jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 1997/4/22 95/08/0039

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 22.04.1997

Index

68/01 Behinderteneinstellung;

Norm

BEinstG §6 Abs1;
BEinstG §7;
BEinstG §8 Abs2;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Knell und die Hofräte Dr. Müller, Dr. Novak, Dr. Sulyok und Dr. Nowakowski als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Hackl, über die Beschwerde des K in W, vertreten durch Dr. G, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid der Berufungskommission beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales vom 7. Oktober 1994, Zl. 42.024/113-6a/93, betreffend Erteilung der Zustimmung zu einer Kündigung gemäß § 8 Behinderteneinstellungsgesetz (mitbeteiligte Partei: X-AG in W, vertreten durch Dr.H, Rechtsanwalt in W), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird insoweit, als damit der Berufung des Beschwerdeführers gegen den Bescheid des Behindertenausschusses für Wien beim Landesinvalidenamt für Wien, Niederösterreich und Burgenland vom 12. Februar 1993 nicht Folge gegeben und der Ausspruch, einer erst auszusprechenden Kündigung werde die Zustimmung erteilt, bestätigt wurde, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund (Bundesminister für Arbeit, Gesundheit und Soziales) hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 11.120,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der 1944 geborene Beschwerdeführer ist seit 1967 bei der mitbeteiligten Versicherungsgesellschaft beschäftigt, wo er bis 30. April 1972 im Büroinnendienst verwendet wurde und seither (mit einer Unterbrechung vom 1. April 1975 bis zum 31. Mai 1977, während der er wieder im Innendienst tätig war) mit der Werbung und Betreuung von Kunden im Außendienst befaßt war. Von Ende 1989 bis Ende März 1993 befand sich der Beschwerdeführer in einem mit einer Ausnahme (September/Oktober 1991) im wesentlichen nur durch Urlaube unterbrochenen Krankenstand. 1991 und 1992 von ihm eingebrachte Klagen gegen die Mitbeteiligte (betreffend Urlaubsentgelte, Krankenstandsentgelte, betriebliche Fürsorgeleistungen und Provisionen) und die Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten (wegen Gewährung der Berufsunfähigkeitspension) blieben erfolglos.

Am 20. März 1992 beantragte der Beschwerdeführer beim Landesinvalidenamt für Wien, Niederösterreich und

Burgenland unter Hinweis auf seine unmittelbar bevorstehende Kündigung die Feststellung seiner Zugehörigkeit zum Personenkreis der begünstigten Behinderten. Am 27. März 1992 sprach die Mitbeteiligte die Kündigung des Beschwerdeführers zum 30. September 1992 aus. Mit Bescheid vom 1. Juni 1992 stellte das Landesinvalidenamt fest, der Beschwerdeführer gehöre dem Kreis der begünstigten Behinderten mit einem Grad der Behinderung von 70 v.H. an. Diese Feststellung gründete sich auf die Diagnose eines Schreibkrampfes im Rahmen einer Neurose, einer Herzhypertrophie und einer Fettleber.

Am 27. Juli 1992 beantragte die Mitbeteiligte beim Landesinvalidenamt die nachträgliche Zustimmung zu der am 27. März 1992 ausgesprochenen Kündigung und begründete dies damit, daß der Beschwerdeführer zwischen dem 18. Dezember 1989 und dem 15. Juli 1992 wegen langdauernder und häufiger Krankenstände nur an insgesamt 24 Arbeitstagen für Arbeitsleistungen zur Verfügung gestanden sei. In der mündlichen Verhandlung am 17. September 1992 beantragte die Mitbeteiligte in der Form eines Eventualantrages ausdrücklich auch die Zustimmung zu einer erst auszusprechenden Kündigung. Mit Bescheid vom 12. Februar 1993 sprach der Behindertenausschuß beim Landesinvalidenamt für Wien, Niederösterreich und Burgenland aus, daß die nachträgliche Zustimmung zu der am 27. März 1992 ausgesprochenen Kündigung nicht erteilt, einer auszusprechenden Kündigung aber zugestimmt werde. Gegen diesen Bescheid erhoben sowohl der Beschwerdeführer als auch die Mitbeteiligte Berufung.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde beiden Berufungen nicht Folge. In der Bescheidbegründung übernahm sie zunächst "von der Behörde erster Instanz die Feststellungen über den Gesundheitszustand (des Beschwerdeführers) und seine Leistungsfähigkeit für den Zeitraum vor der Bescheiderlassung" (am 12. Februar 1993). Nach dem Inhalt dieser Feststellungen (soweit sie von der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid wiedergegeben wurden) sei der Beschwerdeführer der Mitbeteiligten seit 18. Dezember 1989 nur an 24 Arbeitstagen zur Arbeitsleistung zur Verfügung gestanden, wobei er vom 1. Mai 1989 bis zum 30. Juni 1990 eine befristete Berufsunfähigkeitspension bezogen habe. Durch die lange krankheitsbedingte Abwesenheit des Beschwerdeführers sei sein Kundenstock größtenteils verloren gegangen. Der Beschwerdeführer habe sich auch zu einem Einsatz im Innendienst bereit erklärt, aber noch keinen diesbezüglichen Arbeitsversuch unternommen. Es bestehe bei ihm eine Mischneurose mit phobischen und neurasthenischen Elementen, eine latente Neigung zu Zwangsgedanken und -handlungen und eine "Tendenz zu Konversion bzw. körperbetonter Symptomatik". Dies bei zur Zeit der Bescheiderlassung (in erster Instanz) gedrückter Stimmungslage. Bei zugrundeliegender gut durchschnittlicher intellektueller Begabung sei die Konzentrationsfähigkeit aufgrund der psychischen Problematik bei längerfristiger Beanspruchung deutlich gemindert. Der Beschwerdeführer könne daher nicht die seiner Begabung entsprechende Leistung erbringen. Er sei für alle Arbeiten geeignet, bei welchen er nicht schreiben müsse. Die Intensität seines Schreibkrampfes sei gleichbleibend und nur gering von Streßbelastungen abhängig. Mit einer Besserung des Zustandsbildes sei eher nicht zu rechnen. Nach dem Ergebnis der psychologischen Beurteilung sei bei jeglicher beruflicher Tätigkeit, welche für den Beschwerdeführer mit Belastungen und subjektiven Widerständen einhergehe, mit einer Leistungsminderung durch Konzentrationsmangel und das Auftreten neurotischer Symptome zu rechnen. Ein "neuerlicher Arbeitsversuch" erscheine "nicht ratsam". Der Beschwerdeführer sei ledig und habe keine Sorgepflichten oder außergewöhnliche Belastungen.

