

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

21.02.2012

Geschäftszahl

2011/11/0143

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gall und die Hofräte Dr. Schick, Dr. Grünstäudl, Mag. Samm sowie die Hofrätin Dr. Pollak als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Henk, über die Beschwerde der BT in S, vertreten durch Mag. Thomas Nitsch und Dr. Sacha Pajor, Rechtsanwälte in 2340 Mödling, Hauptstraße 48, gegen den Bescheid der Berufungskommission beim Bundesministerium für Soziales und Konsumentenschutz (nunmehr: Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz) vom 9. Juni 2008, Zl. 44.140/5-7/08, betreffend Zustimmung zur Kündigung nach dem Behinderteneinstellungsgesetz (mitbeteiligte Partei: S AG in S, vertreten durch GGG Rechtsanwälte in 1010 Wien, Köllnerhofgasse 6/2), zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Die Beschwerdeführerin hat der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid wurde über Antrag der Mitbeteiligten (im Folgenden: Dienstgeberin) die gemäß § 8 Abs. 2 Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG) erforderliche Zustimmung zu einer künftig auszusprechenden Kündigung der Beschwerdeführerin erteilt.

In der Begründung führte die belangte Behörde aus, die Beschwerdeführerin gehöre dem Kreis der begünstigten Behinderten mit einem Grad der Behinderung von 50 v.H. an. Als Gesundheitsschädigungen seien degenerative Veränderungen der Wirbelsäule, multiradikuläres Cervikolumbalsyndrom inklusive teilweiser migränoider Cephalaea/Vertigo sowie Stressinkontinenz festgestellt worden. Die Beschwerdeführerin sei bei der Dienstgeberin zunächst als Verkäuferin beschäftigt gewesen. Mit Schreiben vom 11. April 2006 habe die Dienstgeberin den Antrag auf Zustimmung zu einer künftig auszusprechenden Kündigung der Beschwerdeführerin gestellt (diesem Antrag lag nach der Aktenlage das Vorbringen zugrunde, dass der Beschwerdeführerin Arbeiten im Verkauf nicht mehr zumutbar seien). Die Dienstgeberin habe diesen Antrag in der Folge zurückgezogen, weil die Beschwerdeführerin auf Grund einer einvernehmlich getroffenen Vereinbarung ab dem 1. Juli 2006 im Bürobereich in der Zentrale der Dienstgeberin eingesetzt werden solle.

Mit Schreiben vom 22. August 2007 (richtig: 20. August 2007) habe die Dienstgeberin neuerlich einen Antrag gemäß § 8 Abs. 2 BEinstG auf Zustimmung zu einer künftig auszusprechenden Kündigung des Dienstverhältnisses der Beschwerdeführerin gestellt. Sie habe dies im Wesentlichen damit begründet, dass die Beschwerdeführerin für die genannte Bürotätigkeit nicht geeignet sei und dass auch sonst keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für die Beschwerdeführerin bestehe.

Die Erstbehörde habe diesem Antrag stattgegeben und als wesentlichen Sachverhalt festgestellt, die Beschwerdeführerin habe nach Verbrauch ihres Resturlaubs am 4. Oktober 2006 ihren Dienst als Sachbearbeiterin in der Abteilung Filialverrechnung in der Zentrale der Dienstgeberin angetreten. Dabei handle es sich um eine Routinearbeit, welche außer allgemeinen PC-Kenntnissen keine speziellen Vorkenntnisse erforderten. Zu den Tätigkeiten der Beschwerdeführerin hätte die Auflösung von Verrechnungskonten auf die richtigen Konten, die Bearbeitung und Freigabe der Lieferantenrechnungen sowie das teils händische, teils maschinelle Zählen von Gutscheinen gehört. Die Einschulung eines neuen Sachbearbeiters nehme im Regelfall vier bis fünf Wochen in Anspruch, nach diesem Zeitraum könne der Sachbearbeiter durchschnittlich fünf bis sechs Filialen bearbeiten, wobei er im Laufe des ersten Jahres auf bis zu zehn Filialen aufgestockt werde. Auf diese Weise seien bei der Dienstgeberin ca. 40 Mitarbeiter eingeschult worden. Auch die Beschwerdeführerin sei

