechtsunwirksam sei. In weiterer Folge wurde seitens der Dienstnehmerin in diesem Zusammenhang vorgebracht, darüber hinaus sei anzunehmen, dass die Kündigung aufgrund der Behinderung ausgesprochen worden sei, weil die Dienstnehmerin dem Dienstgeber unmittelbar vor dem Ausspruch der Kündigung bekanntgegeben habe, dass sie sich einer Herzoperation unterziehen müsse.

Mit Bescheid des Sozialministeriumservice, Landesstelle Tirol, vom 06.11.2018 wurde auf Grundlage des diesbezüglichen Antrages der Dienstnehmerin vom 19.09.2018 festgestellt, dass die Dienstnehmerin ab 19.09.2018 dem Kreis der begünstigten Behinderten angehört, dies mit einem festgestellten Grad der Behinderung von 50 v.H.

Mit als Antrag auf "Aufhebung Kündigungsschutz" bezeichnetem Schreiben vom 29.11.2018, in dem der Dienstgeber unter Hinweis auf die vollständige Aufgabe des Tabakfachgeschäftes zum 31.12.2018 ausführte, die Kündigung zum 31.12.2018 sei daher nicht aufgrund der Behinderung der Dienstnehmerin erfolgt, beantragt werde die "Aufhebung des Kündigungsschutzes der Dienstnehmerin als begünstigte Behinderte", dieser Antrag in der Folge ergänzt durch Anwaltschriftsatz vom 15.01.2019, beantragte der Dienstgeber beim Behindertenausschuss beim Sozialministeriumservice, Landesstelle Tirol (in der Folge auch als belangte Behörde bezeichnet), gemäß § 8 Abs. 2 BEinstG die nachträgliche Zustimmung zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung der begünstigten behinderten Dienstnehmerin bzw. in eventu die Zustimmung zu einer künftig auszusprechenden Kündigung der begünstigten behinderten Dienstnehmerin.

Als Kündigungsgrund wurde in diesem Antrag im Wesentlichen vorgebracht, dass der Dienstgeber aufgrund gesundheitlicher Einschränkungen mit 01.01.2019 seine unternehmerische Tätigkeit gänzlich einzustellen, die Führung der Tabaktrafik mit Ablauf des 31.12.2018 aufzukündigen und zwischenzeitig mit 01.01.2019 die Erwerbsunfähigkeitspension anzutreten gehabt habe, wobei die diesbezüglichen Abklärungen bzw. Vereinbarungen mit der SVA der gewerblichen Wirtschaft bereits im August 2018 entsprechend fixiert und getroffen worden seien. Der Dienstgeber habe ausschließlich aufgrund der bevorstehenden Betriebsschließung das Dienstverhältnis der Dienstnehmerin zum 31.12.2018 ordnungsgemäß aufzukündigen gehabt, wobei der Ausspruch der Kündigung der Dienstnehmerin mit 19.09.2018, eventualiter mit 20.09.2018, zugegangen sei. Dem Dienstgeber sei zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung nicht bekannt gewesen, dass die Dienstnehmerin dem Personenkreis der begünstigten Behinderten im Sinne des § 2 BEinstG zugehörig gewesen sei bzw. dass die Dienstnehmerin eine hierauf gerichtete Antragstellung eingebracht und verfolgt habe, wobei dem Dienstgeber dies aber auch nicht etwa bekannt sein habe müssen. Die Aufkündigung des Dienstverhältnisses der Dienstnehmerin seitens des Dienstnehmers sei ausschließlich aufgrund der bereits festgestellten bevorstehenden Betriebsschließung zum 31.12.2018 bedingt gewesen. Infolge der aufgezeigten Betriebsschließung zum 31.12.2018 sei damit aber auch die Möglichkeit jeder weiteren Tätigkeit der Dienstnehmerin beim Dienstgeber gänzlich entfallen und könne dem Dienstgeber somit im Sinne des § 8 Abs. 4 lit. a BEinstG die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht weiter zugemutet werden, weshalb auch die Voraussetzungen

und der Kündigungsgrund für die nachträgliche Erteilung der Zustimmung zur Kündigung durch den Behindertenausschuss gegenständlich vorgelegen wären und werde vorsorglich unter einem eventualiter auch die (nachträgliche) Erteilung der Zustimmung zur Kündigung des Dienstverhältnisses der Dienstnehmerin ausdrücklich beantragt.

Am 07.12.2018 sprach der Dienstgeber die fristlose Entlassung der Dienstnehmerin aus, dies im Wesentlichen mit der Begründung, die Dienstnehmerin habe in der Tabaktrafik des Dienstgebers hinter dem Rücken und gegen den Willen des Dienstgebers selbstangefertigte Geschenkboxen ihrer Schwester verkauft.

Auf entsprechende Nachfrage der belangten Behörde wurde von Seiten der Tabakmonopolverwaltung für Tirol und Vorarlberg mit Schreiben vom 18.01.2019 mitgeteilt, dass der Dienstgeber sein Tabakfachgeschäft mit 31.12.2018 gekündigt habe. Der Standort sei von Seiten der Tabakmonopolverwaltung für Tirol und Vorarlberg per 01.01.2019 stillgelegt worden. Mit Wirkung 04.02.2019 habe eine näher genannte Betreiberin des nächstgelegenen Tabakfachgeschäftes ihr Tabakfachgeschäft in das ehemalige Tabakfachgeschäft des Dienstgebers verlegt.

Die Dienstnehmerin erhob beim Landesgericht Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht - protokolliert zur GZ. 46 Cga 105/18v - zum einen Klage gegen den Dienstgeber einerseits auf Feststellung, dass das Beschäftigungsverhältnis der Dienstnehmerin mit dem Dienstgeber über den 07.12.2018 hinaus fortbestehe (dieses Klagebegehren richtet sich daher gegen die Rechtswirksamkeit der Entlassung am 07.12.2018), und andererseits auf Feststellung, dass das Beschäftigungsverhältnis über den 31.12.2018 hinaus fortbestehe (dieses Klagebegehren richtet sich daher gegen die Rechtswirksamkeit der zum 31.12.2018 ausgesprochenen Kündigung).

Dieses zur GZ. 46 Cga 105/18v protokollierte Verfahren wurde im Rahmen einer mündlichen Verhandlung mit rechtskräftigem Beschluss des Landesgerichtes Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht vom 22.02.2019 hinsichtlich des Feststellungsbegehrens, dass das Beschäftigungsverhältnis der Dienstnehmerin zum Dienstgeber über den 31.12.2018 hinaus bestehe - dieses Klagebegehren betrifft die Beurteilung der Rechtswirksamkeit der Kündigung -, unterbrochen, dies mit der Begründung, die Frage, ob der Behindertenausschuss über den Antrag der Dienstnehmerin nachträglich die Zustimmung erteile oder nicht, sei eine Vorfrage, deren Beurteilung dem Gericht zwingend entzogen sei; die Parteienvertreter verzichteten diesbezüglich auf ein Rechtsmittel.

