

# TE Vwgh Erkenntnis 1995/7/4 94/08/0034

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 04.07.1995

## Index

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

68/01 Behinderteneinstellung;

## Norm

BEinstG §8 Abs2;

BEinstG §8 Abs3;

B-VG Art130 Abs2;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Liska und die Hofräte Dr. Knell, Dr. Müller, Dr. Novak und Dr. Sulyok als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. Möslinger-Gehmayr, über die Beschwerde der D Ges.m.b.H. in W, vertreten durch Dr. H, Rechtsanwalt, gegen den Bescheid der beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales nach § 13a BEinstG errichteten Berufungskommission vom 4. November 1993, Zl. 42.024/76-6a/93, betreffend Zustimmung zu einer Kündigung nach § 8 Abs. 2 BEinstG (mitbeteiligte Partei: E in W, vertreten durch Dr. G, Rechtsanwalt), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund (Bundesminister für Arbeit und Soziales) Aufwendungen in der Höhe von S 4.565,-- und der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von S 12.500,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Bescheid des Landesinvalidenamtes für Wien, Niederösterreich und Burgenland vom 29. September 1992 wurde über Antrag der am 14. Dezember 1943 geborenen Mitbeteiligten vom 14. April 1992 festgestellt, daß diese ab dem zuletzt genannten Tag dem Kreis der begünstigten Behinderten (§ 2 Abs. 1 BEinstG) angehöre und der Grad ihrer Behinderung (§ 3 BEinstG) 50 % betrage. Dieser Bescheid wurde von der Mitbeteiligten am 29. September 1992 persönlich übernommen. Dabei erklärte sie, auf ein Rechtsmittel zu verzichten.

Am 1. Oktober 1992 beantragte die Beschwerdeführerin beim Landesinvalidenamt für Wien, Niederösterreich und Burgenland die nachträgliche Zustimmung zu ihrer am 28. Mai 1992 per Ende September 1992 ordnungsgemäß ausgesprochenen Kündigung der Mitbeteiligten mit folgender Begründung: Die Mitbeteiligte sei seit 1. Jänner 1971 bei der Beschwerdeführerin als Buchhalterin beschäftigt gewesen; ihr Aufgabengebiet habe die Eingabe von Bankbelegen mittels EDV umfaßt. Vom 10. Februar 1992 bis 28. August 1992 habe sie sich im Krankenstand befunden. Da auch die

zweite in der Buchhaltung beschäftigte Person per Ende Jänner 1992 gekündigt habe, habe die Beschwerdeführerin eine neue Kraft einstellen müssen. Seit 1. April 1992 erledige diese alle anfallenden Arbeiten in der Buchhaltung, auch die seinerzeit von der Mitbeteiligten verrichteten. Diese sei daher in der Zeit vom 29. August 1992 bis 30. September 1992 dienstfrei gestellt worden, weil die Beschwerdeführerin für sie keine Arbeitsaufgaben mehr gehabt habe. Der Antrag auf nachträgliche Zustimmung zur Kündigung könne erst jetzt gestellt werden, weil die Beschwerdeführerin den Bescheid vom 29. September 1992 erst am 1. Oktober 1992 erhalten habe.

In der mündlichen Verhandlung vom 23. November 1992 stellte die Beschwerdeführerin den Eventualantrag auf Zustimmung zu einer noch auszusprechenden Kündigung.

Mit Bescheid vom 28. Mai 1993 sprach der beim Landesinvalidenamt für Wien, Niederösterreich und Burgenland errichtete Behindertenausschuß aus, daß weder die nachträgliche Zustimmung zu der bereits ausgesprochenen Kündigung der Mitbeteiligten noch die Zustimmung zu einer erst auszusprechenden Kündigung erteilt werde.