zwar nach einer Einschulungsphase von sechs Wochen in der Lage gewesen, eine Filiale zu bearbeiten, sodass ihr in der Folge weitere Filialen zugeteilt worden seien. Das diesbezügliche Arbeitspensum habe die Beschwerdeführerin jedoch nicht erledigen können, weil sie als Folge eines zwischenzeitig verbrauchten Urlaubs wieder neu habe eingeschult werden müssen. Mit 12. Februar 2007 hätten daher vier der Beschwerdeführerin zugeteilte Filialen auf andere Mitarbeiter aufgeteilt werden müssen. Ab 26. März 2007 habe die Dienstgeberin einen Job-Coach beigezogen, welcher die Beschwerdeführerin während der am 9. Mai 2007 begonnenen Einschulung begleiten und unterstützen habe sollen. Dazu sei ein Einschulungsplan erstellt worden, nach dem die Anzahl der von der Beschwerdeführerin zu bearbeitenden Filialen stufenweise erhöht hätte werden sollen (beginnend mit zwei Filialen am 1. Juni 2007 bis zur Erweiterung auf sechs Filialen ab 1. Oktober 2007). Bereits im Juli 2007 sei die Beschwerdeführerin überfordert und nicht in der Lage gewesen, das vereinbarte Ziel von drei Filialen zu bearbeiten. In diesem Monat hätte sich ein Rückstand von 67 unbearbeiteten Rechnungen und Lieferscheinen und im folgenden Monat ein noch höherer Rückstand gebildet, der von ihren Kollegen teilweise unter Erbringung von Überstunden wieder aufgearbeitet hätte werden müssen, was zur Anspannung der sozialen Situation innerhalb der Abteilung geführt habe.

Vor dem Urlaubsantritt der Beschwerdeführerin am 9. August 2007 habe der Abteilungsleiter gemeinsam mit ihr und einer weiteren Sachbearbeiterin sowie dem Job-Coach den "Ist-Stand" überprüft. In diesem Gespräch habe die Beschwerdeführerin "weitere Stöße nicht bearbeiteter Rechnungen", die dann während ihres Sommerurlaubs aufgefunden worden seien, weder vorgelegt noch erwähnt. Die Arbeit der Beschwerdeführerin hätte danach kurzfristig auf andere Mitarbeiter aufgeteilt werden müssen.

Zu den persönlichen Verhältnissen der Beschwerdeführerin stellte die belangte Behörde fest, die Beschwerdeführerin habe den Beruf einer Köchin/Kellnerin erlernt, sei verheiratet und habe keine Sorge- oder Unterhaltsverpflichtungen. Ihr Verdienst liege bei etwa EUR 1.200,-- netto monatlich (ihre finanziellen monatlichen Belastungen für einen Wohnbaukredit, Heilbehelfe und Medikamente lägen bei bis zu EUR 600,--), ihr Ehegatte beziehe eine Pension von EUR 1.254,88 netto monatlich. Ein von der Erstbehörde eingeholtes arbeitsmedizinisches Sachverständigengutachten vom 28. Oktober 2007 habe (zusammengefasst) ergeben, dass die Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin als kaufmännische Sachbearbeiterin nur bei durchschnittlichem Arbeitstempo und mäßigem Zeitdruck bzw. Stress gegeben sei, während ihr Arbeiten unter Zeitdruck nur eingeschränkt zumutbar seien.

Darauf aufbauend habe die belangte Behörde das Gutachten eines berufskundlichen Sachverständigen eingeholt, welchen Arbeitsplatz die Beschwerdeführerin im Betrieb der Dienstgeberin noch ausfüllen könne. In seinem Gutachten vom 30. April 2008 sei der Sachverständige zu dem Ergebnis gelangt, dass es für die Beschwerdeführerin in Anbetracht ihrer Ausbildung, ihres Berufsverlaufes und ihres (medizinischen) Leistungskalküls keine zumutbaren Arbeitsplätze im Betrieb der Dienstgeberin gebe. (Im aktenskundigen Gutachten vom 30. April 2008 erfolgt diese Beurteilung gegliedert nach den jeweiligen Organisationseinheiten des Betriebs der Dienstgeberin; die Nichteignung der Beschwerdeführerin für die jeweiligen Arbeitsplätze wird im Wesentlichen damit begründet, dass diese mit Arbeiten mit durchschnittlichem bis zumindest teilweise überdurchschnittlichem Zeitdruck und Stress verbunden seien und Kurzpausen arbeitsablaufbedingt nicht regelmäßig möglich seien.)