Hingegen wurde das zur GZ. 46 Cga 105/18v protokollierte Verfahren über das Feststellungsbegehren, es möge festgestellt werden, dass das Beschäftigungsverhältnis der Dienstnehmerin über den 07.12.2018 hinaus fortbestehe - dieses Klagebegehren betrifft die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der zum 07.12.2018 ausgesprochenen Entlassung -, fortgesetzt, die Verhandlung am 08.04.2019 nach Beweisaufnahme geschlossen und das Urteil iSd § 415 ZPO der schriftlichen Ausfertigung vorbehalten.

Darüber hinaus erhob die Dienstnehmerin beim Landesgericht Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht - protokolliert zur GZ. 46 Cga 21/19t - auch eine Klage gegen die nunmehrige (seit 04.02.2019 tätige) Betreiberin des Tabakfachgeschäftes, XXXX, auf Feststellung, dass ihr Beschäftigungsverhältnis als Angestellte der Tabaktrafik, welche nunmehr von der näher genannten Betreiberin des nächstgelegenen Tabakfachgeschäftes betrieben werde, über den 31.12.2018 mit der Beklagten als Arbeitgeberin fortbestehe, da ein Betriebsübergang auf die Beklagte stattgefunden habe. Diesem Feststellungsverfahren trat der Dienstgeber als Nebenintervenient bei.

Dieses Verfahren wurde mit Beschluss des Landesgerichtes Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht vom 12.04.2019, GZ. 46 Cga 21/19t, bis zur rechtskräftigen Beendigung des Verfahrens 46 Cga 105/18v LG Innsbruck, somit bis zur rechtskräftigen Entscheidung über das Begehren auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis über den 07.12.2018 hinaus fortbestehe, als auch bis zur rechtskräftigen Entscheidung hinsichtlich des Feststellungsbegehrens, dass das Arbeitsverhältnis über den 31.12.2018 hinaus fortbestehe, gemäß § 190 Abs.1 ZPO unterbrochen, dies im Wesentlichen mit der Begründung, die Frage, ob das Arbeitsverhältnis der Dienstnehmerin zum Dienstgeber durch Entlassung am 07.12.2018 bzw. allenfalls durch Kündigung zum 31.12.2018 wirksam beendet worden sei, stelle eine relevante Vorfrage dar. Sollte nämlich die Entlassung am 07.12.2018 nicht berechtigt gewesen sein, stelle sich im Verfahren 46 Cga 105/18v LG Innsbruck in weiterer Folge die Frage, ob die Kündigung der Dienstnehmerin durch den Dienstgeber zum 31.12.2018 wirksam gewesen sei; dies hänge aber davon ab, ob der Behindertenausschuss gemäß § 8 Abs. 2 BEinstG nachträglich seine Zustimmung zur Kündigung erteile oder nicht. Sollte die Zustimmung des

Behindertenausschusses erteilt werden, wäre die Dienstnehmerin wirksam zum 31.12.2018 gekündigt. Wäre auch nur eine der beiden ausgesprochenen Beendigungserklärungen wirksam, habe zum Zeitpunkt eines allfälligen Betriebsüberganges kein Arbeitsverhältnis mehr bestanden und § 3 Abs. 1 AVRAG wäre nicht anwendbar.

Mit Bescheid des Behindertenausschusses beim Sozialministeriumservice, Landesstelle Tirol, vom 24.06.2019 (dieser weist keine Aktenzahl auf) wurde spruchgemäß das Verfahren auf nachträgliche Zustimmung zur Kündigung, in eventu auf Zustimmung zur Kündigung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die von der Dienstnehmerin als Klägerin gegen den Dienstgeber als Beklagten beim Landesgericht Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht eingebrachten Klagen wegen unrechtmäßiger Entlassung und auf aufrechten Bestand des Dienstverhältnisses in Zusammenhang mit einem Betriebsübergang (46 Cga 105/18v), gemäß § 38 AVG ausgesetzt.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, nach der Spruchpraxis des Verwaltungsgerichtshofes sei das Bestehen bzw. das Nichtbestehen eines Dienstverhältnisses für die Behörde bei der Entscheidung darüber, ob die Zustimmung zur Kündigung nach § 8 BEinstG erteilt wird oder nicht, eine Vorfrage im Sinne des im Verfahren nach dem BEinstG anwendbaren § 38 AVG, weil eine Kündigung eines Dienstverhältnisses das Bestehen eines solchen voraussetzt (VwGH v. 25. September 1985, 84/09/0039). Da die Fragen, ob ein aufrechtes Dienstverhältnis zwischen dem Dienstgeber und der Dienstnehmerin bestehe, oder ob ein Betriebsübergang im Sinne des Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetzes vorliege, oder ob die Entlassung rechtswirksam gewesen sei oder nicht, für das anhängige Verfahren Vorfragen darstellten und diese Vorfragen bereits als Hauptfragen beim LG Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht anhängig seien, sei der Behindertenausschuss zur Auffassung gekommen, dass die Voraussetzungen des § 38 AVG für die Aussetzung des Kündigungsverfahrens gegeben seien.

Gegen diesen Bescheid vom 24.06.2019 erhob der Beschwerdeführer mit Anwaltsschriftsatz vom 31.07.2019 fristgerecht die gegenständliche Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht, in der im Hinblick auf den Anfechtungsumfang ausgeführt wird, der angefochtene Bescheid werde nicht angefochten hinsichtlich des Ausspruches über die verfügte Aussetzung des Verfahrens in Bezug auf die Entscheidung des LG Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht über die Klage wegen unrechtmäßiger Entlassung, da eine gerechtfertigte Entlassung das gegenständlich in Rede stehende Dienstverhältnis wirksam beenden würde und somit tatsächlich eine rechtliche Vorfrage darstelle.

Der Bescheid werde jedoch insoweit angefochten, als seitens der belangten Behörde auch das Verfahren auf nachträgliche Zustimmung zur Kündigung, in eventu auf Zustimmung zur Kündigung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die von der Dienstnehmerin als Klägerin gegen den Dienstgeber als Beklagten beim Landesgericht Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht eingebrachte Klage auf aufrechten Bestand des Dienstverhältnisses im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang (GZ 46 Cga 150 18v), somit in Bezug auf das auf eine unwirksame Kündigung abstellende Verfahren ausgesetzt werde.

In diesem Zusammenhang habe die belangten Behörde aber auch den Spruch des bekämpften Bescheides insoweit unscharf bzw. unrichtig formuliert, als im Verfahren zu 46 Cga 105/18v LG Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht (Anmerkung des Bundesverwaltungsgerichtes: dieses Verfahren wird im Spruch des angefochtenen Bescheides nicht ausdrücklich zitiert) die dortigen Klagebegehren nicht etwa "wegen unrechtmäßiger Entlassung und auf aufrechten Bestand des Dienstverhältnisses im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang" geführt würden, sondern vielmehr über richterliche Anleitung anlässlich der dortigen Tagsatzung vom 22.02.2019 in zwei Klagebegehren insoweit aufgesplittet worden seien, als 1) die Feststellung begehrt werde, dass das Beschäftigungsverhältnis der Klägerin zum Beklagten über den 07.12.2018 fortbestehe und somit auf die Rechtfertigung der Entlassung abstelle, und 2) die Feststellung begehrt werde, dass das Beschäftigungsverhältnis der Klägerin zum Beklagten über den 31.12.2018 hinaus fortbestehe und somit auf die Rechtswirksamkeit der Kündigung abstelle.