In der Bescheidbegründung stellte die erstinstanzliche Behörde nach Wiedergabe des bisherigen Verwaltungsgeschehens im wesentlichen fest, daß die Mitbeteiligte seit 1. Jänner 1977 bei der Beschwerdeführerin als Buchhaltungskraft tätig sei. Schlechte Arbeitsleistung der Mitbeteiligten oder Disziplinwidrigkeiten seien im Zuge des Verfahrens nicht hervorgekommen. Vom Februar 1992 bis August 1992 habe sie sich im Krankenstand befunden. Die Krankenstandszeiten der Vorjahre seien unauffällig gewesen. "Bis 1992" (gemeint: bis Ende Jänner 1992) sei neben der Mitbeteiligten ein weiterer Mitarbeiter in der Buchhaltung tätig gewesen. Durch Ausweitung des EDV-Einsatzes und die Vornahme einer Reorganisation in der Buchhaltung sei nunmehr offensichtlich eine Kraft alleine in der Lage, die Buchhaltungsarbeiten zu verrichten. Der Mitbeteiligte werde jedoch mangels ausreichender EDV-Kenntnisse die alleinige Verrichtung der Buchhaltungsarbeiten nicht zugetraut. Ein diesbezüglicher Arbeitsversuch sei nicht zugelassen worden, obwohl der Krankenstand der Mitbeteiligten beendet sei und sich diese wieder arbeitsfähig fühle. Das Unternehmen der Beschwerdeführerin beschäftige knapp 50 Dienstnehmer; in der Verwaltung seien mindestens 10 Dienstnehmer tätig. Die Mitbeteiligte sei hinsichtlich ihrer persönlichen Voraussetzungen geeignet, in der Administration tätig zu sein. Sie wäre auch bereit, andere ihr zumutbare Arbeiten in der Verwaltung zu verrichten. Freie Stellen gebe es im Unternehmen nicht. Der Betriebsrat habe sich gegen die Kündigung ausgesprochen.

In rechtlicher Hinsicht beurteilte die erstinstanzliche Behörde diesen Sachverhalt nach Wiedergabe von Rechtssätzen des Verwaltungsgerichtshofes zu § 8 Abs. 2 BEinstG wie folgt: Ein schweres Fehlverhalten der Mitbeteiligten sei im Zuge des Ermittlungsverfahrens nicht festgestellt worden. Es habe auch keine verhältnismäßig große Betriebseinschränkung festgestellt werden können. Der Beschwerdeführerin sei zwar bei Ausspruch der Kündigung nicht bekannt gewesen, daß die Mitbeteiligte dem Personenkreis der begünstigten Behinderten angehöre, dieser Umstand könne jedoch nicht der Mitbeteiligten angelastet werden, weil ihre Begünstigungseigenschaft erst mit Bescheid vom 29. September 1992 festgestellt worden sei und sie diesen Bescheid umgehend der Beschwerdeführerin vorgelegt habe. Von der Antragstellung und somit vom anhängigen Verfahren selbst sei die Beschwerdeführerin jedoch informiert gewesen. Nach Auffassung der erstinstanzlichen Behörde lägen daher keine derart außergewöhnlichen Umstände vor, die - unter Bedachtnahme auf die zitierte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes - eine nachträgliche Zustimmung zur bereits ausgesprochenen Kündigung rechtfertigen würde. Hinsichtlich einer erst auszusprechenden Kündigung seien - nach der zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes - die Interessen von Dienstgeber- und Dienstnehmerseite gegeneinander abzuwägen. Die erstinstanzliche Behörde betrachte es als erwiesen, daß die normale Buchhaltungstätigkeit im Unternehmen der Beschwerdeführerin nunmehr in der Regel von einer Kraft bewältigbar sei. Es sei jedoch nie versucht worden, die Mitbeteiligte nach einer geeigneten Einarbeitungszeit mit dieser Aufgabe zu betrauen. Aus den Feststellungen ergebe sich, daß die Mitbeteiligte unter Berücksichtigung einer der Beschwerdeführerin zumutbaren Umorganisation weiterhin in der Lage sei, ein wirtschaftlich tragbares Gleichgewicht zwischen Arbeitsleistung und Entgelt herzustellen. So seien Tätigkeiten in dem von der Qualifikation der Mitbeteiligten in Frage kommenden Einsatzbereich vorhanden; konkret: Buchhaltungsarbeit, Telefondienst, Tätigkeiten in der Auftragsbearbeitung sowie Fakturierungsarbeiten. Demnach könne die Mitbeteiligte ohne erheblichen Schaden für das Unternehmen der Beschwerdeführerin weiter beschäftigt werden. Der Einwand der Beschwerdeführerin, es gebe keine freien Posten, sei nicht geeignet, eine andere Entscheidung der erstinstanzlichen Behörde herbeizuführen, weil eine Verweigerung der Zustimmung zu einer Kündigung nicht nur dann zu erfolgen habe, wenn im Bereich des Unternehmens tatsächlich einschlägige Stellen unbesetzt seien, sondern auch dann, wenn die begünstigte Person lediglich in der Lage sei, im Unternehmen anfallende Tätigkeiten auszuüben. Unter weiterer Berücksichtigung, daß die

