



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Schick und den Hofrat Dr. Grünstäudl sowie die Hofrätin Dr. Pollak als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Vitecek, über die Revision des A L in L, vertreten durch Mag. Hans Teuchtmann, Rechtsanwalt in 4040 Linz, Hauptstraße 33, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. März 2018, Zl. W261 2169691-1/14E, betreffend Zustimmung zur Kündigung nach § 8 Abs. 4 lit. b BEinstG (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Sozialministeriumservice Landesstelle Oberösterreich; mitbeteiligte Partei: A GmbH in L, vertreten durch Dr. Helmut Trenkwalder, Rechtsanwalt in 4020 Linz, Fadingerstraße 9), den **Beschluss** gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Der Revisionswerber hat der Mitbeteiligten Aufwendungen in Höhe von € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung:

- 1 Mit Bescheid vom 13. Juli 2017 gab die belangte Behörde dem Antrag der Mitbeteiligten auf Zustimmung zur noch auszusprechenden Kündigung des Revisionswerbers statt. Begründend wurde (nach durchgeführter Verhandlung) festgestellt, der Revisionswerber sei seit 18. April 2016 begünstigter Behinderter und beziehe seit 1. Mai 2016 Rehabilitationsgeld und Pflegegeld der Stufe 1. Er sei verheiratet und habe zwei minderjährige Kinder. 1986 sei er in das Unternehmen der Mitbeteiligten eingetreten, habe dort seine Lehre als KFZ-Techniker abgeschlossen und sei ab 1998 als Kundendienstberater eingesetzt worden. Der Revisionswerber habe am 29. Dezember 2015 einen Schlaganfall erlitten und befinde sich seitdem durchgehend im Krankenstand. Mit Beschluss vom 8. September 2016 sei für ihn ein Verfahrenssachwalter und einstweiliger Sachwalter zur Besorgung dringender Angelegenheiten, mit Beschluss vom 19. Jänner 2017 gemäß § 268 ABGB ein Sachwalter für die Vertretung vor Ämtern, Gerichten und Sozialversicherungsträgern, zur Verwaltung von Einkünften, Vermögen und Verbindlichkeiten sowie zur Vertretung bei Rechtsgeschäften, die über das tägliche Leben hinausgingen,



bestellt worden. Maßgebend dafür sei das neurologisch/psychiatrische Gutachten Dris. D vom 11. Oktober 2016 gewesen, demzufolge der Revisionswerber an einem organischen Psychosyndrom mit Ausbildung von Persönlichkeits- und Verhaltensstörungen leide. Dies bewirke eine wesentliche Einschränkung der Kritikfähigkeit und einen Mangel an Alltagskompetenz, sodass aus medizinischer Sicht Geschäftsunfähigkeit vorliege. Eine Nachuntersuchung bei der Pensionsversicherungsanstalt habe ergeben, dass der Anspruch auf Rehabilitationsgeld wegen vorübergehender Berufsunfähigkeit weiter bestehe.

Nach einem weiteren neurologisch/psychiatrischen Gutachten Dris. D vom 22. November 2016 sei aufgrund der Folgen des Schlaganfalls eine kontinuierliche Berufstätigkeit zum damaligen Zeitpunkt nicht zumutbar gewesen. Nach dem berufskundlich-arbeitspsychologischen Gutachten vom 30. März 2017 genieße der Revisionswerber Berufsschutz als Kfz-Mechaniker. Seine letzte Tätigkeit als Kundenbetreuer sei ihm aufgrund seiner im Gutachten Dris. D festgestellten Einschränkungen nicht zumutbar.

Zur Klärung, ob eine Verbesserung des Leistungskalküls eingetreten oder in absehbarer Zukunft zu erwarten sei, habe die belangte Behörde ein weiteres neurologisch/psychiatrisches Gutachten von Dr. D eingeholt, welches dieser am 10. Mai 2017 erstattet habe. Danach sei keine kalkülsrelevante Besserung eingetreten, es seien weiterhin Krankenstände von mindestens sieben Wochen zu erwarten, und es könne nicht „mit hoher Sicherheit“ prognostiziert werden, dass der Revisionswerber in Zukunft wieder Kundenberatungen werde durchführen können.