Diese aus dem erstinstanzlichen Bescheid übernommenen Feststellungen ergänzte die belangte Behörde auf der Grundlage ergänzender Zeugen- und Urkundenbeweise sowie des Gutachtens eines Sachverständigen für das Versicherungswesen durch die Feststellung eines "ergänzenden Sachverhalts" (Seite 6 bis 14 des angefochtenen Bescheides), wobei aus den Rechtsausführungen im angefochtenen Bescheid hervorgeht, daß die belangte Behörde im Hinblick auf die Berufungsbehauptung des Beschwerdeführers, sein Gesundheitszustand habe sich gebessert und er fühle sich wieder arbeitsfähig, auch "meinte abwarten zu müssen", ob der Beschwerdeführer tatsächlich "in der Lage sei, zur Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses auch adäquate eigene Leistungen zu erbringen", und mit den diesbezüglichen Feststellungen der "weiteren Entwicklung des Arbeitsverhältnisses" nach der Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides Rechnung tragen wollte (Seite 17 des angefochtenen Bescheides).

Im einzelnen gliedern sich die ergänzenden Feststellungen der belangten Behörde in drei Themenbereiche:

In einem ersten Teil werden allgemein und (mit einer Ausnahme) ohne Bezugnahme auf die Verfahrensparteien Feststellungen darüber getroffen, worin die "Aufgaben eines Versicherungsmitarbeiters im Außendienst" bestünden, wie diese Tätigkeit organisiert und bewertet und nach welchen Gesichtspunkten seitens der Versicherungsunternehmen über die Aufrechterhaltung solcher Dienstverhältnisse entschieden werde (Seite 6 bis 10

oben des angefochtenen Bescheides). Danach bestehe - verkürzt wiedergegeben - die Akquisitionstätigkeit des Außendienstmitarbeiters in der Veranlassung, Entgegennahme und Einreichung von Versicherungsanträgen der Kunden, wozu es ständig zu aktualisierender Kenntnisse der Tarife, Bedingungen und dergleichen bedürfe. Hiezu würden von Versicherungsunternehmen üblicherweise Schulungen veranstaltet und die Außendienstmitarbeiter durch einen Fachaußendienst und einen Fachinnendienst unterstützt. Bei "vielen Versicherungen" werde dem Außendienstmitarbeiter "meist vor dem Jahresende für das kommende Jahr eine sogenannte Produktionsverpflichtung erteilt", was bedeute, daß ihm "nach allgemeinen Branchenkenntnissen und den jeweiligen Kostenerfordernissen vorgegeben" werde, "welche Produktion für das kommende Jahr" in den einzelnen Versicherungssparten "zu erbringen" sei. Der Anstellung liege "meistens ein relativ bescheidenes Grundgehalt" zugrunde. Der Außendienstmitarbeiter solle sich ein höheres Einkommen dadurch verdienen, daß er durch vermehrten Fleiß und Arbeitseinsatz zu höheren Abschlüssen und damit zu höheren Provisionen komme, woraus üblicherweise sein "Haupteinkommen" resultiere (mit Einzelheiten über Abschluß- und Folgeprovisionen und das Erfordernis einer ständigen Kundenbetreuung in bestimmten Versicherungssparten). Bei kurzfristiger Verhinderung eines Außendienstmitarbeiters werde "darauf geachtet, daß der Kundenstock eines Mitarbeiters nicht von einem anderen Mitarbeiter angetastet" werde. Bei längerdauernder Erkrankung oder Ausfall eines Außendienstmitarbeiters würden Aufträge zur Konvertierung von Verträgen an andere Mitarbeiter weitergegeben, wobei dem bisherigen Mitarbeiter die Provision bis zum natürlichen Ablauf des von ihm vermittelten Vertrages gewahrt bleibe, es aber auch üblich sei, daß Provisionen im Interesse eines reibungslosen Übergangs des Kundenstocks von einem ausscheidenden auf einen anderen Außendienstmitarbeiter geteilt würden. Ein "Kundenstockschutz im eigentlichen Sinn" bestehe üblicherweise nicht.

Bei der Leistungsbeurteilung würden (mit unterschiedlicher Gewichtung der einzelnen Versicherungssparten) das Prämienaufkommen und die Zahl der vermittelten Verträge berücksichtigt und "oft auch nach dem sogenannten Kostensatz vorgegangen". Für eine Versicherungsgesellschaft sei ein Außendienstmitarbeiter "überhaupt erst tragbar", wenn die "bewertete" Prämie "weit höher" sei als der "sogenannte Kostensatz" (die "Aufwendungen der Gesellschaft"). Ganz allgemein und ohne auf eine bestimmte Gesellschaft einzugehen "sollte" nach der von der belangten Behörde übernommenen Auffassung des von ihr beigezogenen Sachverständigen "auf einen Kostensatz von 50 % abgestellt werden". Nach einem längeren Krankenstand werde üblicherweise für einen Zeitraum von drei bis sechs Monaten "in Kauf genommen", daß der Kostensatz "noch nicht bei 50 %" (gemeint offenbar: darüber) liegt. In den meisten Fällen werde bei einem längeren Krankenstand "unter Beobachtung der vor und nach dem Krankenstand erbrachten Leistungen die Beurteilung vorgenommen, ob ein solches Dienstverhältnis weiterhin aufrechterhalten werden soll". Bei einem Kostensatz von 100 % entstehe "erst eine Pattsituation, d. h., daß die Versicherung gerade noch ohne Verlust aussteigt". Ein Kostensatz von über 500 % würde "regelmäßig zur Auflösung des Dienstverhältnisses zum nächstmöglichen Termin führen". Die "Bewertung des Kostensatzes" (richtig nach der entsprechenden Stelle auf Seite 5 der Verhandlungsschrift vom 7. Oktober 1994:

die Bewertung der Einzelprämie bei der Verkaufsleistung) erfolge "in allen Versicherungsgesellschaften" (richtig nach der zitierten Stelle in der Verhandlungsschrift: für alle Mitarbeiter einer Gesellschaft) "einheitlich". Die "Produktionsverpflichtung" sei "ident mit der bewerteten Prämie" und bringe zum Ausdruck, welche Leistung "vom Außendienstmitarbeiter erwartet" werde. Reine Konvertierungen würden in der Verkaufsleistung üblicherweise nicht berücksichtigt.

In bezug auf den Beschwerdeführer enthält dieser Teil der Feststellungen den Satz, das ihm "gewährte Grundgehalt von S 26.550,-- brutto 15 mal jährlich" sei "als ein nicht übliches besonders hohes Fixum zu betrachten". Die weiteren Ausführungen des Sachverständigen zur Auswirkung dieses Fixums auf den "Kostensatz" des Beschwerdeführers (vgl. Seite 4 f der Verhandlungsschrift vom 7. Oktober 1994) wurden in die ergänzenden Feststellungen der belangten Behörde nicht übernommen.