Die gegenständlich bekämpfte Aussetzung des Verfahrens auf nachträgliche Zustimmung zur mit 19.09.2018, eventualiter mit 20.09.2018 der Dienstnehmerin zugegangenen Kündigung mit Beendigungstermin zum 31.12.2018 sei wohl in tatsächlicher als auch rechtlicher Hinsicht verfehlt, stelle eine Verletzung der behördlichen Entscheidungspflicht dar und sei zu korrigieren, weil es sich dabei um keine Vorfrage im gegenständlichen Verfahren nach § 8 BEinstG iSd § 38 AVG handle.

Weiters wird in der Beschwerde inhaltlicher Hinsicht Folgendes - hier in anonymisierter Form und auszugsweise wiedergegeben - ausgeführt:

".....

Unter diesen Auspizien verhält es sich tatsächlich und wider die Rechtsansicht der belangten Behörde gerade gänzlich umgekehrt: Eine Entscheidung des LG Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht im Verfahren zu GZ 46 Cga 105/18v zur Kündigung bzw. deren Rechtswirksamkeit und demzufolge über das insoweit verfolgte Klagebegehren, inwieweit das Dienstverhältnis von Frau S. zum Beschwerdeführer über den 31.12.2018 hinaus fortbesteht, ist nämlich von der im Zuständigkeitsbereich aber auch ausschließlich der belangten Behörde obliegenden Entscheidung im gegenständlichen Verfahren als dortige Vorfrage im gerichtlichen Verfahren zwingend abhängig, da dort entscheidungswesentlich ist, inwieweit die gegenständlich beantragte nachträgliche Zustimmung von der hiefür ausschließlich zuständigen belangten Behörde zum in Rede stehende Kündigungstermin am 31.12.2018 eben erteilt wurde oder nicht. Eine solche gerichtliche Beurteilung ist aber erst nach entsprechend (rechtskräftig) getroffener Entscheidung der belangten Behörde überhaupt möglich und zwar entsprechend nachstehendem Entscheidungsbaum:

Bei einer wie gegenständlich beantragt nachträglich erteilten Zustimmung zur Kündigung seitens der belangten Behörde ist nämlich rechtlich zwingend von der gegebenen Rechtswirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung zum 31.12.2018 auszugehen, demzufolge vom LG Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht in dortigen Verfahren ein Feststellungsbegehren auf Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses von Frau S. als Klägerin zu E. als Beklagten über diesen Termin hinaus abzuweisen, hingegen bei einer seitens der belangten Behörde gegebenen Verweigerung der beantragten nachträgliche Zustimmung zur Kündigung, aber auch im Falle eventualiter beantragter erst zu erteilender Zustimmung von einer zum 31.12.2018 hin rechtsunwirksamen Kündigung und demzufolge von der gerichtlich erforderlichen Stattgabe eines solchen klägerischen Feststellungsbegehrens auszugehen.

Aus § 38 AVG folgt e contrario aber auch, dass keine Vorfrage im Sinne des § 38 AVG vorliegen kann, wenn die betreffende Rechtsfrage auch nicht in die Zuständigkeit einer anderen Behörde (eines Gerichtes) fällt, also von keiner (anderen) Behörde als Hauptfrage zu entscheiden ist, wobei dann, wenn eine Rechtsfrage keine Vorfrage nach § 38 AVG darstellt, die Behörde sie jedenfalls eigenständig zu beurteilen hat (vgl. etwa auch Hengstschläger/Leeb, AVG § 38 Rz 6).

Demzufolge wurde von der belangten Behörde aber auch unverständlich vollkommen außer Betracht lassen, dass seitens des LG Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht im Verfahren zu 46 Cga 105/18v bereits anlässlich der dortigen Tagsatzung vom 22.2.2019 (gerichtliches Protokoll als Beilage beigeschlossen) nach entsprechend erfolgter Erörterung der Bestimmung des § 8 Abs.2 BEinstG und aufgrund des Umstandes, dass die Frage, inwieweit gegenständlich ein Ausnahmefall auf mögliche nachträgliche Zustimmung zur Kündigung vorliegt und ob nachträglich die Zustimmung zur Kündigung zu erteilen ist oder nicht, eine (der belangtem Behörde obliegende) Vorfrage darstellt, deren Beurteilung den Gerichten zwingend entzogen ist, der infolge Rechtsmittelverzicht der Parteien auch umgehend rechtskräftige Beschluss gefasst, das Verfahren hinsichtlich des Klagebegehrens, wonach das Beschäftigungsverhältnis über den 31.12.2018 zum Beklagten fortbesteht, gemäß § 190 ZPO zu unterbrechen. Das gerichtliche Kündigungsverfahren ist somit unterbrochen.

Die gegenständlich bekämpfte Spruchfassung der belangten Behörde auf Aussetzung des gegenständlichen Verfahrens auf nachträgliche Zustimmung zur Kündigung ist somit nicht nur rechtswidrig verfehlt und sinnwidrig, würde im Falle der Rechtskraft vielmehr zur rechtlich untragbaren, aber auch gänzlich widersinnigen Pattstellung führen, dass einerseits das gerichtliche Kündigungsverfahren infolge (zutreffend) unterstellter Vorfrage der der belangten Behörde obliegenden Beurteilung eines nach § 8 Abs. 2 BEinstG vorliegenden Ausnahmefalles und inwieweit eine nachträgliche Zustimmung zur Kündigung zu erteilen ist unterbrochen ist, gleichzeitig aber auch das Verfahren, in dem diese Vorfrage zu klären wäre, nämlich das gegenständliche Verfahren ausgesetzt ist, bis im (ebenso ununterbrochenen) gerichtlichen Kündigungsverfahren eine Entscheidung vorlegen würde. Ewiger Stillstand sämtlicher bezüglicher Verfahren wäre in einer solchen Konstellation damit prolongiert.

Der belangten Behörde obliegt somit selbst zwingend die eigenständige Behandlung und Entscheidung über den gegenständlich anhängigen Antrag und zwar auch in Bezug auf die aufgeworfene Betriebsübergangsfrage, wobei in diesem Zusammenhang entgegen der offensichtlichen Auffassung der belangten Behörde die einschlägige Rechts- und Judikaturlage aus § 3 AVRAG kein explizites bzw. generelles gesetzliches Kündigungsverbot wegen des Betriebsübergangs etwa festschreibt, vielmehr seitens der Judikatur der Grundsatz entwickelt wurde, dass

Kündigungen, die gegen das Verbot der Arbeitsvertragsübernahme iSd § 3 AVRAG verstoßen, iSd § 879 ABGB nichtig sind, wofür aber wesentlich ist bzw. zu sein hat, ob der Betriebsübernahme den "tragenden Grund" für die Kündigung darsteht (vgl. RIS-Justiz RS 0108456 wM). Lediglich eine nur wegen des Betriebsüberganges erfolgte Kündigung widerspricht daher dem Grundsatz des ex-lege-Übergangs des Arbeitsverhältnisses (vgl. OGH vom 01.02.2007, 9 ObA 16/06b).