Mitbeteiligte bereits seit vielen Jahren ununterbrochen bei der Beschwerdeführerin tätig sei, sie wegen ihres bereits vorgerückten Alters erhebliche Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozeß zu erwarten habe und im Falle des Verlustes des Arbeitsplatzes eine soziale Absicherung fehlte, sei spruchgemäß zu entscheiden gewesen.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der von der Beschwerdeführerin gegen diesen Bescheid erhobenen Berufung keine Folge und bestätigte den bekämpften Bescheid.

In der Bescheidbegründung stellt die belangte Behörde ergänzend fest, daß nach dem Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 12. November 1992 zwischen der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten ein aufrechtes Dienstverhältnis bestehe. Mit Bescheid der Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten vom 22. April 1993 sei der Antrag der Mitbeteiligten vom 16. Oktober 1992 auf Gewährung der Berufsunfähigkeitspension mangels Vorliegens einer Berufsunfähigkeit abgewiesen worden. Dabei sei folgender Gesundheitszustand der Mitbeteiligten festgestellt worden: "Beinkrampfadern ohne Abflußbehinderung, kein Hinweis auf eine wesentliche Herzerkrankung, interner Zustand ohne wesentliche Funktionsbeeinträchtigung, Zustand nach einer im April 1992 vorgenommenen Operation nach Karpaltunnelsyndrom der rechten Hand mit gutem Ergebnis."

Dieser Zustand sei von der Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten dahingehend beurteilt worden, daß die Mitbeteiligte im Rahmen ihrer Ausbildung und der bisherigen Berufslaufbahn weiterhin arbeitsfähig sei. Die Mitbeteiligte habe gegen diesen Bescheid zwar zunächst Klage beim Arbeits- und Sozialgericht Wien erhoben, diese aber wegen Aussichtslosigkeit in der Folge wieder zurückgezogen. Nach dem Ergebnis der Berufungsverhandlung stehe ferner bezüglich des administrativen Bereichs im Unternehmen der Beschwerdeführerin unstrittig folgendes fest: Insgesamt würden in diesem Bereich 13 Personen beschäftigt, und zwar der Direktor, ein Prokurist, zwei Führungspersönlichkeiten, eine Buchhaltungskraft, eine Chefsekretärin, zwei Sekretärinnen, zwei Auftragsbearbeiterinnen, zwei Personen im Telefonmarketing und eine EDV-Kraft. Die Tätigkeit im Telefonmarketing bestehe im wesentlichen im Führen von Telefongesprächen und in handschriftlichen Aufzeichnungen über diese Gespräche. Die anfallende Tätigkeit am Computer bestehe im Heraussuchen der Kundennummer und im Eingeben der handschriftlich festgehaltenen Bestellungen des Kunden in den Computer. Das Ausmaß der Tätigkeit am Computer betrage ca. 40 bis 50 % der Arbeitszeit. Es bestehe zwar ein gewisser Zeitdruck, doch habe die Mitbeteiligte auch schon früher mit einem gewissen Zeitdruck gearbeitet. Diese Tätigkeit im Telefonmarketing sei der Mitbeteiligten von der Firmenleitung der Beschwerdeführerin vor ihrem Krankenstand etwa zu Weihnachten 1991 angeboten worden. Die Mitbeteiligte strebe die Weiterverwendung im Unternehmen der Beschwerdeführerin, und zwar gerade als Mitarbeiterin im Telefonmarketing, an. Sie könne diese Tätigkeit auch gesundheitlich ausführen. Diese zusätzlichen Feststellungen beruhten auf der Aussage des Betriebsrates in der mündlichen Verhandlung vom 4. November 1993 sowie auf der Aussage der Mitbeteiligten selbst. Daß diese die Arbeiten auch gesundheitlich verrichten könne, erscheine der belangten Behörde nach dem Ergebnis des Bescheides der Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten als hinreichend gesichert.