Ein zweiter Teil der ergänzenden Feststellungen befaßt sich - im wesentlichen ohne Bezugnahme auf den Beschwerdeführer - damit, wie die Tätigkeit der Außendienstmitarbeiter bei der Mitbeteiligten organisiert sei (Seite 10 f des angefochtenen Bescheides). Danach bestehe bei der Mitbeteiligten "zwar ein Vertragsschutz, aber kein Kundenschutz", was bedeute, daß auch andere Mitarbeiter Verträge mit den Kunden eines Außendienstmitarbeiters abschließen und die Provisionen aus diesen neuen Verträgen vereinnahmen dürften. Den Mitarbeitern stünden ein Tarifbuch, Kundenlisten und andere Unterlagen zur Verfügung. Ein "besonderes Schulungssystem" gebe es nur

während der ersten 18 Monate der Verwendung eines Außendienstmitarbeiters, es gebe aber schriftliche Informationen für Außendienstmitarbeiter und regelmäßige Geschäftsstellenbesprechungen (näher dargestellt), die der Beschwerdeführer "hätte besuchen können". Auch die Möglichkeit, gegen entsprechende Kostenbeteiligung einen Laptop zu bekommen, habe für den Beschwerdeführer bestanden. Einen diesbezüglichen Antrag habe er aber nicht gestellt.

Schließlich stellte die belangte Behörde in einem dritten Teil ihrer ergänzenden Feststellungen die Entwicklung des Arbeitsverhältnisses des Beschwerdeführers von Ende 1989 bis Oktober 1994 dar. Dieser Teil der ergänzenden Feststellungen lautet:

"K weist seit Ende 1989 folgende Krankenstands-, Urlaubs- und Arbeitstage auf:

18.12.1989 - 29.1.1990	Urlaub
30.1.1990 - 20.5.1990	Krankenstand
21.5.1990 - 24.6.1990	Urlaub
25.6.1990 - 31.7.1990	Krankenstand
1.8.1990 - 26.8.1990	Urlaub
27.8.1990 - 4.9.1990	Krankenstand
5.9.1990 - 13.9.1990	Urlaub
14.9.1990 - 18.10.1990	Krankenstand
19.10.1990 - 5.11.1990	Urlaub
6.11.1990 - 20.12.1990	Krankenstand
21.12.1990 - 7.1.1991	Urlaub
8.1.1991 - 27.3.1991	Krankenstand
28.3.1991 und 29.3.1991	gesund gemeldet (es handelte sich um den Gründonnerstag und den Karfreitag, die bei der AS dienstfrei waren)
30.3.1991 - 1.4.1991	zwar gesund gemeldet, aber tatsächlich Osterwochenende
2.4.1991 - 29.8.1991	Krankenstand
30.8.1991 - 20.9.1991	Urlaub
23.9.1991 - 23.10.1991	Arbeitszeit
24.10.1991 - 12.12.1991	Krankenstand
13.12.1991 - 10.1.1992	Urlaub
13.1.1992 - 15.4.1992	Krankenstand
16.4.1992 - 4.5.1992	Urlaub
5.5.1992 - 4.6.1992	Krankenstand
5.6.1992 - 22.6.1992	Urlaub
23.6.1992 - 9.7.1992	Krankenstand

10.7.1992 - 17.7.1992	Urlaub
18.7.1992 - 15.11.1992	Krankenstand
16.11.1992 - 23.11.1992	Urlaub
24.11.1992 - 17.12.1992	Krankenstand
18.12.1992 - 11.1.1993	Urlaub
12.1.1993 - 31.3.1993	Krankenstand
1.4.1993 - 7.4.1993	Arbeitstage
8.4.1993 - 19.4.1993	Urlaub
20.4.1993 - 26.4.1993	Arbeitstage
27.5.1993 - 15.6.1993	Urlaub
16.6.1993 - 30.7.1993	Arbeitstage
31.7.1993 - 24.8.1993	Urlaub

(Vgl. Aufstellung im Schriftsatz der AS vom 11.10.1993, der

inhaltlich nicht bestritten wurde.)

25.8.1993 - 20.3.1994	Arbeitstage
21.3.1994 - 4.4.1994	Krankenstand
5.4.1994 - 2.5.1994	Arbeitstage
3.5.1994 - 31.5.1994	Krankenstand
1.6.1994 - 7.8.1994	Arbeitstage
8.8.1994 - 4.9.1994	Urlaub

Seither bis zur mündlichen Verhandlung vom 7.10.1994 wieder Arbeitstage.

(Vgl. Anwesenheitskartei als Beilage der Verhandlungsschrift vom 7.10.1994).

Im Jahr 1993 brachte K der AS eine gewertete Verkaufsleistung von 1.310 S im Jahr, was einen Kostensatz von

33.394 % zufolge hatte. Vom 1.1.1994 bis einschließlich August 1994 brachte K der AS eine gewertete Verkaufsleistung von 35.619 S, was einen Kostensatz von 975 % zufolge hatte. Wenn man nur das erste Quartal 1994 ansieht, so ergibt sich eine gewertete Verkaufsleistung von 29.709 S und einen Kostensatz von 552 %. Im Unternehmen der AS gilt ein Mitarbeiter als produktiv, wenn sein Kostensatz unter 30 % liegt (vgl. Schriftsatz der antragstellenden Partei vom 11.10.1993, Seite 8). Wie bereits ausgeführt, ist allgemein ein Mitarbeiter als produktiv anzusehen, wenn sein Kostensatz unter 50 % liegt (Gutachten des SV Dr. F).

Seit Wiederbeginn seiner Berufstätigkeit im April 1993 hat K einen solchen Kostensatz nicht erreicht. Während der krankheitsbedingten Abwesenheit Ks von der AS im Zeitraum Ende 1989 bis 31.3.1993 mußten seine Kundenkontakte von anderen Mitarbeitern weitergeführt werden, insbesondere von F und von H. F und H hatten den Auftrag, ablaufende Verträge Ks zu konvertieren. Gegenüber den Kunden sagte F, daß K krankheitsbedingt nicht arbeiten könne und auch nicht mehr kommen werde. Als H Konvertierungsmaterial von K zur Bearbeitung erhielt, sagte ihm sein unmittelbarer Vorgesetzter, K sei krankheitsbedingt abwesend und werde vermutlich nicht mehr kommen. Über die genauen Hintergründe war H damals nicht informiert (Aussagen von F und H je am 8.6.1994).

Auch Z bekam Konvertierungsmaterial Ks zur Bearbeitung. O konvertierte aus Anlaß der Anmeldung eines Traktors eine Haushaltsversicherung aus dem Kundenstock Ks (O und Z am 9.6.1994). Zwischen Frühjahr und Sommer 1993 wurde K sein Material wieder zurückgegeben (Zeuge Dr. X, Z, F). K wurde nach dem 1.4.1993 genauso wie alle anderen Außendienstmitarbeiter mit den üblichen Informationen versehen. Daß er informationsmäßig benachteiligt worden wäre, kann nicht festgestellt werden.