....."

Mit Bescheid der Pensionsversicherungsanstalt vom 31.07.2019 wurde der Dienstnehmerin befristete Berufsunfähigkeitspension von 01.05.2019 bis 31.03.2020 zuerkannt.

Die belangte Behörde legte dem Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde samt dem Verwaltungsakt am 20.08.2019 zur Entscheidung vor.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat nach Beschlussfassung am 25.11.2019 erwogen:

1. Feststellungen:

Die Dienstnehmerin war seit 15.07.2016 auf Teilzeitbasis zu 25 Wochenstunden als Verkäuferin in der vom Dienstgeber geführten Tabaktrafik beschäftigt.

Am 17.09.2018 kündigte der Dienstgeber den Bestellvertrag für sein Tabakfachgeschäft zur Monopolverwaltung GmbH per 31.12.2018. Am 18.09.2018 bestätigte die Monopolverwaltung GmbH das Ende des Vertragsverhältnisses mit Ablauf des 31.12.2018. Der Dienstgeber trat mit 01.01.2019 die Erwerbsunfähigkeitspension an.

Am 19.09.2018 oder am 20.09.2018 sprach der Dienstgeber die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zur Dienstnehmerin mit Wirksamkeit 31.12.2018 aus.

Am 19.09.2018 stellte die Dienstnehmerin einen Antrag auf Feststellung der Zugehörigkeit zum Kreis der begünstigten Behinderten gemäß §§ 2 und 14 BEinstG.

Mit Bescheid des Sozialministeriumservice, Landesstelle Tirol, vom 06.11.2018 wurde auf Grundlage des diesbezüglichen Antrages der Dienstnehmerin vom 19.09.2018 festgestellt, dass die Dienstnehmerin ab 19.09.2018 dem Kreis der begünstigten Behinderten angehört, dies mit einem festgestellten Grad der Behinderung von 50 v.H.

Mit als Antrag auf "Aufhebung Kündigungsschutz" bezeichnetem Schreiben vom 29.11.2018, dieser Antrag in der Folge ergänzt durch Anwaltsschriftsatz vom 15.01.2019, beantragte der Dienstgeber beim Behindertenausschuss beim Sozialministeriumservice, Landesstelle Tirol, gemäß § 8 Abs. 2 BEinstG die nachträgliche Zustimmung zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung der begünstigten behinderten Dienstnehmerin bzw. in eventu die Zustimmung zu einer künftig auszusprechenden Kündigung der begünstigten behinderten Dienstnehmerin. Als Kündigungsgrund wurde in diesem Antrag geltend gemacht, dass der Dienstgeber aufgrund gesundheitlicher Einschränkungen mit 01.01.2019 seine unternehmerische Tätigkeit gänzlich einzustellen, die Führung der Tabaktrafik mit Ablauf des 31.12.2018 aufzukündigen und zwischenzeitig mit 01.01.2019 die Erwerbsunfähigkeitspension anzutreten gehabt habe. Der Dienstgeber habe ausschließlich aufgrund der bevorstehenden Betriebsschließung das Dienstverhältnis der Dienstnehmerin zum 31.12.2018 ordnungsgemäß aufzukündigen gehabt. Die Aufkündigung des Dienstverhältnisses der Dienstnehmerin seitens des Dienstnehmers sei daher ausschließlich durch die bereits festgestandene bevorstehende Betriebsschließung zum 31.12.2018 bedingt gewesen. Infolge der aufgezeigten Betriebsschließung zum 31.12.2018 sei damit aber auch die Möglichkeit jeder weiteren Tätigkeit der Dienstnehmerin beim Dienstgeber gänzlich entfallen und könne dem Dienstgeber somit im Sinne des § 8 Abs. 4 lit. a BEinstG die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht weiter zugemutet werden.

Am 07.12.2018 sprach der Dienstgeber die fristlose Entlassung der Dienstnehmerin aus, dies im Wesentlichen mit der Begründung, die Dienstnehmerin habe in der Tabaktrafik des Dienstgebers hinter dem Rücken und gegen den Willen des Dienstgebers selbstangefertigte Geschenkboxen ihrer Schwester verkauft.

Festgestellt wird weiters, dass die Dienstnehmerin beim Landesgericht Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht - protokolliert zur GZ. 46 Cga 105/18v - Klage gegen den Dienstgeber einerseits auf Feststellung, dass das Beschäftigungsverhältnis der Dienstnehmerin mit dem Dienstgeber über den 07.12.2018 hinaus fortbestehe (dieses

Klagebegehren richtet sich daher gegen die Rechtswirksamkeit der Entlassung am 07.12.2018), und andererseits auf Feststellung, dass das Beschäftigungsverhältnis über den 31.12.2018 hinaus fortbestehe (dieses Klagebegehren richtet sich daher gegen die Rechtswirksamkeit der zum 31.12.2018 ausgesprochenen Kündigung), erhob.

Festgestellt wird, dass dieses zur GZ. 46 Cga 105/18v protokollierte Verfahren im Rahmen einer mündlichen Verhandlung mit rechtskräftigem Beschluss des Landesgerichtes Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht vom 22.02.2019 hinsichtlich des Feststellungsbegehrens, dass das Beschäftigungsverhältnis der Dienstnehmerin zum Dienstgeber über den 31.12.2018 hinaus bestehe - dieses Feststellungsbegehren betrifft die Beurteilung der Rechtswirksamkeit der Kündigung -, unterbrochen wurde, dies mit der Begründung, die Frage, ob der Behindertenausschuss über den Antrag der Dienstnehmerin nachträglich die Zustimmung erteile oder nicht, sei eine Vorfrage, deren Beurteilung dem Gericht zwingend entzogen sei; die Parteienvertreter verzichteten diesbezüglich ausdrücklich auf ein Rechtsmittel. Hingegen wurde das zur GZ. 46 Cga 105/18v protokollierte Verfahren hinsichtlich des Feststellungsbegehrens, es möge festgestellt werden, dass das Beschäftigungsverhältnis der Dienstnehmerin über den 07.12.2018 hinaus fortbestehe - dieses Feststellungsbegehren betrifft die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der zum 07.12.2018 ausgesprochenen Entlassung -, fortgesetzt, die Verhandlung am 08.04.2019 nach Beweisaufnahme geschlossen und das Urteil iSd § 415 ZPO der schriftlichen Ausfertigung vorbehalten.

Darüber hinaus erhob die Dienstnehmerin beim Landesgericht Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht - protokolliert zur GZ. 46 Cga 21/19t - auch eine Klage gegen die nunmehrige (seit 04.02.2019 tätige) Betreiberin des Tabakfachgeschäftes auf Feststellung, dass ihr Beschäftigungsverhältnis als Angestellte der Tabaktrafik, welche nunmehr von der näher genannten Betreiberin des nächstgelegenen Tabakfachgeschäftes betrieben werde, über den 31.12.2018 mit der Beklagten als Arbeitgeberin fortbestehe, da ein Betriebsübergang auf die Beklagte stattgefunden habe. Diesem Feststellungsverfahren trat der Dienstgeber als Nebenintervenient bei.