Ausgehend von diesen Feststellungen seien die Ausführungen der Berufung, es gebe für die Mitbeteiligte im Bereich des Unternehmens der Beschwerdeführerin keine zumutbaren Arbeiten, jedenfalls widerlegt, ohne daß auf die einzelnen Argumente im Detail eingegangen werden müssen. Auch die Berufungsausführungen zur rechtlichen Beurteilung seien nicht stichhäftig. Es komme nämlich im Beschwerdefall nicht darauf an, ob die Mitbeteiligte sinnvollerweise im Unternehmen der Beschwerdeführerin noch mit Buchhaltungsarbeiten betraut werden solle, sondern nur darauf, ob sie irgendeine Angestelltentätigkeit im Betrieb der Beschwerdeführerin ausfüllen könne. Dies sei aber, wie bereits dargelegt, der Fall. Die belangte Behörde trete daher der Rechtsansicht der erstinstanzlichen Behörde im Rahmen der Interessenabwägung bei, wonach die schwere Vermittelbarkeit der Mitbeteiligten aufgrund ihres Alters von fast 50 Jahren bei doch eher bescheidenen Kenntnissen für eine Angestelltentätigkeit und ihre Zugehörigkeit zum Unternehmen der Beschwerdeführerin seit 1. Jänner 1977 dafür sprächen, dem Begehrten der Beschwerdeführerin auf nachträgliche Zustimmung zur bereits ausgesprochenen Kündigung oder auf Zustimmung zu einer erst auszusprechenden Kündigung nicht Folge zu geben.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete ebenso wie die Mitbeteiligte eine Gegenschrift:

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die im Beschwerdefall relevanten Bestimmungen des § 8

BEinstG 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."

Die Beschwerdeführerin hält zunächst der ergänzenden Feststellung der belangten Behörde, es bestehe nach dem Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 12. November 1992 zwischen der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten ein aufrechtes Dienstverhältnis, entgegen, sie lasse dabei außer acht, daß dieses Urteil noch nicht in Rechtskraft erwachsen sei. Die diesbezügliche Feststellung der belangten Behörde sei daher unrichtig.

Letzteres ist unzutreffend, weil aus der gerügten Außerachtlassung nicht die Unrichtigkeit der (im übrigen der Aktenlage entsprechenden) Feststellung folgt, in der ja keine Rede von einer Rechtskraft dieses Urteiles ist. Welche rechtliche Bedeutung aber dieser Außerachtlassung im Beschwerdefall zukommen soll, führt die Beschwerdeführerin nicht aus. Möglicherweise liegt dieser Rüge die Rechtsauffassung zugrunde, die fehlende Rechtskraft des genannten Urteiles hätte die belangte Behörde - ungeachtet des § 61 Abs. 1 Z. 1 ASGG - einerseits veranlassen müssen, von Amts wegen als Vorfrage zu prüfen, ob nicht die von der Beschwerdeführerin am 28. Mai 1992 zum 30. September 1992 ausgesprochene Kündigung mangels Kenntnis der Beschwerdeführerin vom Bescheid des genannten Landesinvalidenamtes vom 29. September 1992 innerhalb der Kündigungsfrist das Dienstverhältnis der Mitbeteiligten mit 30. September 1992 beendet habe, und es hätte andererseits die belangte Behörde diese Vorfrage (trotz der rechtlichen Konsequenz der Zurückweisung der Anträge der Beschwerdeführerin vom 1. Oktober und 23. November 1992 letztlich) zugunsten der Beschwerdeführerin bejahen müssen. Auf den ersten Teil dieser Argumentation braucht nicht eingegangen zu werden, weil schon die zuletzt genannte Rechtsauffassung, jedenfalls ausgehend von der unstrittigen Tatsache, daß der Bescheid des genannten Landesinvalidenamtes vom 29. September 1993 der Mitbeteiligten noch an diesem Tag persönlich ausgehändigt wurde und sie auf Rechtsmittel verzichtet hat, nicht nur nach der im genannten Urteil zitierten Judikatur des OGH