Da K eine organisatorische Unterstützung, nämlich eine Servicierung durch den Innendienst wünschte, und dies in der

Landesdirektion der AS nicht möglich war, wurde er an die nächstgelegene Geschäftsstelle außerhalb Wiens, nämlich nach Klosterneuburg überstellt. Im Außendienst arbeitet er jetzt mit dem Dienstnehmer der AS H zusammen. Die Zusammenarbeit verläuft so, daß K sein Material sichtet und H ersucht, beim Kundenbesuch das Kundengespräch mit ihm gemeinsam zu führen. Das Kundengespräch wird vornehmlich von H bestritten, K steuert jedoch wesentliche Beiträge bei und stellt aufgrund seiner großen Erfahrung eine wertvolle Ergänzung im Kundengespräch dar. Die Initiative zur Zusammenarbeit zwischen H und K geht von K aus. K ist im Kontakt mit Kunden sehr genau, korrekt, pünktlich und höflich.

Wenn F über den September 1993 hinaus noch einzelne Verträge aus Ks Kundenstock weiterbearbeitet, so ist dies zwar störend, hat aber keinen wesentlichen Einfluß auf die Arbeit Ks (Zeuge H).

K meinte, daß er von der AS benachteiligt werde. Deswegen begleitete er eine Kundin am 15.3.1993 in die Landesdirektion, die sich beschweren wollte. Ein derartiges Verhalten eines Außendienstmitarbeiters ist völlig unüblich und fördert auch das Vertrauen zwischen dem Versicherungsunternehmen und den Kunden nicht. Dieses Verhalten wurde K dementsprechend in Anwesenheit des Betriebsrates vorgehalten (Zeuge Dr. X).

Daß die AS für den Zeitraum der krankheits- und urlaubsbedingten fast dauernden Abwesenheit Ks im Zeitraum vom Dezember 1989 bis Ende März 1993 andere Außendienstmitarbeiter mit der Betreuung des Kundenstocks Ks betraut hat, ist aus der Sicht des Versicherungswesens als eine erforderliche Maßnahme eines verantwortlichen Versicherungsunternehmens anzusehen. Durch den verhältnismäßig starken Konsum von Urlaub liegt bei K erst ab Ende September 1993 wieder eine kontinuierliche und konstruktive Tätigkeit eines Außendienstmitarbeiters vor (Sachverständiger Dr. F). Trotz dieser kontinuierlichen und konstruktiven Tätigkeit ist aber der Kostensatz noch immer so ungünstig, daß ihn jedes Versicherungsunternehmen zum nächsten Zeitpunkt kündigen würde (SV Dr. F).

In rechtlicher Hinsicht beurteilte die belangte Behörde den Sachverhalt - abgesehen von den Ausführungen zur Abweisung der Berufung der Mitbeteiligten - wie folgt:

"K war durch mehr als 3 Jahre fast ununterbrochen von seinem Arbeitsplatz abwesend und konnte seinen Kundenstock nicht betreuen. Während dieses Krankenstandes nahm er immer wieder Urlaub, woraus geschlossen werden kann, daß ihm die Betreuung seines Kundenstockes nicht übermäßig wichtig war. Dazu kommt noch, daß K sich gerade an bei der AS dienstfreien Tagen wie Gründonnerstag und Karfreitag wieder zur Arbeit gemeldet hat, er aber sofort nach Ablauf der Osterfeiertage wieder in Krankenstand ging. Ein solches Verhalten wird von vielen Arbeitgebern und auch den Mitarbeitern dieser Arbeitgeber als Provokation angesehen und ist der Vertrauensbasis, die die Grundlage jedes Dauerschuldverhältnisses, also auch des Arbeitsvertrages, sein muß, abträglich.

Da K in seiner Stellungnahme zum Kündigungsbegehren und in seiner Berufung gegen den Bescheid erster Instanz behauptete, daß sich sein Gesundheitszustand gebessert habe und er sich jetzt wieder arbeitsfähig fühle, meinte die Berufungskommission noch abwarten zu müssen, ob K in der Lage sei, zur Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses auch adäquate eigene Leistungen zu erbringen. Wie sich aber aus der weiteren Entwicklung des Arbeitsverhältnisses ergibt, war K - aus welchen Gründen immer - nicht in der Lage, der AS so viele Kunden zuzuführen, daß er in irgendeinem Zeitraum nach der Wiederaufnahme seiner Arbeitstätigkeit im Jahr 1993 einen Kostensatz erreicht hätte, der aus der Sicht des Versicherungswesens als adäquat anzunehmen ist. Die Berufungskommission ist der Meinung, daß K, wenn sein Arbeitsverhältnis aufrecht erhalten werden sollte, zumindest den vom SV Dr. F genannten Kostensatz von 50 % in etwa erreichen müßte, auch wenn man nicht einen Kostensatz - wie üblicherweise bei der Antragstellerin - von bloß 30 % zugrundelegt. Da K diesen Kostensatz aber um das 10-fache überschreitet, und auch ein Dienstvertrag mit einem Außendienstmitarbeiter einer Versicherung als synallagmatisches Verhältnis angesehen werden muß, würde die AS, auf die auch im Rahmen des EU-Beitrittes eine stärkere Konkurrenz und damit eine ungünstigere Kostensituation zukommt, auf Dauer geschädigt werden.

Es überwiegt somit im vorliegenden Fall das Auflösungsinteresse der AS gegenüber dem Bestandsinteresse Ks, auch wenn berücksichtigt wird, daß K mit Rücksicht auf sein Alter und seine Erkrankung nur schwer einen Arbeitsplatz finden wird.

Beiden Berufungen war daher nicht Folge zu geben."

Gegen diesen Bescheid richtet sich insoweit, als darin die Berufung des Beschwerdeführers abgewiesen wurde, die vorliegende, Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und Rechtswidrigkeit des Inhaltes geltend

machende Beschwerde. Die belangte Behörde hat die Akten vorgelegt und ebenso wie die Mitbeteiligte eine Gegenschrift erstattet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Die im Beschwerdefall relevanten Bestimmungen des § 8

Behinderteneinstellungsgesetz lauten:

"(1) Das Dienstverhältnis eines begünstigten Behinderten darf vom Dienstgeber, soferne keine längere Kündigungsfrist einzuhalten ist, nur unter Einhaltung einer Frist von vier Wochen gekündigt werden. ...

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

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. Gesetzliche Bestimmungen, die die Beendigung des

Dienstverhältnisses an zusätzliche Voraussetzungen knüpfen,

bleiben unberührt. Auf die Kündigung eines begünstigten

Behinderten finden die Bestimmungen des § 105 Abs. 2 bis 6 des

Arbeitsverfassungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1974 ... keine

Anwendung.

(3) Abs. 2 findet auf das Dienstverhältnis eines

begünstigten Behinderten keine Anwendung, soweit ihm als

Mitglied des Betriebsrates (Jugendvertrauensrates) ... der

besondere Kündigungsschutz aufgrund der §§ 120 und 121 des

Arbeitsverfassungsgesetzes ... zusteht."