- 2 In der rechtlichen Beurteilung nahm die belangte Behörde nach Wiedergabe der Bezug habenden Rechtsvorschriften, insbesondere des § 8 Abs. 2 und 4 BEinstG, sowie dazu ergangener hg. Rechtsprechung eine Abwägung vor, ob der Mitbeteiligten als Dienstgeberin die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses oder dem Revisionswerber als Dienstnehmer der Verlust des Arbeitsplatzes eher zugemutet werden könne. Aufgrund der übereinstimmenden Gutachtensergebnisse, die von den Parteien nicht bestritten worden seien, liege beim Revisionswerber eine Arbeitsunfähigkeit auf dem



allgemeinen Arbeitsmarkt vor, deren Wegfall in absehbarer Zeit nicht zu erwarten sei. Da der Mitbeteiligten eine Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses über Jahre hinaus unter diesen Umständen nicht zumutbar sei, sei ihrem Interesse an der Beendigung des Dienstverhältnisses mehr Gewicht beizumessen als dem Bestandsinteresse des Revisionswerbers, dessen finanzielle Einbuße durch das Rehabilitationsgeld gemildert werde.

- 3 Mit dem angefochtenen, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung ergangenen Erkenntnis wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde des Revisionswerbers gegen diesen Bescheid ab. Gleichzeitig sprach es gemäß § 25a VwGG aus, dass eine ordentliche Revision unzulässig sei.
- 4 Seiner Begründung legte das Verwaltungsgericht den von der belangten Behörde ermittelten Sachverhalt zugrunde. Rechtlich führte es nach Wiedergabe der maßgebenden Bestimmungen des BEinstG im Wesentlichen aus, dass ein Verlust des Arbeitsplatzes für den Revisionswerber einen starken Einschnitt in seine persönlichen Verhältnisse bedeute, er jedoch durch den Bezug des Rehabilitationsgeldes durchaus in der Lage sei, seinen laufenden finanziellen Verpflichtungen für sich und seine Familie nachzukommen. Bei der Interessenabwägung sei auch zu berücksichtigen, dass der Revisionswerber seit seinem Schlaganfall laufend im Krankenstand bzw. seit dem Bezug des Rehabilitationsgeldes praktisch freigestellt sei und der mitbeteiligten Partei damit seine Arbeitskraft nicht mehr zur Verfügung stehe. Wann der Gesundheitszustand des Revisionswerbers diesem wieder erlaube, einer Tätigkeit nachzugehen, lasse sich zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht abschätzen. Dies werde auch durch das von der belangten Behörde eingeholte Gutachten vom 11. Mai 2017, welches der Entscheidung zugrunde liege, bestätigt. Es sei ausreichend dargestellt worden, dass es keine Ersatzarbeitsplätze bei der mitbeteiligten Partei gebe, da die Arbeit die Geschäftsfähigkeit voraussetze. Entgegen dem Ansinnen des Revisionswerbers sehe § 8 Abs. 4 lit b BEinstG ein jahrelanges „Vorhalten“ eines Arbeitsplatzes für einen begünstigten Behinderten nicht vor, zumal auch nicht sicher sei, ob der Revisionswerber jemals wieder arbeiten könne.



- 5 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision, zu der das Verwaltungsgericht die Verfahrensakten vorgelegt hat. Die mitbeteiligte Partei erstattete eine Revisionsbeantwortung.
- 6 Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.
- 7 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen.
- 8 Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision gesondert vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen. Dem Erfordernis einer (gesonderten) Zulässigkeitsbegründung wird insbesondere nicht schon durch nähere Ausführungen zur behaupteten Rechtswidrigkeit der bekämpften Entscheidung (§ 28 Abs. 1 Z 5 VwGG) oder zu den Rechten, in denen sich der Revisionswerber verletzt erachtet (§ 28 Abs. 1 Z 4 VwGG), Genüge getan (vgl. etwa die Beschlüsse VwGH 23.3.2017, Ra 2017/11/0014, und VwGH 1.9.2017, Ra 2017/11/0225, jeweils mwN).
- 9 In der Revision werden keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme.
- 10 Zur Zulässigkeit der Revision wird vorgebracht, dass die Interessenabwägung des Verwaltungsgerichts nicht vertretbar sei (Hinweis auf VwGH 30.4.2014, Ro 2014/11/0001). Weiters sei zu klären, ob die Zustimmung zur Kündigung erteilt werden dürfe, wenn dem Arbeitgeber aufgrund des § 15b AVRAG kein





Schaden durch die Weiterbeschäftigung des begünstigten Behinderten drohe bzw. ein solcher Schaden nicht festgestellt worden sei.