(ArbSlg. 10.584 = DRdA 1989, 210, mit zustimmender Besprechung von Eypeltauer, Die rückwirkende Geltung des besonderen Kündigungsschutzes begünstigter Behindter, DRdA 1989, 185 ff, vgl. auch DrdA 1991, 324, mit Anmerkung von Ritzberger-Moser), sondern auch nach jener des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. Erkenntnis vom 25. September 1985, Zl. 84/09/0035, VwSlg. 11.871/A = ZAS 1987, 135, mit ablehnendem Kommentar von Stolzlechner, und die aus anderen Gründen ablehnende Besprechung von Eypeltauer im zitierten Artikel) und - zufolge der eingetretenen Rechtskraft des genannten Bescheides vom 29. September 1992 - auch nach der Auffassung von Stolzlechner im genannten Kommentar unzutreffend ist.

In ihrer Rechtsrügen meint die Beschwerdeführerin, es erweise sich die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 8 Abs. 2 BEinstG selbst dann als unrichtig, wenn man von den (im übrigen von der Beschwerdeführerin bekämpften) Feststellungen ausgehe. Danach sei durch die Ausweitung des EDV-Einsatzes und die Vornahme einer Reorganisation in der Buchhaltung nunmehr eine Kraft allein in der Lage, die Buchhaltungsarbeiten zu verrichten. Da eine solche bereits mit 1. April 1992 angestellt worden sei, sei eine Verwendung der Mitbeteiligten in der Buchhaltung nicht mehr "gegeben" (gemeint: möglich). Da im Betrieb der Beschwerdeführerin auch keine andere Stelle mehr frei sei, insbesondere, weil auch der Bereich Telefonmarketing von der Mitbeteiligten nicht bearbeitet werden könne, liege ein sachlicher, im Betrieb selbst gelegener Kündigungsgrund vor. Auf das Verschulden der Mitbeteiligten an der Kündigung komme es nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (Erkenntnis vom 21. Mai 1994, Zl. 3402/53, ArbSlg. 5.998) nicht an. Es hätte daher, schon ausgehend von den Feststellungen, jedenfalls dem Antrag auf Zustimmung zu einer künftigen Kündigung stattgegeben werden müssen.

Diese Ausführungen sind nicht geeignet, eine inhaltliche Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides zu erweisen:

Nach ständiger 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. 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.

Über diese Ermessensentscheidung hinaus ist bei der Erteilung einer nachträglichen Zustimmung zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung noch zu prüfen, ob und inwieweit ein "besonderer Ausnahmefall" vorliegt, in dem dem Dienstgeber die vorherige Einholung der Zustimmung nicht zugemutet werden konnte. Die besonderen Ausnahmegründe haben in diesem Fall ergänzend zu den für die grundlegende Interessenabwägung maßgebenden Gründen zu treten (vgl. u.a. die Erkenntnisse vom 27. April 1989, VwSlg. 12.921/A und 12.922/A). Was im einzelnen als

"besonderer Ausnahmefall" nach § 8 Abs. 2 zweiter Satz BEinstG anzusehen ist, kann nicht allgemein, sondern nur nach Lage des Einzelfalles beurteilt werden. Nach der Rechtsprechung (vgl. u.a. die Erkenntnisse vom 10. Dezember 1959, VwSlg. 5.037/A, vom 27. April 1989, VwSlg. 12.921/A und 12.922/A, sowie vom 13. September 1994,