Festgestellt wird, dass auch dieses Verfahren mit Beschluss des Landesgerichtes Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht vom 12.04.2019, GZ. 46 Cga 21/19t, bis zur rechtskräftigen Beendigung des Verfahrens 46 Cga 105/18v LG Innsbruck, somit bis zur rechtskräftigen Entscheidung über das Begehren auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis über den 07.12.2018 hinaus fortbestehe, als auch bis zur rechtskräftigen Entscheidung hinsichtlich des Feststellungsbegehrens, dass das Arbeitsverhältnis über den 31.12.2018 hinaus fortbestehe, gemäß § 190 Abs.1 ZPO unterbrochen wurde, dies im Wesentlichen mit der Begründung, die Frage, ob das Arbeitsverhältnis der Dienstnehmerin zum Dienstgeber durch Entlassung am 07.12.2018 bzw. allenfalls durch Kündigung zum 31.12.2018 wirksam beendet worden sei, stelle eine relevante Vorfrage dar.

Mit - dem nunmehr angefochtenen - Bescheid des Behindertenausschusses beim Sozialministeriumservice, Landesstelle Tirol, vom 24.06.2019 wurde spruchgemäß "das Verfahren auf nachträgliche Zustimmung zur Kündigung, in eventu auf Zustimmung zur Kündigung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die von der Dienstnehmerin als Klägerin gegen den Dienstgeber als Beklagten beim Landesgericht Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht eingebrachten Klagen wegen unrechtmäßiger Entlassung und auf aufrechten Bestand des Dienstverhältnisses in Zusammenhang mit einem Betriebsübergang {46 Cga 105/18v), gemäß § 38 AVG ausgesetzt".

2. Beweiswürdigung:

Die getroffenen Feststellungen gründen sich auf den Akteninhalt des vorgelegten Verwaltungsaktes und sind im Wesentlichen unstrittig.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu Spruchteil A)

§ 8 Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG) lautet:

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, der Behindertenvertrauensperson

(Stellvertreter) oder der Personalvertretung im Sinne des Bundes-Personalvertretungsgesetzes bzw. der entsprechenden landesgesetzlichen Vorschriften zugestimmt hat; dem Dienstnehmer kommt in diesem Verfahren Parteistellung zu. Eine Kündigung ohne vorherige Zustimmung des Behindertenausschusses ist rechtsunwirksam, wenn nicht in Ausnahmefällen nachträglich die Zustimmung erteilt wird. Diese Zustimmung ist nicht zu erteilen, wenn die Zugehörigkeit zum Personenkreis der begünstigten Behinderten die Folge eines Arbeitsunfalles gemäß § 175f des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955 ist. Ein Ausnahmefall, der die Zustimmung zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung rechtfertigt, ist dann gegeben, wenn dem Dienstgeber zum Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung nicht bekannt war und auch nicht bekannt sein musste, dass der Dienstnehmer dem Personenkreis der begünstigten Behinderten im Sinne des § 2 angehört. Abs. 4 und 4a sind anzuwenden.

(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.

(4a) Bei der Entscheidung über die Zustimmung zur Kündigung eines begünstigten Behinderten ist auch das Diskriminierungsverbot des § 7b Abs. 1 zu berücksichtigen.

(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.

(6) Abs. 2 bis 4 finden auf das Dienstverhältnis keine Anwendung,

a) wenn dem Behinderten als Mitglied des Betriebsrates (Jugendvertrauensrates) bzw. als Personalvertreter der besondere Kündigungsschutz auf Grund der §§ 120 und 121 des Arbeitsverfassungsgesetzes bzw. der in Ausführung der §§ 223 und 224 des Landarbeitsgesetzes 1984 erlassenen landesrechtlichen Vorschriften oder des § 27 Abs. 2 des Bundes-Personalvertretungsgesetzes und ähnlicher landesrechtlicher Vorschriften zusteht;

b) wenn das Dienstverhältnis zum Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung noch nicht länger als vier Jahre bestanden hat, es sei denn die Feststellung der Begünstigteneigenschaft erfolgt innerhalb dieses Zeitraumes, wobei während der ersten sechs Monate nur die Feststellung der Begünstigteneigenschaft infolge eines Arbeitsunfalles diese Rechtsfolge auslöst, oder es erfolgt ein Arbeitsplatzwechsel innerhalb eines Konzerns."

§ 28 Abs. 4 VwGVG lautet:

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

§ 38 AVG lautet:

"Sofern die Gesetze nicht anderes bestimmen, ist die Behörde berechtigt, im Ermittlungsverfahren auftauchende Vorfragen, die als Hauptfragen von anderen Verwaltungsbehörden oder von den Gerichten zu entscheiden wären, nach der über die maßgebenden Verhältnisse gewonnenen eigenen Anschauung zu beurteilen und diese Beurteilung ihrem Bescheid zugrunde zu legen. Sie kann aber auch das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage aussetzen, wenn die Vorfrage schon den Gegenstand eines anhängigen Verfahrens bei der zuständigen Verwaltungsbehörde bzw. beim zuständigen Gericht bildet oder ein solches Verfahren gleichzeitig anhängig gemacht wird."

Gegenstand des nunmehrigen Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht ist ausschließlich die Frage, ob die belangten Behörde berechtigt war, das Verfahren gemäß § 38 AVG auszusetzen.

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang hinsichtlich des Anfechtungsumfanges allerdings zunächst, dass der Bescheid der belangten Behörde vom 24.06.2019 vom Beschwerdeführer nur insoweit angefochten wurde, als seitens der belangten Behörde auch das Verfahren auf nachträgliche Zustimmung zur Kündigung, in eventu auf Zustimmung zur Kündigung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die von der Dienstnehmerin als Klägerin gegen den Dienstgeber als Beklagten beim Landesgericht Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht eingebrachte Klage auf aufrechten Bestand des Dienstverhältnisses im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang (GZ 46 Cga 150 18v), somit in Bezug auf das auf eine unwirksame Kündigung abstellende Verfahren ausgesetzt worden sei.

Nicht jedoch wurde der Bescheid vom 24.06.2019 hinsichtlich des Ausspruches über die verfügte Aussetzung des Verfahrens in Bezug auf die Entscheidung des LG Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht über die Feststellungsklage wegen unrechtmäßiger Entlassung angefochten, da, wie in der Beschwerde ausgeführt wird, eine gerechtfertigte Entlassung das gegenständlich in Rede stehende Dienstverhältnis wirksam beenden würde und somit eine rechtliche Vorfrage darstelle.

In Bezug auf diesen nicht angefochtenen Spruchteil des Bescheides der belangten Behörde vom 24.06.2019 ist dieser Bescheid daher in Rechtskraft erwachsen und nicht Gegenstand der Beurteilung im gegenständlichen Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht.