In ihrer rechtlichen Beurteilung gab die belangte Behörde zunächst § 8 BEinstG wieder und führte aus, schon die Behörde erster Instanz sei zum Ergebnis gelangt, dass nach sorgfältiger Abwägung der beiderseitigen Interessen gegenständlich das Interesse der Dienstgeberin an der Beendigung des Dienstverhältnisses überwiege, weil es dieser - auch unter Berücksichtigung der sozialen Schutzwürdigkeit der Beschwerdeführerin - nicht zumutbar sei, die Beschwerdeführerin weiter zu beschäftigen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liege die Entscheidung, ob die Zustimmung zur Kündigung einer dem Kreis der begünstigten Behinderten nach § 2 BEinstG angehörenden Person nach § 8 Abs. 2 erster Satz BEinstG erteilt werde, im freien Ermessen der Behörde. Zweck des BEinstG sei die Eingliederung begünstigter Personen in den Arbeitsprozess und die Sicherung ihrer wirtschaftlichen Existenz. Daher seien bei der genannten Ermessensentscheidung das berechnete Interesse des Dienstgebers an der Beendigung des Dienstverhältnisses und die besondere soziale Schutzbedürftigkeit des zu kündigenden bzw. schon gekündigten Dienstnehmers im Einzelfall gegeneinander abzuwägen und unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände zu prüfen, ob dem Dienstgeber die Fortsetzung des Dienstverhältnisses oder dem Dienstnehmer der Verlust seines Arbeitsplatzes eher zugemutet werden könne. Eine Interessenabwägung im genannten Sinn gehe im vorliegenden Fall zu Gunsten der Dienstgeberin aus, weil die Beschwerdeführerin, wie dargestellt, "rein fachbezogen nicht mehr im Betrieb" der Dienstgeberin beschäftigt werden könne, weil dort keine entsprechende Beschäftigungsmöglichkeit für sie vorhanden sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, zu der die belangte Behörde die Verwaltungsakten vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet hat. Auch die Dienstgeberin hat als mitbeteiligte Partei eine Gegenschrift erstattet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§ 8 Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG) in der hier maßgebenden Fassung BGBl. I Nr. 82/2005 lautet auszugsweise:

"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 oder der Personalvertretung im Sinne des Bundes-Personalvertretungsgesetzes bzw. der entsprechenden landesgesetzlichen Vorschriften sowie nach Anhörung des zur Durchführung des Landes-Behindertengesetzes jeweils zuständigen Amtes der Landesregierung zugestimmt hat; dem Dienstnehmer kommt in diesem Verfahren Parteistellung zu. Eine Kündigung ohne vorherige Zustimmung des Behindertenausschusses ist rechtsunwirksam, wenn dieser nicht in besonderen Ausnahmefällen nachträglich die Zustimmung erteilt.

(3) Der Behindertenausschuss hat bei seiner Entscheidung über die Zustimmung zur Kündigung eines begünstigten Behinderten die besondere Schutzbedürftigkeit des Dienstnehmers zu berücksichtigen und unter Beachtung des § 6 zu prüfen, ob dem Dienstnehmer der Verlust seines Arbeitsplatzes zugemutet werden kann.

(4) Die Fortsetzung des Dienstverhältnisses wird dem Dienstgeber insbesondere dann nicht zugemutet werden können, wenn

a) der Tätigkeitsbereich des begünstigten Behinderten entfällt und der Dienstgeber nachweist, dass der begünstigte Behinderte trotz seiner Zustimmung an einem anderen geeigneten Arbeitsplatz ohne erheblichen Schaden nicht weiterbeschäftigt werden kann;

b) der begünstigte Behinderte unfähig wird, die im Dienstvertrag vereinbarte Arbeit zu leisten, sofern in absehbarer Zeit eine Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit nicht zu erwarten ist und der Dienstgeber nachweist, dass der begünstigte Behinderte trotz seiner Zustimmung an einem anderen geeigneten Arbeitsplatz ohne erheblichen Schaden nicht weiterbeschäftigt werden kann;

c) der begünstigte Behinderte die ihm auf Grund des Dienstverhältnisses obliegenden Pflichten beharrlich verletzt und der Weiterbeschäftigung Gründe der Arbeitsdisziplin entgegenstehen.