Zlen. 93/09/0346, 0358, mit weiteren Judikaturhinweisen) ist dies jedenfalls nur dann der Fall, wenn ganz außergewöhnliche Umstände vorliegen, die hart an der Grenze des Kündigungsschutzes überhaupt liegen und dadurch gekennzeichnet sind, daß dem Dienstgeber die vorherige Einholung einer behördlichen Zustimmung nicht zugemutet werden kann. Denn das Gesetz spricht von "besonderen Ausnahmefällen" und bringt durch die doppelte Hervorhebung des Ausnahmearakters ("besondere" und "Ausnahms" fälle) in eindringlicher Weise zum Ausdruck, daß nur an ganz außergewöhnliche Umstände gedacht ist. Ein solcher Fall wurde etwa angenommen, wenn der Dienstgeber zu einer Betriebsstilllegung oder zu einer verhältnismäßig großen Betriebseinschränkung gezwungen ist und er außerdem beim Ausspruch der Kündigung nicht wissen konnte, daß der betreffende Dienstnehmer zu den nach dem BEinstG bevorzugten Personen zählt.

Unter Bedachtnahme auf die zuletzt genannten Grundsätze, insbesondere das Erfordernis ganz außergewöhnlicher Umstände, läge im Beschwerdefall auch dann, wenn die wiedergegebenen Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihrer Rechtsrüge so zu verstehen wären, die belangte Behörde habe die Feststellung getroffen, daß für die Mitbeteiligte im Unternehmen der Beschwerdeführerin nicht nur in der neu organisierten Buchhaltung, sondern auch sonst keine Verwendungsmöglichkeit (kein Ersatzarbeitsplatz) mehr bestanden habe - anders als im Falle einer Betriebsstilllegung oder einer verhältnismäßig großen Betriebseinschränkung (vgl. dazu die Erkenntnisse vom 10. Juni 1954, Zl. 2141/53, VwSlg. 3.442/A, vom 19. Februar 1986, Zl. 85/09/0215, vom 21. Februar 1991, Zl. 90/09/0095, VwSlg. 13.385/A, vom 25. Juni 1992, Zl. 92/09/0026, und vom 25. September 1992, Zl. 92/09/0097) - kein besonderer Ausnahmefall im Sinne des § 8 Abs. 2 zweiter Satz BEinstG, der eine nachträgliche Zustimmung zur bereits ausgesprochenen Kündigung rechtfertigte, vor (vgl. in diesem Sinn die schon zitierten Erkenntnisse vom 10. September 1959, VwSlg. 5.037/A, und vom 27. April 1989, VwSlg. 12.922/A).

Die oben wiedergegebenen Feststellungen der belangten Behörde können aber eindeutig nicht in diesem Sinne verstanden werden. Die Rechtsrüge der Beschwerdeführerin ist daher nur dann gesetzmäßig ausgeführt, wenn die angebliche Feststellung der belangten Behörde, es sei im Betrieb der Beschwerdeführerin keine andere Stelle mehr frei, insbesondere weil auch der Bereich Telefonmarketing von der Mitbeteiligten nicht bearbeitet werden könne, auch von der Beschwerdeführerin so verstanden wird, es liege der Grund des "Nichtbearbeitenkönnens" durch die Mitbeteiligte im derzeitigen Fehlen einer freien Stelle, nicht aber in ihrer mangelnden Eignung dazu.

Geht man aber von den so zu verstehenden Feststellungen der belangten Behörde aus, so widerspricht auch ihre zur Ablehnung des Antrages der Beschwerdeführerin auf Zustimmung zu einer erst künftig auszusprechenden Kündigung nach § 8 Abs. 2 erster Satz BEinstG führende Ermessensentscheidung - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - nicht dem umschriebenen Sinn des BEinstG:

Zwar ist es richtig, daß nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. außer dem von der Beschwerdeführerin zitierten Erkenntnis vom 21. Mai 1954, Zl. 3402/53, ArbSlg. 5.998, die Erkenntnisse 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) die Kündigungsgründe im Sinne des § 8 Abs. 2 BEinstG nicht im Verhalten oder in der Person des (der) Gekündigten zu liegen brauchen und insbesondere nicht sein (ihr) Verschulden erforderlich ist, sondern an sich (freilich neben noch zu behandelnden weiteren Umständen) auch sachliche, im Betrieb gelegene Gründe genügen können, um eine dem Sinn des BEinstG entsprechenden Interessenabwägung zugunsten des die Kündigung beabsichtigenden Dienstgebers vorzunehmen.