Verfahrensgegenständlich ist daher nur die Frage, ob die belangte Behörde berechtigt war, das Verfahren

* hinsichtlich der Beurteilung der Frage, ob das Beschäftigungsverhältnis der Dienstnehmerin zum Dienstgeber über den 31.12.2018 hinaus fortbesteht, ob also die am 19.09. oder 20.09.2018 zum 31.12.2018 ausgesprochenen Kündigung rechtswirksam war oder nicht (das diesbezügliche Feststellungsverfahren wurde zur GZ. 46 Cga 105/18v des Landesgerichtes Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht mit dessen rechtskräftigem Beschluss vom 22.02.2019 unterbrochen),

* sowie hinsichtlich der Beurteilung der Vorfrage, ob das Beschäftigungsverhältnis über den 31.12.2018 mit einer näher genannten Beklagten als Arbeitgeberin fortbesteht, ob daher ein Betriebsübergang auf diese Beklagte stattgefunden hat (das diesbezügliche Feststellungsverfahren wurde mit Beschluss des Landesgerichtes Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht vom 12.04.2019, GZ. 46 Cga 21/19t, bis zur rechtskräftigen Beendigung des Verfahrens 46 Cga 105/18v LG Innsbruck gemäß § 190 Abs.1 ZPO unterbrochen),

gemäß § 38 AVG auszusetzen, wobei dem Spruch des angefochtenen Bescheides nicht eindeutig zu entnehmen ist, ob das Verfahren tatsächlich auch hinsichtlich der Beurteilung der Frage, ob das Beschäftigungsverhältnis der Dienstnehmerin zum Dienstgeber über den 31.12.2018 hinaus fortbesteht, ob also die am 19.09. oder 20.09.2018 zum 31.12.2018 ausgesprochenen Kündigung rechtswirksam war oder nicht (das diesbezügliche Feststellungsverfahren wurde zur GZ. 46 Cga 105/18v des Landesgerichtes Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht mit dessen rechtskräftigem Beschluss vom 22.02.2019 unterbrochen), ausgesetzt wurde; diesbezüglich wird auf die nachfolgenden, unten angeführten Ausführungen verwiesen.

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 22.02.1990, ZI89/09/0096, ausgeführt hat, sind der Status eines begünstigten Behinderten und das Bestehen eines aufrechten Dienstverhältnisses des Behinderten, welches der Dienstgeber mittels Kündigung zu beenden beabsichtigt, nach der oben wiedergegebenen Gesetzesbestimmung des § 8 Abs. 2 BEinstG unabdingbare Voraussetzungen für den besonderen Kündigungsschutz bzw. die Durchführung eines diesbezüglichen Verfahrens. Die Verwaltungsbehörden müssen von Amts wegen und in jeder Lage des Verfahrens prüfen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind. Hierbei handelt es sich um eine

Prozessvoraussetzung. Gehört eine Person nicht mehr zum Kreis der begünstigten Behinderten oder ist das Dienstverhältnis, welches der Dienstgeber mittels Kündigung zu beenden beabsichtigt, nicht mehr aufrecht, so ist das Verfahren unzulässig, und es ist der Antrag des Dienstgebers zurückzuweisen.

Wie der Verwaltungsgerichtshof weiters in seinem Erkenntnis vom 27.01.2015, Ra 2014/11/0071, ausgeführt hat, ist die Frage des Bestandes oder Nichtbestandes des Dienstverhältnisses für die Behörde (und in der Folge für das Verwaltungsgericht) bei der Entscheidung darüber, ob die Zustimmung zur Kündigung nach § 8 BEinstG erteilt wird oder nicht, eine Vorfrage im Sinne des im Verfahren nach dem BEinstG anwendbaren § 38 AVG (vgl. auch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21. November 2006, Zl. 2005/11/0062, unter Hinweis auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25. September 1985, Zl. 84/09/0039), weil eine Kündigung eines Dienstverhältnisses das Bestehen eines solchen voraussetzt. Die Frage, ob eine Entlassung gerechtfertigt war und das Dienstverhältnis damit beendet wurde, ist daher für das ausgesetzte Verfahren präjudiziell. Ergibt sich im Verfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht, dass die Entlassung rechters war und das in Rede stehende Dienstverhältnis damit beendet wurde, wäre keine Grundlage mehr für die beantragte Zustimmung zur auszusprechenden Kündigung gegeben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zudem in seinem Erkenntnis vom 02.07.1996, Zl.96/08/0003, klargestellt, dass zur rechtsfeststellenden Entscheidung der Hauptfrage (welche im Verfahren auf Zustimmung zur Kündigung eines begünstigten Behinderten demnach eine Vorfrage im Sinne des § 38 AVG darstellt), ob ein Beschäftigungsverhältnis dem Behinderteneinstellungsgesetz unterliegt, ausschließlich die Arbeits- und Sozialgerichte zuständig sind.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 10.09.2019, Ra 2017/11/0039-10 darüber hinaus ausgeführt hat, ermöglicht der Zustimmungsbescheid nach § 8 Abs. 2 BEinstG die Kündigung durch den Dienstgeber zwar, ersetzt sie aber nicht. Weitergehende vertragliche oder gesetzliche Beschränkungen bleiben aufrecht (VwGH 26.2.2008, 2005/11/0088). Ob daher eine Kündigung nach anderen Bestimmungen zulässig ist oder nicht, ist nicht im Verfahren nach § 8 BEinstG zu klären.

Schließlich judiziert der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung, dass erst dann, wenn feststeht, dass einer künftigen Kündigung die Zustimmung zu erteilen gewesen wäre, zu prüfen ist, ob darüber hinaus auch die nachträgliche Zustimmung zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung zu erteilen gewesen wäre (vgl. etwa die Erkenntnisse vom 26. Februar 2008, Zl. 2006/11/0018, und vom 27. Februar 2004, Zl.2002/11/0056).

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann den Beschwerdeausführungen, wonach die Aussetzung des Verfahrens durch die belangte Behörde mangels Vorliegens einer Vorfrage iSd § 38 AVG - dies auch im Hinblick auf die Frage der Erteilung der nachträglichen Zustimmung zur Kündigung - zu Unrecht erfolgt sei, nicht gefolgt werden.

Dem Beschwerdeführer ist zwar zunächst dahingehend zuzustimmen, dass die belangte Behörde den Spruch des angefochtenen Bescheides insofern unpräzise formuliert hat, als spruchgemäß "das Verfahren auf nachträgliche Zustimmung zur Kündigung, in eventu auf Zustimmung zur Kündigung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die von der Dienstnehmerin S. als Klägerin gegen den Dienstgeber E. als Beklagten beim Landesgericht Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht eingebrachten Klagen wegen unrechtmäßiger Entlassung und auf aufrechten Bestand des Dienstverhältnisses in Zusammenhang mit einem Betriebsübergang {46 Cga 105/18v), gemäß § 38 AVG" ausgesetzt wurde, aber das Verfahren 46 Cga 21/19t LG Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht, das die Frage des Betriebsüberganges betrifft, im Spruch des angefochtenen Bescheides nicht ausdrücklich zitiert wird. Der Begründung des angefochtenen Bescheides ist diesbezüglich jedoch (zutreffend) zu entnehmen, dass die Frage, ob ein aufrechtes Dienstverhältnis zwischen dem Dienstgeber und der Dienstnehmerin besteht, ob also ein Betriebsübergang im Sinne des Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetzes (AVRAG) - diese Frage ist im Verfahren 46 Cga 21/19t LG Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht zu klären - erfolgt ist, für das anhängige Verfahren eine Vorfrage darstellt, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. In diesem Sinne war der Spruch des angefochtenen Bescheides entsprechend der nunmehrigen Spruchformulierung daher zu adaptieren.