Nach der ständigen, zuletzt in den hg. Erkenntnissen vom 4. Juli 1995, Zl. 94/08/0220, und vom 23. April 1996, Zl. 96/08/0002, zusammenfassend dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. u.a. die Erkenntnisse vom 10. September 1959, Zl. 534/56, VwSlg. 5.037/A, vom 19. Februar 1986, Zl. 85/09/0215, vom 26. Mai 1988, Zl. 87/09/0263, vom 27. April 1989, Zl. 88/09/0006, VwSlg. 12.921/A, vom 27. April 1989, Zlen. 88/09/0124, 0125, VwSlg. 12.922/A, und vom 13. September 1994, Zlen. 93/09/0346, 0358) liegt die Entscheidung darüber, ob die Zustimmung zu einer künftigen Kündigung einer dem Kreis der begünstigten Personen nach § 2 BEinstG angehörenden Person 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 soll, im freien Ermessen der Behörde. Nach dem Zweck des BEinstG, das der Eingliederung der begünstigten Person in den Arbeitsprozeß und der Sicherung ihrer wirtschaftlichen Existenz dienen soll (vgl. zum Gesetzeszweck auch die Erkenntnisse vom 22. Februar 1990, Zl. 89/09/0147, VwSlg. Nr. 13.126/A, und vom 25. April 1991, Zl. 90/09/0139, und das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 11. Dezember 1991, VfSlg. Nr. 12.933), 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. 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 kann, wobei unter Bedachtnahme auf § 8 Abs. 3 BEinstG der in diesem Gesetz normierte Kündigungsschutz nach dem Willen des Gesetzgebers jedenfalls nicht weitergehen soll als etwa im Falle eines Betriebsratsmitgliedes.

Um eine dem Sinn des BEinstG entsprechende Interessenabwägung zugunsten des die Kündigung beabsichtigenden Dienstgebers vorzunehmen, brauchen die Kündigungsgründe im Sinne des § 8 Abs. 2 BEinstG nicht im Verhalten oder

in der Person des Gekündigten zu liegen und ist insbesondere nicht sein Verschulden erforderlich, sondern können an sich (freilich neben noch zu behandelnden weiteren Umständen) auch sachliche, im Betrieb gelegene Gründe genügen (vgl. u.a. die Erkenntnisse vom 21. Mai 1954, Zl. 3402/53, ArbSlg. 5.998, vom 19. Februar 1986, Zl. 85/09/0215, vom 19. März 1986, Zl. 84/09/0194, und vom 27. April 1989, Zl. 86/09/0092). Betriebliche Belange reichen aber 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. In diesem Zusammenhang dürfen die zur Entscheidung berufenen Verwaltungsbehörden zwar nicht die Zweckmäßigkeit einer unternehmerischen Entscheidung überprüfen, die zum Wegfall des Arbeitsplatzes eines behinderten Arbeitnehmers führt bzw. bei Veränderung des Arbeitsplatzes den Einsatz des behinderten Arbeitnehmers für diese Arbeit nicht mehr zuläßt, sofern nicht diese unternehmerische Entscheidung ausschließlich zum Zweck der Benachteiligung des begünstigten Behinderten getroffen worden sein sollte. Die Behörden haben aber - um die gebotene, umfassende Abwägung nicht nur der objektiven betrieblichen Interessen des Dienstgebers, sondern auch und vor allem der unter dem Gesichtspunkt der sozialen Schutzbedürftigkeit des begünstigten Behinderten bestehenden Interessen an der Aufrechterhaltung seines Dienstverhältnisses vornehmen zu können - festzustellen, ob in dem Betrieb, in dem der behinderte Dienstnehmer beschäftigt ist, noch andere Arbeitsplätze vorhanden sind, auf denen er unter Berücksichtigung seiner eingeschränkten Leistungsfähigkeit tätig werden könnte. Besteht eine solche 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: vgl. die Erkenntnisse vom 27. April 1989, VwSlg. 12.922/A, und vom 25. April 1991, Zl. 90/09/0139), so widerspricht eine auf Antrag des Dienstgebers erteilte Zustimmung zu einer beabsichtigten Kündigung eines solchen begünstigten Behinderten dem Sinn des BEinstG (vgl. dazu die Erkenntnisse vom 22. Februar 1990, VwSlg. 13.126/A, vom 25. April 1991, Zl. 90/09/0139, und vom 23. April 1992, Zl.92/09/0046, sowie OGH, DRdA 1991, 324, mit Anmerkung von Ritzberger-Moser).

Diese aus der Zweckbestimmung des BEinstG abgeleiteten Grundsätze haben als Richtlinie für die Handhabung des der Behörde vom Gesetz eingeräumten Ermessens zu dienen. Der Verwaltungsgerichtshof hat diese Ermessensentscheidung entsprechend dem Art. 130 Abs. 2 B-VG ausschließlich daraufhin zu prüfen, ob die belangte Behörde von dem ihr eingeräumten Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht hat oder ob dies - in Form einer Ermessensüberschreitung oder eines Ermessensmißbrauches - nicht der Fall gewesen ist. Eine solche Prüfung setzt freilich voraus, daß alle für diese Entscheidung wesentlichen tatsächlichen Umstände unter Einhaltung der maßgebenden Verfahrensvorschriften ermittelt und in der Bescheidbegründung festgestellt wurden.

2. Im vorliegenden Fall hat die belangte Behörde ihre Zustimmung zu einer erst auszusprechenden Kündigung des Beschwerdeführers auf eine Kombination von Gesichtspunkten gestützt, die einerseits das Verhalten des Beschwerdeführers (Urlaub "während" des Krankenstandes und Gesundmeldung zum Osterwochenende) und andererseits seine nach Ansicht der belangten Behörde fehlende Fähigkeit zur Erzielung eines für die Mitbeteiligte akzeptablen "Kostensatzes" betreffen.

Dabei greift die belangte Behörde mit den Ausführungen zum Verhalten des Beschwerdeführers (Urlaubsgestaltung und Gesundmeldung zu Feiertagen) auf den Zeitraum des "fast ununterbrochenen" Krankenstandes von Ende 1989 bis Ende März 1993 zurück, während sich die Ausführungen zum schlechten "Kostensatz" des Beschwerdeführers auf den Beobachtungszeitraum im Anschluß an die "Wiederaufnahme seiner Arbeitstätigkeit" im April 1993 beziehen. Durch die (bis zur angefochtenen Entscheidung im Oktober 1994 im wesentlichen anhaltende) Beendigung des mehrjährigen Krankenstandes unterscheidet sich der von der belangten Behörde beurteilte Sachverhalt von demjenigen, der dem erstinstanzlichen Bescheid zugrundelag. Die belangte Behörde geht auch nicht davon aus, daß erneut mit einer mehrjährigen Abwesenheit zu rechnen sei, und übernimmt die auf den medizinischen Begutachtungen des Beschwerdeführers beruhenden Feststellungen der Behörde erster Instanz zur Frage seiner Arbeitsfähigkeit nur "für den Zeitraum vor der Bescheiderlassung" (in erster Instanz). Das im erstinstanzlichen Verfahren beherrschende Thema

eines begünstigten Behinderten, der für Arbeitsleistungen über Jahre hinweg und ohne Aussicht auf Besserung praktisch gar nicht mehr zur Verfügung steht, bildet in bezug auf die Frage der Zustimmung zu einer erst auszusprechenden Kündigung des Beschwerdeführers daher nicht den Gegenstand des angefochtenen Bescheides.