Auch haben nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. u.a. die Erkenntnisse vom 22. Februar 1990, VwSlg. 13.126/A, und vom 25. April 1991, Zl. 90/09/0139) die zur Entscheidung berufenen Verwaltungsbehörden nicht die Zweckmäßigkeit einer unternehmerischen Entscheidung (hier: der Neuorganisierung der Buchhaltung), die zum Wegfall des Arbeitsplatzes eines behinderten Arbeitnehmers führt bzw. bei Veränderung des Arbeitsplatzes die Einsatzfähigkeit des behinderten Arbeitnehmers für diese Arbeit nicht mehr zuläßt, zu überprüfen (zu ergänzen: sofern nicht diese unternehmerische Entscheidung ausschließlich zum Zweck der Benachteiligung des begünstigten Behinderten getroffen worden sein sollte: vgl. u.a. das Erkenntnis vom 21. Februar 1991, VwSlg. Nr. 13.385/A). 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 Verhältnis 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 Abweisung des Antrages des Dienstgebers auf Zustimmung zu einer beabsichtigten Kündigung eines solchen begünstigten Behinderten nicht 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).

Legt man diesen rechtlichen Maßstab der Überprüfung des angefochtenen Bescheides zugrunde, dann sind die Beschwerdeausführungen im Rahmen der Rechtsrüge nicht geeignet, einen Ermessensmißbrauch der belangten Behörde bei der Verweigerung der Zustimmung zu der in Aussicht genommenen Kündigung der Mitbeteiligten darzutun. Denn es widerspricht nicht dem obgenannten Sinn des BEinstG, wenn die belangte Behörde angesichts der über ihre Behinderung hinausgehenden besonderen sozialen Schutzbedürftigkeit der Mitbeteiligten wegen ihrer schweren Vermittelbarkeit aufgrund ihres Alters von fast 50 Jahren bei doch eher bescheidenen Kenntnissen für eine Angestelltentätigkeit und ihre Zugehörigkeit zum Unternehmen der Beschwerdeführerin seit 1. Jänner 1977 - ungeachtet der Frage, ob die Mitbeteiligte zufolge der Neuorganisierung der Buchhaltung noch sinnvollerweise mit Buchhaltungsarbeiten betraut werden könnte - dennoch ihre (mit ihren eingeschränkten Fähigkeiten ohne besondere Belastung der Beschwerdeführerin und der anderen Mitarbeiter mögliche) Weiterbeschäftigung im Bereich des Telefonmarketings trotz einer derzeit fehlenden diesbezüglichen "Arbeitsstelle" auch für die Beschwerdeführerin (durch entsprechende organisatorische Maßnahmen) möglich und nicht mit unzumutbaren Belastungen verbunden erachtet hat und deshalb ihr (bloß betriebs- und nicht verhaltensbedingtes) Interesse an der Beendigung des Dienstverhältnisses mit der Mitbeteiligten geringer als jenes der Mitbeteiligten an der Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses gewertet hat.

Die Rechtsrüge der Beschwerdeführerin ist daher unbegründet.

Die Beschwerdeführerin bekämpft den angefochtenen Bescheid aber auch in mehrfacher Hinsicht unter dem Gesichtspunkt der Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Soweit sie in diesem Zusammenhang die Unterlassung entsprechender Feststellungen über die Neuorganisierung der Buchhaltung ab 1. April 1992 vermißt, vermag sie schon deshalb keinen relevanten Verfahrensfehler aufzuzeigen, weil es, wie bereits bei Behandlung der Rechtsrüge ausgeführt wurde, auf eine mangelnde Weiterverwendungsmöglichkeit der Mitbeteiligten in diesem Bereich nicht ankommt.