Was allerdings die weiteren Beschwerdeausführungen betrifft, so ist nach § 38 AVG, sofern die Gesetze nicht anderes bestimmen, die Behörde - und gemäß § 17 VwGVG auch das Verwaltungsgericht - berechtigt, im Ermittlungsverfahren auftauchende Vorfragen, die als Hauptfragen von anderen Verwaltungsbehörden oder von den Gerichten zu entscheiden wären, nach der über die maßgebenden Verhältnisse gewonnenen eigenen Anschauung zu beurteilen und diese Beurteilung der eigenen Entscheidung zugrunde zu legen. Die Behörde bzw. das Verwaltungsgericht kann

aber auch das Verfahren "bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage aussetzen", wenn die Vorfrage schon den Gegenstand eines anhängigen Verfahrens bei der zuständigen Verwaltungsbehörde bzw. beim zuständigen Gericht bildet oder ein solches Verfahren gleichzeitig anhängig gemacht wird.

Auch ein gemäß § 190 Z 1 ZPO ruhendes Verfahren ist streitabhängig iSd § 233 ZPO, soweit seine Fortsetzung nicht ausgeschlossen ist (vgl. OLG Wien 16.04.2009, 1R73/09a). Das zur GZ. 46 Cga 21/19t LG Innsbruck gemäß § 190 Abs. 1 ZPO unterbrochene Verfahren auf Feststellung des Fortbestehens des Dienstverhältnisses über den 31.12.2018 hinaus, dies im Zusammenhang mit der Beurteilung der Frage, ob ein Betriebsübergang stattgefunden hat oder nicht, ist daher als Hauptfrage beim Landesgericht Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht anhängig iSd § 38 AVG. Lediglich der Vollständigkeit halber sei im Zusammenhang mit den beim Landesgericht Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht unterbrochenen Verfahren darauf hingewiesen, dass im Verwaltungsverfahren vor dem Behindertenausschuss gemäß § 8 BEinstG - anders als in § 190 Abs. 1 ZPO normiert ("Wenn die Entscheidung eines Rechtsstreites ganz oder zum Theile von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches Gegenstand eines anderen anhängigen gerichtlichen Verfahrens ist, oder welches in einem anhängigen Verwaltungsverfahren festzustellen ist, so kann der Senat anordnen, dass das Verfahren auf so lange Zeit unterbrochen werde, bis in Ansehung dieses Rechtsverhältnisses eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt.") - nicht das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festzustellen ist; lediglich ermöglicht der Zustimmungsbescheid nach § 8 Abs. 2 BEinstG, wie bereits oben ausgeführt, die Kündigung durch den Dienstgeber, ersetzt sie aber nicht.

Im gegenständlichen Fall sind nun insbesondere folgende Überlegungen entscheidungsrelevant:

Der Dienstgeber stützt sich in seinem Antrag an den Behindertenausschuss auf Zustimmung zur Kündigung der begünstigten behinderten Dienstnehmerin ausdrücklich und ausschließlich auf den Kündigungsgrund der Betriebsschließung zum 31.12.2018 sowie auf den Antritt seiner Erwerbsunfähigkeitspension seit 01.01.2019 und damit (ebenfalls ausdrücklich) auf den Kündigungsgrund des § 8 Abs. 4 lit a BEinstG, wonach dem Dienstgeber die Fortsetzung des Dienstverhältnisses insbesondere dann nicht zugemutet werden kann, wenn 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.

Im Zusammenhang mit diesem geltend gemachten Kündigungsgrund des Wegfalles des Tätigkeitsbereiches wegen Betriebsschließung kommt aber der Klärung der Frage, ob das Beschäftigungsverhältnis über den 31.12.2018 mit einer näher genannten Beklagten als Arbeitgeberin fortbesteht, ob also ein Betriebsübergang iSd § 3 AVRAG auf diese Beklagte stattgefunden hat (das diesbezügliche Feststellungsverfahren ist zur GZ. 46 Cga 21/19t beim Landesgericht Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht anhängig und wurde mit dessen Beschluss vom 12.04.2019 bis zur rechtskräftigen Beendigung des Verfahrens 46 Cga 105/18v LG Innsbruck gemäß § 190 Abs. 1 ZPO unterbrochen), entscheidungserhebliche Bedeutung zu. Ist es nämlich zu einem Betriebsübergang iSd § 3 AVRAG gekommen - die diesbezügliche Rechtsprechung des OGH lässt dies im gegebenen Zusammenhang keineswegs ausgeschlossen erscheinen -, wäre der Tätigkeitsbereich der begünstigten behinderten Dienstnehmerin nicht entfallen und wäre daher die Zustimmung zur Kündigung vom Behindertenausschuss im Rahmen des vom Dienstgeber geltend gemachten Kündigungsgrundes des Entfalles des Tätigkeitsbereiches gemäß § 8 Abs. 4 lit a BEinstG unter diesem Aspekt betrachtet mit maßgeblicher Wahrscheinlichkeit nicht zu erteilen, was in der Folge auch in Bezug auf die Frage der nachträglichen Zustimmung zur bereits ausgesprochenen Kündigung gilt; sollte es hingegen nicht zu einem Betriebsübergang iSd § AVRAG gekommen sein, würde dies die Möglichkeit zur - allenfalls auch nachträglichen - Zustimmung zur Kündigung auf Rechtsgrundlage des vom Dienstgeber geltend gemachten Kündigungsgrundes iSd § 8 Abs. 4 lit a BEinstG wegen Entfalles des Tätigkeitsbereiches der Dienstnehmerin eröffnen.

Diese Vorfrage hinsichtlich eines erfolgten Betriebsüberganges (und damit auch hinsichtlich der Frage des Bestehens oder Nichtbestehens eines Dienstverhältnisses über den 31.12.2018 hinaus) ist aber - insbesondere auch im Lichte der oben zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes - als Hauptfrage vom Arbeits- und Sozialgericht zu klären.

Wie bereits erwähnt, ist entsprechend der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes erst dann, wenn feststeht, dass einer künftigen Kündigung die Zustimmung zu erteilen gewesen wäre, zu prüfen, ob darüber hinaus auch die nachträgliche Zustimmung zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung zu erteilen gewesen wäre. (Auch) vor diesem Hintergrund ist im gegenständlichen Fall dem Umstand Beachtung zu schenken, dass der - für eine Aussetzung

des Verfahrens nach § 38 zweiter Satz AVG vorrangige - Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie dann von geringem Gewicht ist, wenn die Behörde nach dem Stand ihres Verfahrens, insbesondere auf Grund der ihr vorliegenden Ermittlungsergebnisse ohne Weiteres zur selbständigen Beurteilung der Vorfragen in der Lage ist (siehe beispielsweise die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 03.06.1997, Zl. 97/08/0137, und vom 07.04.1992, Zl.91/11/0155, mit weiteren Hinweisen). Das Bundesverwaltungsgericht vermag jedoch nicht zu erkennen, dass die belangte Behörde von ihrem Ermessen nicht im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht hätte.