2.1.1. Die verhaltensbezogenen Argumente der belangten Behörde stellen zunächst darauf ab, daß der Beschwerdeführer während der "mehr als drei Jahre" seines "fast ununterbrochenen" Krankenstandes "immer wieder Urlaub" genommen habe, woraus nach Meinung der belangten Behörde "geschlossen werden kann, daß ihm die Betreuung seines Kundenstockes nicht übermäßig wichtig war".

Dieser von der belangten Behörde erst im Zuge ihrer rechtlichen Beurteilung des Falles eingeführten, auf den Zeitraum von Ende 1989 bis Ende März 1993 zu beziehenden Sachverhaltsannahme hält der Beschwerdeführer entgegen, es sei offenkundig, daß er auch während dieser Urlaubszeiten nicht arbeitsfähig gewesen sei und nur Urlaub genommen habe, um die Krankenstandszeiten zu unterbrechen. Dies sei im Einverständnis mit der Mitbeteiligten geschehen, mit der die Urlaubsvereinbarung zu treffen gewesen sei (Seite 6 und Seite 8 der Beschwerde; vgl. Seite 9 der Verhandlungsschrift vom 25. Juni 1993 mit der Behauptung, die Urlaube seien "angeordnet" gewesen, weiters schon die Niederschrift vom 10. September 1992, Seite 29 des erstinstanzlichen Aktes, und den von der Mitbeteiligten vorgelegten Aktenvermerk vom 29. Jänner 1990, Seite 33, 37 und 43 ff des erstinstanzlichen Aktes: "Dazwischen Urlaub").

Die Mitbeteiligte gründete ihr Interesse an einer Kündigung des Beschwerdeführers im erstinstanzlichen Verfahren auf seine mangelnde Arbeitsfähigkeit und nicht darauf, daß ihm die Betreuung seiner Kunden "nicht übermäßig wichtig" sei. Nach der Wiederaufnahme der Arbeit durch den Beschwerdeführer (ab dem 1. April 1993) machte die Mitbeteiligte zwar geltend, die während dieser Zeit (statt weiterer Krankenstände) in Anspruch genommenen Urlaube ließen an der "Ernsthaftigkeit" des "Arbeitsversuches" zweifeln. Auch diese Argumentation zielte aber darauf ab, die mangelnde Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers und die Richtigkeit der diesbezüglichen medizinischen Gutachten unter Beweis zu stellen (Seite 2 bis 4 des Schriftsatzes vom 8. Oktober 1993; vgl. auch den Schriftsatz der Mitbeteiligten vom 3. Februar 1994).

Demgegenüber hatte sich der von der belangten Behörde beigezogene Sachverständige für Versicherungswesen - in Überschreitung der auf Seite 2 seines Gutachtens von ihm wiedergegebenen Aufgabenstellung und wohl auch seines Fachgebietes - in Punkt B 12 (Seite 9) und in der Zusammenfassung (Seite 10) seines Gutachtens vom 10. Mai 1994 die "Bemerkung erlaubt", beim Beschwerdeführer habe "nicht die ernsthafte Absicht" bestanden, seine Tätigkeit wieder aufzunehmen, und dazu ausgeführt, dem Beschwerdeführer fehle nach der "festen Überzeugung" des Sachverständigen der "Arbeitswille", er strebe vielmehr eine Rente an und sei "auch nicht bemüht" gewesen, seinen Verpflichtungen als Außendienstmitarbeiter nachzukommen, "zumal er nie bestrebt" gewesen sei, "seit 11. 12. 1989 ernsthaft seiner Berufstätigkeit nachzugehen, und Krankenstand und Urlaub sich ablösten".

Mit der an die Spitze ihrer Rechtsausführungen gestellten, die Einstellung des Beschwerdeführers zu seiner Arbeit betreffenden Sachverhaltsannahme bedient sich die belangte Behörde (in etwas abgemilderter Form) einer ähnlichen Argumentation. Sie übergeht damit die Standpunkte beider Verfahrensparteien, ohne sich mit deren - zum Teil gemeinsamen - Grundlagen im Vorbringen und in den Ermittlungsergebnissen auseinanderzusetzen. Einer solchen Auseinandersetzung hätte es für den Zeitraum des "fast ununterbrochenen" Krankenstandes umso mehr bedurft, als die belangte Behörde für den daran anschließenden Beobachtungszeitraum während des Berufungsverfahrens davon ausging, der Beschwerdeführer sei "nicht in der Lage" gewesen, eine akzeptable Leistung zu erbringen. Der Abwägungsgesichtspunkt, dem Beschwerdeführer sei seine Arbeit "nicht übermäßig wichtig" gewesen, ist daher nicht ausreichend begründet.

2.1.2. Diese Überlegungen gelten auch für das weitere Argument der belangten Behörde, der Beschwerdeführer habe sich "gerade an (bei der Mitbeteiligten) dienstfreien Tagen wie Gründonnerstag und Karfreitag wieder zur Arbeit gemeldet", er sei aber "sofort nach Ablauf der Osterfeiertage wieder in Krankenstand" getreten, und "ein solches Verhalten" werde "von vielen Arbeitgebern und auch den Mitarbeitern dieser Arbeitgeber als Provokation angesehen" und sei "der Vertrauensbasis, die die Grundlage jedes Dauerschuldverhältnisses, also auch des Arbeitsvertrages, sein muß, abträglich".

Geht man von den Feststellungen der belangten Behörde über die Krankenstands-, Urlaubs- und Arbeitstage des Beschwerdeführers aus, so beziehen sich diese Ausführungen - trotz der scheinbar nur beispielsweisen Aufzählung -

ausschließlich auf das Osterwochenende 1991, womit ihnen wegen der Einmaligkeit und des langen Zurückliegens des als provokant eingestuften Verhaltens kein entscheidungserhebliches Gewicht zukäme. Sie sind aber schon insofern nicht begründet, als auch hier nicht geprüft wurde, ob es sich - entsprechend den im Verwaltungsverfahren vom Beschwerdeführer erhobenen Behauptungen über seine Urlaubsgestaltung - um eine mit der Mitbeteiligten abgesprochene Unterbrechung des Krankenstandes handelte. Der von der belangten Behörde zum Nachteil des Beschwerdeführers ins Spiel gebrachte Abwägungsgesichtspunkt der "Provokation" und der Schädigung der "Vertrauensbasis" durch die erwähnte Gesundmeldung, auf den die Mitbeteiligte ihr Interesse an einer Kündigung des Beschwerdeführers weder nach der Darstellung der belangten Behörde noch nach dem Akteninhalt gestützt hat, findet daher auch im festgestellten Sachverhalt keine Deckung.