Unbegründet sind aber auch die im Zentrum der Verfahrensrüge stehenden Einwände gegen die Feststellungen der belangten Behörde über den Inhalt der Tätigkeit im Telefonmarketing und die Eignung der Mitbeteiligten zur Beschäftigung in diesem Bereich:

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin stütze sich die belangte Behörde diesbezüglich auf die erst im Berufungsverfahren gemachten Angaben der Mitbeteiligten und eines Mitgliedes des Betriebsrates im Unternehmen der Beschwerdeführerin, ohne ihr Gelegenheit gegeben zu haben, zu diesen Angaben Stellung zu nehmen. Dadurch habe die belangte Behörde das nach § 37 iVm § 65 AVG zu wahrende Parteiengehör verletzt.

Diese Rüge ist - angesichts des Umstandes, daß der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin in der mündlichen Berufungsverhandlung vom 4. November 1993, in der die genannten Angaben gemacht wurden, anwesend war und die Beschwerdeführerin nicht behauptet (und auch keine Anhaltspunkte nach der Aktenlage dafür bestehen), daß ihm die belangte Behörde im Sinne des § 43 Abs. 3 AVG verwehrt habe, sich zu diesen Angaben zu äußern und entsprechende ergänzende Beweisanträge zu stellen - unbegründet.

Die Beschwerdeführerin bezeichnet weiters die Feststellung, daß die Mitbeteiligte hinsichtlich ihrer persönlichen Voraussetzungen und auch gesundheitlich geeignet sei, in der Administration tätig zu sein, unrichtig; sie finde im durchgeführten Beweisverfahren, insbesondere in der Vernehmung der Mitbeteiligten und des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung vor der erstinstanzlichen Behörde am 30. März 1993, keine Deckung. Der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin habe hiebei nämlich angeführt, daß eine eigene Telefonkraft im Unternehmen der Beschwerdeführerin nicht beschäftigt werde. Die Telefontätigkeit werde insbesondere von den zwei Auftragsbearbeiterinnen mitübernommen. Das im Berufungsverfahren zur Sprache gekommene Telefonmarketing erfasse aber nach den Feststellungen nicht nur das Führen von Telefongesprächen, sondern auch das Führen von schriftlichen Aufzeichnungen über diese Gespräche. Die anfallende Tätigkeit am Computer bestehe im Heraussuchen der Kundennummern und im Eingeben der handschriftlich festgehaltenen Bestellungen der Kunden in den Computer. Das Ausmaß der Tätigkeit am Computer betrage ca. 40 bis 50 % der Arbeitszeit. Es bestehe ein gewisser Zeitdruck. Die Mitbeteiligte habe in ihrer Vernehmung am 30. März 1993 jedoch angegeben, daß sie sich eine überwiegende Verwendung nur mit EDV nicht vorstellen könne. Somit ergebe sich schon aus den Feststellungen der belangten Behörde über das Telefonmarketing, wonach hiebei rund 50 % der Arbeitszeit eine Arbeit am Computer umfasse und es sich überdies um eine stressige Tätigkeit handle, daß die Mitbeteiligte nicht in der Lage sei, diese Tätigkeit durchzuführen.

Mit diesem Vorbringen vermag die Beschwerdeführerin schon deshalb nicht den behaupteten Verfahrensmangel aufzuzeigen, weil sie einerseits zu Unrecht ein Tätigkeitsausmaß von ca. 40 bis 50 % der Arbeitszeit mit einer überwiegenden Verwendung gleichsetzt und andererseits die Feststellung der belangten Behörde außer acht läßt, daß die Mitbeteiligte schon bisher in einem gewissen Zeitdruck gearbeitet habe. Daß es auf den Umstand, daß die Telefontätigkeit derzeit von den zwei Auftragsbearbeiterinnen mitübernommen werde, nicht ankommt, wurde bereits bei Behandlung der Rechtsrüge dargelegt.

Da somit auch der Verfahrensrüge keine Berechtigung zukommt, war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung des Bundeskanzlers, BGBl. Nr. 416/1994.

#### **Schlagworte**

Ermessen

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

ECLI:AT:VWGH:1995:1994080034.X00

#### **Im RIS seit**

20.11.2000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

11.03.2010

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