..."

Mit Erkenntnis vom 1. Juli 2011, G 80/10-12, hat der Verfassungsgerichtshof den jeweils auf Art. 140 Abs. 1 B-VG gestützten Anträgen des Verwaltungsgerichtshofes, "den durch die Novelle BGBl. Nr. 313/1992 eingefügten § 19a Abs. 2a erster Satz des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970, in eventu § 8 Abs. 2 des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970 in der Fassung BGBl. I Nr. 17/1999, als verfassungswidrig aufzuheben", keine Folge gegeben.

Die Beschwerde ist im Ergebnis unbegründet:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liegt die Entscheidung darüber, ob die Zustimmung zur Kündigung eines begünstigten Behinderten erteilt werden soll, im freien Ermessen der Behörde. Bei dieser Ermessensentscheidung ist es Aufgabe der Behörde, das berechnete Interesse des Dienstgebers an der Beendigung des Dienstverhältnisses und die besondere soziale Schutzbedürftigkeit des zu kündigenden 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. Durch die Novellierung mit dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 17/1999 sollte sich nach der Absicht des Gesetzgebers daran nichts ändern (vgl. den AB 1543 BlgNR 20. GP). Nach § 8 Abs. 4 lit. b BEinstG idF der Novelle BGBl. I Nr. 17/1999 ist der Verlust der Fähigkeit des begünstigten Behinderten, die im Dienstvertrag vereinbarte Arbeit zu leisten, im Zusammenhalt mit der Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung ein Grund, im Rahmen der Interessenabwägung dem Dienstgeber nicht die Fortsetzung des Dienstverhältnisses zuzumuten, dies mit der Folge, dass die Zustimmung zu einer (erst auszusprechenden) Kündigung zu erteilen sein wird (vgl. zum Ganzen zuletzt das Erkenntnis vom 19. Dezember 2011, Zl. 2011/11/0144, mwN).

Der Beschwerde ist zunächst zuzugestehen, dass weder im Spruch noch in der Begründung des angefochtenen Bescheides ausdrücklich auf einen der (demonstrativ aufgezählten) Fälle des § 8 Abs. 4 BEinstG Bezug genommen wird. Vor dem Hintergrund der dargestellten Feststellungen ist jedoch mit hinreichender Deutlichkeit die Auffassung der belangten Behörde erkennbar, der Dienstgeberin sei die Fortsetzung des Dienstverhältnisses aus den in § 8 Abs. 4 lit. b BEinstG genannten Gründen nicht zumutbar, weil die Beschwerdeführerin nicht mehr fähig sei, die im Dienstvertrag vereinbarte Arbeit zu leisten und weil ein anderer geeigneter Arbeitsplatz für die Beschwerdeführerin im Betrieb der Dienstgeberin nicht zur Verfügung stehe.

Die detaillierten Feststellungen der belangten Behörde, die Beschwerdeführerin habe im Anschluss an ihre Tätigkeit als Verkäuferin im Unternehmen der Dienstgeberin die dann vereinbarte Arbeit als kaufmännische Sachbearbeiterin lediglich zu Beginn der Einschulungsphase (Bearbeitung einer Filiale) erbracht, diese aber danach (Bearbeitung mehrerer Filialen) trotz wiederholter Einschulungsmaßnahmen und trotz Beiziehung eines Job-Coaches nicht mehr erbringen können, werden in der Beschwerde nicht bestritten. Ebenso unbestritten bleibt in diesem Zusammenhang die reduzierte Leistungsanforderung an die Beschwerdeführerin, die als Sachbearbeiterin letztlich nur sechs Filialen hätte bearbeiten sollen, wohingegen andere Sachbearbeiter auf bis

zu zehn Filialen aufgestockt worden seien. Auch die Ausführungen des medizinischen Sachverständigen, wonach die Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin als kaufmännische Sachbearbeiterin nur bei durchschnittlichem Arbeitstempo und mäßigem Zeitdruck bzw. Stress gegeben sei, wobei ihr Arbeiten unter Zeitdruck nur eingeschränkt zumutbar seien, sowie die darauf aufbauenden gutachtlichen Ausführungen des berufskundlichen Sachverständigen, dass im Hinblick auf dieses Leistungsprofil andere geeignete Arbeitsplätze für die Beschwerdeführerin bei der Dienstgeberin nicht vorhanden seien, werden in der Beschwerde nicht in Zweifel gezogen und wurden auch im Verwaltungsverfahren nicht auf gleicher fachlicher Ebene bekämpft.