2.1.3. In der Gegenschrift hält die belangte Behörde den ihre verhaltensbezogenen Argumente betreffenden Ausführungen des Beschwerdeführers entgegen, wegen seines ungünstigen "Kostensatzes" seit dem "Wiederbeginn seiner Tätigkeit etwa im September 1993" (gemeint wohl: April 1993) "erübrige" es sich, auf die Zahl der Krankenstände "und das Verhalten des Beschwerdeführers bei seiner Gesundmeldung" im Zeitraum davor "näher einzugehen" (Seite 4 f der Gegenschrift).

Dem käme selbst dann keine Berechtigung zu, wenn die den "Kostensatz" betreffenden Abwägungsgesichtspunkte im angefochtenen Bescheid geeignet wären, die Entscheidung der belangten Behörde in einer zwar nicht zwingenden, der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle aber standhaltenden Weise zu begründen. Aus dem Bescheid der belangten Behörde geht nämlich nicht mit ausreichender Deutlichkeit hervor, daß die an die Spitze der rechtlichen Beurteilung gestellten, nach der nunmehrigen Auffassung der belangten Behörde überflüssigen Abwägungsgesichtspunkte die Entscheidung nicht beeinflußt hätten und die belangte Behörde sich nur zur Bekräftigung eines schon aus anderen Gründen feststehenden Ergebnisses darauf gestützt hätte. Ein Abstellen darauf, daß sich die Zustimmung zu einer Kündigung des Beschwerdeführers auch bloß auf seinen schlechten "Kostensatz" stützen ließe, käme unter diesen Umständen einer Ausübung von Ermessen statt einer bloßen Ermessenskontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof gleich (vgl. dazu etwa das Erkenntnis vom 13. März 1972, Slg. Nr. 8189/A). Schon die Fehlerhaftigkeit der verhaltensbezogenen Argumente der belangten Behörde führt daher zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides.

2.2. Was den "Kostensatz" des Beschwerdeführers und die sich daraus ergebenden Konsequenzen anlangt, so hat die belangte Behörde zu diesem Themenbereich zwar lange, in wesentlichen Punkten aber doch unzureichende Feststellungen getroffen (2.2.1., 2.2.2.) und sich mit rechtlich entscheidenden Fragen nicht auseinandergesetzt (2.2.3., 2.2.4.).

2.2.1. Die belangte Behörde gibt "Kostensätze" (für 1993, Jänner bis März 1994 und Jänner bis August 1994) unter Anführung auch der jeweiligen "gewerteten Verkaufsleistung" wieder. Die entsprechenden Kostenziffern und ihre Zusammensetzung und damit auch die Aussagekraft der "Kostensätze" können anhand des angefochtenen Bescheides aber ebenso wenig beurteilt werden wie der nach den Feststellungen der belangten Behörde in die Beurteilung einzubeziehende "Kostensatz" vor der Erkrankung (vgl. Seite 30 des erstinstanzlichen Aktes: 275 % für 1989) und die Entwicklung der "Kostensätze" in der dazwischenliegenden Zeit, aus der sich nach der Aktenlage ein durch die Berechnungsweise bedingtes, zum Teil extremes Schwanken der "Kostensätze" bei absolut gesehen geringen Änderungen in den Berechnungsgrundlagen ablesen ließe (vgl. etwa den siebenstelligen "Kostensatz" für 1990 mit dem viel niedrigeren für 1991, Seite 30 f des erstinstanzlichen Aktes, und den "Kostensatz" für die ersten drei Monate des Jahres 1993 mit dem für das Jahr 1993 insgesamt, Beilage B zur Verhandlungsschrift vom 4. November 1993 und Schriftsatz der Mitbeteiligten vom 3. Februar 1994). Den Feststellungen der belangten Behörde ist auch nicht zu entnehmen, weshalb sich bei einem Kostensatz von 100 % eine "Pattsituation" ergeben soll, bei der die Versicherung "gerade noch ohne Verlust aussteigt" (Seite 9 des angefochtenen Bescheides), es für die Zustimmung zur Kündigung aber schon ausreichen soll, wenn der begünstigte Behinderte den "aus der Sicht des Versicherungswesens als adäquat anzunehmenden" Kostensatz von 50 % überschreitet (Seite 17 des angefochtenen Bescheides). Auch diese Frage hängt mit dem im angefochtenen Bescheid nicht berührten Thema zusammen, welche Kosten die der Errechnung des "Kostensatzes" zugrunde gelegte Kostenziffer umfaßt (vgl. dazu die Behauptungen der Mitbeteiligten auf Seite 7 und 8 des Schriftsatzes vom 8. Oktober 1993). Die Relevanz des "Kostensatzes" für die vorzunehmende Interessenabwägung, der mit einem Verweis bloß auf die mangelnde Branchenüblichkeit einer Weiterbeschäftigung ab einem bestimmten "Kostensatz" nicht Genüge getan ist, läßt sich auf der Grundlage der Feststellungen der belangten Behörde daher nur sehr unvollständig erahnen.

2.2.2. Die belangte Behörde gebraucht das - zumindest nach der Darstellung im angefochtenen Bescheid von der Mitbeteiligten nicht ins Treffen geführte - Argument, auf die Mitbeteiligte komme "auch im Rahmen des EU-Beitrittes eine stärkere Konkurrenz und damit eine ungünstigere Kostensituation zu", und die Mitbeteiligte würde durch die Fortsetzung des Dienstverhältnisses "auf Dauer geschädigt werden". Trotz der Länge des abgewarteten Beobachtungszeitraumes (und damit im übrigen auch der seit den medizinischen Begutachtungen im erstinstanzlichen Verfahren verstrichenen Zeit) enthält der angefochtene Bescheid aber keine Aussage darüber, mit welcher weiteren Entwicklung der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers und seiner "Kostensätze" zu rechnen sei. Geht man von den Feststellungen der belangten Behörde aus, so hat der Beschwerdeführer seinen "Kostensatz" in den ersten Monaten des Jahres 1994 von 33.394 % auf ein Sechzigstel dieser Größe, nämlich 552 % reduziert. Feststellungen darüber, ob mit der Erreichung eines der Mitbeteiligten objektiv zumutbaren "Kostensatzes" in absehbarer Zeit (und nachhaltig) zu rechnen sei oder nicht, konnten bei einer derartig starken Veränderbarkeit der herangezogenen Berechnungsgröße vom Standpunkt der belangten Behörde aus auch dann nicht unterbleiben, wenn diese Berechnungsgröße zuletzt wieder den Wert von 975 % erreicht hatte. Einer Zukunftsprognose auch hinsichtlich des "Kostensatzes" hätte es beim Abstellen auf künftige Auswirkungen des EU-Beitrittes und bei der Annahme einer "auf Dauer" zu befürchtenden Schädigung der Mitbeteiligten auch deshalb bedurft, weil sich der Beschwerdeführer - wie die Beschwerde zu Recht hervorhebt - nach den Feststellungen der belangten Behörde erst wieder einen Kundenstock aufbauen mußte.