Wie aus dem vorgelegten Verwaltungsakt hervorgeht - auch in der Beschwerde werden diesbezüglich keine abweichenden Ausführungen getätigt -, hat bei der belangten Behörde keine nähere inhaltliche Auseinandersetzung mit den für die Beurteilung eines Betriebsüberganges zu klärenden Kriterien - ob eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit, deren Tätigkeit nicht nur auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens beschränkt ist, betroffen ist sowie ob diese wirtschaftliche Einheit auf den neuen Betreiber übergegangen ist, wobei die Beurteilung dieser Frage unter Berücksichtigung verschiedener Kriterien zu erfolgen hat, und zwar

- 1) der Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes,
 - 2) des Übergangs der materiellen Betriebsmittel, wie etwa der Gebäude und beweglichen Güter, sowie der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Überganges
 - 3) des Überganges von wesentlichen Teilen der Belegschaft auf den neuen Inhaber
 - 4) des etwaigen Übergangs von Kunden und Kundenbeziehungen
 - 5) des Grades der Ähnlichkeit der vor und nach Übergang verrichteten Tätigkeiten und
 - 6) der Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit
- stattgefunden.

Auf Grund der Komplexität dieser im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren zu einem Betriebsübergang zu klärenden Fragen und den damit allenfalls verbundenen erforderlichen Ermittlungen zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes erweist sich die diesbezügliche Aussetzung des Verfahrens als nicht rechtswidrig, zumal die belangte Behörde auf Grund der ihr vorliegenden Ermittlungsergebnisse keineswegs ohne Weiteres zur selbständigen Beurteilung dieser Vorfrage in der Lage war. Es bestehen somit keine Bedenken dagegen, dass aus Gründen der Verfahrensökonomie von der Möglichkeit, das Verfahren auszusetzen, Gebrauch gemacht worden ist.

Mit der Entscheidung des Arbeits- und Sozialgerichtes über die Frage eines Betriebsüberganges wird im Sinne obiger Ausführungen die Möglichkeit des Behindertenausschusses zur Entscheidung über die Zustimmung zur künftig auszusprechenden Kündigung bzw. nachfolgend über die nachträgliche Zustimmung zur bereits ausgesprochenen Kündigung - eine bereits ausgesprochene Kündigung eines begünstigten Behinderten ist, solange die Zustimmung des Behindertenausschusses nicht erteilt wurde, schwebend unwirksam - im Rahmen des vom Dienstgeber geltend gemachten Kündigungsgrundes des Entfalles des Tätigkeitsbereiches wiedereröffnet. Unter diesem Gesichtspunkt der dann wieder gegebenen "Handlungsfähigkeit" der belangten Behörde war bzw. ist aber das gegenständliche nach dem BEinstG geführte Verfahren von der belangten Behörde nicht iSd § 38 AVG in jenem Teilbereich auszusetzen, der die Entscheidung im beim Landesgericht Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht anhängigen und mit Beschluss vom 22.02.2019 unterbrochenen Feststellungsverfahren 46 Cga 105/18v betrifft hinsichtlich der Beurteilung der Frage, ob das Beschäftigungsverhältnis der Dienstnehmerin zum Dienstgeber über den 31.12.2018 hinaus fortbesteht, ob also die am 19.09. oder 20.09.2018 zum 31.12.2018 ausgesprochenen Kündigung rechtswirksam war oder nicht.

Was die Formulierung im nunmehr adaptierten Spruch betrifft, das Verfahren auf nachträgliche Zustimmung zur bereits ausgesprochenen Kündigung, in eventu auf Zustimmung zur künftig auszusprechenden Kündigung werde bis "zu den erstgerichtlichen inhaltlichen Entscheidungen" ausgesetzt, so gründet sich diese Formulierung auf den Umstand, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem bereits oben zitierten Erkenntnis vom 27.01.2015, Ra 2014/11/0071, ausgeführt hat, dass gemäß § 61 Abs. 2 ASGG das (erste) erstgerichtliche Urteil, auch wenn es inzwischen aufgehoben oder durch ein anderes Urteil ersetzt worden ist, bis zur Beendigung des Verfahrens weiter wirkt, soweit die Parteien nichts anderes vereinbaren oder nach Abs. 4 anderes angeordnet ist. Wie sich aus den Materialien schon zur Stammfassung des § 61 ASGG, aber auch zur NovelleBGBl. Nr. 408/1990 zweifelsfrei ergibt, sollte das (erste) erstgerichtliche (Feststellungs)Urteil über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses sofort verbindlich sein und diese Verbindlichkeit auch im Falle einer Aufhebung durch das Berufungsgericht bis zur Beendigung des

Verfahrens behalten. Im AB zur Stammfassung (vgl. oben Pkt. 1.2.1.2.) kommt dies darin zum Ausdruck, dass man ganz bewusst vorsehen wolle, dass "das erstinstanzliche Urteil die Rechtslage für die Dauer des gesamten Rechtsmittelverfahrens bis zur Rechtskraft festlegt". Daraus folgt aber, dass während des Zeitraums der Verbindlichkeit des erstgerichtlichen Urteils eine abweichende Beurteilung der im Urteil getroffenen Feststellung (über den Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses; Z. 1) durch andere Behörden und Gerichte ausgeschlossen sein sollte, dies ungeachtet des Umstands, dass die das Rechtsmittelverfahren beendende Entscheidung allenfalls eine andere Beurteilung als das erstgerichtliche Urteil vornehmen könnte. Dem entspricht auch die Judikatur des Obersten Gerichtshofes, wonach dann, wenn ein (vorläufig) verbindliches Urteil über den aufrechten Fortbestand des Arbeitsverhältnisses vorliegt, diese Entscheidung einem Leistungsbegehren des Dienstnehmers zugrunde zu legen ist, sodass den Voraussetzungen einer Unterbrechung wegen Präjudizialität "bis zur formell und materiell rechtskräftigen Entscheidung" im Vorprozess die verfahrensrechtliche Grundlage entzogen ist (vgl. den Beschluss vom 20. April 1994, 9 Ob A 37/94). Diese Auffassung wird auch in der Lehre vertreten (vgl. Konecny, Wirkungen erstinstanzlicher Urteile in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten gemäß § 61 ASGG, ZAS 1986 155 (163); Grießer, Zur Wirkung klagsabweisender Urteile gem § 61 Abs. 1 ASGG, RdA 1997 10ff). Es gibt keinen Hinweis darauf, dass die in § 61 ASGG normierte Verbindlichkeit erstgerichtlicher Urteile auf bestimmte Verfahren beschränkt sein und nicht auch Verfahren nach § 8 Abs. 4 BEinstG erfassen sollte.

Daraus folgt, dass der Behindertenausschuss bzw. das Verwaltungsgericht die Verbindlichkeit bereits einer erstgerichtlichen Feststellung über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu beachten und diese Feststellung der eigenen rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen hat, solange das noch anhängige Verfahren zur Wirksamkeit der (diesem Erkenntnis des VwGH zu Grunde liegenden) Entlassung noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist. Für eine eigenständige Beurteilung der Vorfrage ist in einem solchen Fall - wenn also eine erstgerichtliche (wenn auch nicht rechtskräftige) Feststellung über den Fortbestand eines Ar

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at