Vor diesem Hintergrund ist der Einwand der Beschwerde, die belangte Behörde hätte Feststellungen treffen müssen, welche Nachteile der Dienstgeberin durch die Fortführung des Dienstverhältnisses mit der Beschwerdeführerin entstehen würden, nicht nachvollziehbar, liegen diese Nachteile gegenständlich doch auf der Hand (Lohnfortzahlung trotz des Fehlens entsprechender Leistungen der Beschwerdeführerin). Die Beschwerde meint weiters, die belangte Behörde hätte im Rahmen der Ermessensübung berücksichtigen müssen, dass die Beschwerdeführerin (bei Erlassung des angefochtenen Bescheides) im 57. Lebensjahr gestanden sei und in Anbetracht ihres Alters sowie ihres Krankheitsbildes auf dem Arbeitsmarkt nicht mehr vermittelbar sei. Dazu ist darauf hinzuweisen, dass die belangte Behörde im Spruch des angefochtenen Bescheides den Erstbescheid "vollinhaltlich" bestätigt hat und sich auch in der Begründung den Ausführungen des erstinstanzlichen Bescheides angeschlossen hat. Bereits im erstinstanzlichen Bescheid (Seite 18) wurde bei der Ermessensentscheidung auch die soziale Schutzwürdigkeit der Beschwerdeführerin, "insbesondere auch der schweren Vermittelbarkeit", berücksichtigt.

Soweit die Beschwerde schließlich meint, die belangte Behörde habe keinerlei Ermittlungen dahin gehend unternommen, mit welchem Aufwand im Betrieb der Dienstgeberin eine entsprechende Arbeitsposition für die Beschwerdeführerin "geschaffen werden könnte", ist sie auf die hg. Judikatur zu verweisen. Aus dieser ergibt sich, dass die Tatbestandsvoraussetzung nach § 8 Abs. 4 lit. a und lit. b BEinstG ("... der Dienstgeber nachweist, dass der begünstigte Behinderte trotz seiner Zustimmung an einem anderen geeigneten Arbeitsplatz ohne erheblichen Schaden nicht weiterbeschäftigt werden kann") den Dienstgeber nicht zu organisatorischen Änderungen seines Betriebes, um einen Arbeitsplatz für einen begünstigten Behinderten zu schaffen, verpflichtet (vgl. das hg. Erkenntnis vom 14. Dezember 1999, Zl. 99/11/0246, und in diesem Sinne auch das Erkenntnis vom 26. Februar 2008, Zl. 2005/11/0088, mit Verweis auf das Erkenntnis vom 22. April 1997, Zl. 95/08/0039, wonach die Behörde festzustellen hat, ob in dem Betrieb noch andere Arbeitsplätze "vorhanden sind", auf denen der behinderte Dienstnehmer unter Berücksichtigung seiner eingeschränkten Leistungsfähigkeit tätig werden könnte).

Da vor diesem Hintergrund gegenständlich davon auszugehen ist, dass die Beschwerdeführerin trotz entsprechender Hilfestellungen seitens der Dienstgeberin (wiederholte Einschulung, gegenüber anderen Sachbearbeitern reduzierte Leistungsanforderung) die vereinbarte Arbeit zu leisten nicht fähig ist (in diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass die Beschwerdeführerin unstrittig von ihr unbearbeitet gebliebene Rechnungen in einem diesbezüglichen Gespräch mit ihrem Vorgesetzten unerwähnt ließ und diese Rechnungen erst während ihres Urlaubs aufgefunden wurden) und ein anderer geeigneter Arbeitsplatz für die Beschwerdeführerin im Betrieb der Dienstgeberin nicht vorhanden ist, kann die Ermessensübung der belangten Behörde bei Abwägung der gegenläufigen Interessen der Beschwerdeführerin und der Dienstgeberin nicht als rechtswidrig erkannt werden.

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Zuspruch von Aufwandsersatz an die Mitbeteiligte gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Ein Zuspruch von Aufwandsersatz an die belangte Behörde war mangels Antrages nicht vorzunehmen.

Wien, am 21. Februar 2012