2.2.3. Völlig unberücksichtigt bleibt im angefochtenen Bescheid, ob dem hohen "Kostensatz" des Beschwerdeführers dessen Behinderung zugrunde liegt. Nach dem Inhalt der aus dem erstinstanzlichen Bescheid übernommenen Feststellungen scheint dies außer Frage zu stehen, doch hat die belangte Behörde in der Annahme, daß es darauf nicht ankäme ("aus welchen Gründen immer"), für den von ihr beobachteten Zeitraum keine Feststellung darüber getroffen.

Nach § 7 BEinstG darf das Entgelt eines begünstigten Behinderten "aus dem Grunde der Behinderung nicht gemindert werden". Aus dieser Bestimmung wird abgeleitet, daß einem Behinderten, der aufgrund seiner Behinderung nicht die gleiche Arbeitsleistung erbringen kann wie ein gesunder Dienstnehmer, deshalb nicht weniger Entgelt gezahlt werden darf. Dies soll auch gelten, wenn während des Beschäftigungsverhältnisses im Gesundheitszustand des Behinderten eine Verschlechterung eintritt. Erforderlichenfalls sei ein Tausch des Arbeitsplatzes anzustreben oder durch Umschulung die Voraussetzung für eine vollwertige Arbeitsleistung zu schaffen. Erreiche die Leistung des Behinderten trotz Rehabilitationsmaßnahmen (z.B. Arbeitstraining, Umschulung, Nachschulung) nicht die volle Produktivität, so können der Dienstgeber Zuschüsse gemäß § 6 Abs. 2 lit. c BEinstG in Anspruch nehmen (Ernst-Haller, Behinderteneinstellungsgesetz, Seite 179). Nach der zuletzt genannten Bestimmung besteht die Möglichkeit zur Gewährung von Zuschüssen zu den Lohn- und Ausbildungskosten für beschäftigte begünstigte Behinderte, die "infolge ihrer Behinderung ... die volle Leistungsfähigkeit nicht zu erreichen vermögen".

Diese im Gesetz verankerte, spezielle Rücksichtnahme auf die Einschränkungen in der Arbeitsfähigkeit des Behinderten, die sich in bezug auf seinen konkreten Arbeitsplatz aus der Behinderung ergeben (vgl. in diesem Zusammenhang auch § 6 Abs. 1 BEinstG), darf auch bei der Entscheidung über die Zustimmung zu seiner Kündigung nicht außer acht gelassen werden. Sie erfordert, daß einer "Überzahlung" des Behinderten, die sich aus seiner durch die Behinderung reduzierten Leistungsfähigkeit ergibt, im Vergleich zu Fällen, in denen die "Überzahlung" auf anderen Ursachen beruht (vgl. zu diesen Fällen das bereits zitierte Erkenntnis vom 23. April 1996, Zl. 96/08/0002), geringeres Gewicht beigemessen und darüber hinaus auch die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Zuschüssen im Sinne des § 6 Abs. 2 lit. c BEinstG in die Gesamtabwägung einbezogen wird.

Dementsprechend hat der Verwaltungsgerichtshof in Erkenntnissen zu § 8 Abs. 2 BEinstG auch schon hervorgehoben, eine aufgrund der Behinderung gegebene "beschränkte Arbeitsfähigkeit" sei allein "noch kein schlüssiges Argument dafür", daß die Weiterbeschäftigung des begünstigten Behinderten "nicht mehr zumutbar" wäre. Würde man nämlich "dieser Argumentation folgen, dann wäre damit im Ergebnis gerade die Behinderung des Dienstnehmers der letztlich ausschlaggebende Grund für seine Ausgliederung aus dem Arbeitsprozeß, was den Intentionen des Behinderteneinstellungsgesetzes diametral zuwiderliefe" (Erkenntnis vom 13. September 1994, Zlen. 93/09/0346, 0358, eine erst während des Beschäftigungsverhältnisses eingetretene Behinderung betreffend; im wesentlichen gleichlautend das Erkenntnis vom 4. Juli 1995, Zl. 94/08/0220, zum Fall einer von Anfang an gegebenen Behinderung, die nach einer Produktionsumstellung als Grund für die Kündigung ins Treffen geführt wurde). Die belangte Behörde hat diesen Problemkreis überhaupt nicht erkannt, mit ihrer in bezug auf den "Kostensatz" nur an

betriebswirtschaftlichen Überlegungen ausgerichteten Entscheidung ihr Ermessen nicht im Sinne des von ihr anzuwendenden Gesetzes ausgeübt und den angefochtenen Bescheid dadurch mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet.

2.2.4. Auch bei Berücksichtigung der eben dargestellten Grundsätze kann die Interessenabwägung im Einzelfall ergeben, daß die UNVERÄNDERTE Weiterbeschäftigung eines Behinderten, der seinen Arbeitsplatz nur teilweise auszufüllen vermag, dem Dienstgeber nicht eher zumutbar ist als dem begünstigten Behinderten der Verlust seines Arbeitsplatzes. Eine Zustimmung zur Kündigung des Behinderten läßt sich aber auch darauf nicht gründen, solange eine Weiterbeschäftigung zu veränderten Bedingungen möglich und (etwa unter dem Gesichtspunkt des § 7 BEinstG und der kollektivvertraglichen Mindestentlohnung) zulässig und dem Dienstgeber eher zumutbar ist als dem Behinderten der Verlust des Arbeitsplatzes. Im vorliegenden Fall hat sich der Beschwerdeführer in seiner Berufung gegen den erstinstanzlichen Bescheid zur Widerlegung der Annahme, er sei nicht arbeitsfähig, auf die vom Arbeits- und Sozialgericht Wien für ihn in Betracht gezogenen Verweisungstätigkeiten berufen (Seite 5 der Berufung vom 15. März 1993) und in der Verhandlung erklärt, er würde sich "notfalls auch mit einer Innendiensttätigkeit zufrieden geben" (Seite 1 der Verhandlungsschrift vom 4. November 1993). Die belangte Behörde hat sich mit arbeitsplatzerhaltenden Alternativen zu einer Kündigung des Beschwerdeführers aber nicht auseinandergesetzt und ihren Bescheid auch dadurch mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet.

Der angefochtene Bescheid war daher im Umfang der Anfechtung gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

Der Zuspruch des Aufwandersatzes in der vom Beschwerdeführer verzeichneten Höhe gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:1997:1995080039.X00

Im RIS seit

20.11.2000

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at