- 11 § 8 BEinstG, BGBl. Nr. 22/1970 in der Fassung BGBl. I Nr. 155/2017 lautet in seinen hier maßgeblichen Teilen:

„§ 8 ...

(2) Die Kündigung eines begünstigten Behinderten (§ 2) darf von einem Dienstgeber erst dann ausgesprochen werden, wenn der Behindertenausschuss (§ 12) nach Anhörung des Betriebsrates, der Behindertenvertrauensperson (Stellvertreter) oder der Personalvertretung im Sinne des Bundes Personalvertretungsgesetzes bzw. der entsprechenden landesgesetzlichen Vorschriften zugestimmt hat; dem Dienstnehmer kommt in diesem Verfahren Parteistellung zu. Eine Kündigung ohne vorherige Zustimmung des Behindertenausschusses ist rechtsunwirksam, wenn nicht in Ausnahmefällen nachträglich die Zustimmung erteilt wird. ...

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

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

...

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

...“

- 12 § 15b Abs. 1 AVRAG, BGBl. Nr. 459/1993 in der Fassung BGBl. I. Nr. 152/2015, lautet:

„§ 15b. (1) Bei einer vom Versicherungsträger gemäß § 367 Abs. 4 ASVG festgestellten Invalidität eines Arbeitnehmers/einer Arbeitnehmerin ruhen für die Dauer des Bezuges von Rehabilitationsgeld nach § 143a ASVG oder Umschulungsgeld nach § 39b AIVG die wechselseitigen sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Hauptleistungspflichten des Arbeitnehmers/der



Arbeitnehmerin und des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin sowie die Verpflichtung des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin zur Fortzahlung des Entgelts, es sei denn, der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin wird im Sinne des § 4 Abs. 2 des Entgeltfortzahlungsgesetzes, BGBl. Nr. 399/1974, für arbeitsfähig erklärt.“

- 13 Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Entscheidung des Behindertenausschusses des Bundessozialamtes (jetzt: Sozialministeriumservice) gemäß § 8 BEinstG um eine Ermessensentscheidung. Die Behörde hat bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen die Möglichkeit, die Zustimmung zur Kündigung zu erteilen, muss das aber nicht tun, wenn im Sinne des Gesetzes gelegene Gründe gegen die Zustimmung zur Kündigung sprechen. Der hinter § 8 BEinstG gelegene Sinn des Gesetzes liegt darin, dass der Behörde die Möglichkeit verschafft wird, abzuwägen, ob eher dem Arbeitnehmer eine Kündigung oder dem Dienstgeber eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses zugemutet werden kann. Enthält das Vorbringen des Dienstgebers Gründe, die für eine Zustimmung zur Kündigung sprechen, weil der Dienstnehmer einen Tatbestand des § 8 Abs. 4 BEinstG verwirklicht hat, wird es - falls diese tatsächlich vorliegen - regelmäßig im Sinne des Gesetzes liegen, die Zustimmung zur Kündigung zu erteilen (vgl. VwGH 10.9.2019, Ra 2017/11/0039, mwN).
- 14 Vor dem Hintergrund des Art. 130 Abs. 3 B-VG ist es Aufgabe des Verwaltungsgerichtes zu überprüfen, ob sich die Zustimmung zur Kündigung durch die belangte Behörde als Ermessensübung im Sinne des Gesetzes erwies, und zwar vor dem Hintergrund der im Zeitpunkt der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung bestehenden Sach- und Rechtslage. Bejahendenfalls ist die Beschwerde - ohne dass das Verwaltungsgericht befugt wäre, in eine eigene Ermessenentscheidung einzutreten - abzuweisen. Erst wenn sich die behördliche Ermessensübung im Ergebnis als nicht im Sinne des Gesetzes erfolgt erweist, was insbesondere auch der Fall wäre, wenn die für die Übung des Ermessens maßgeblichen Umstände nicht frei von Verfahrensmängeln oder unvollständig festgestellt wurden, ist das Verwaltungsgericht befugt, bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine Entscheidung in der Sache selbst (§ 28 Abs. 2 VwGVG), gegebenenfalls nach Ergänzung des Ermittlungsverfahrens eigenes Ermessen zu üben (nur bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen für



eine Entscheidung in der Sache selbst wäre nach § 28 Abs. 4 VwGVG vorzugehen). Die Interessenabwägung der belangten Behörde im Rahmen der Ermessensentscheidung gemäß § 8 BEinstG hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, sodass die Entscheidung des Verwaltungsgerichts, mit der diese Ermessensentscheidung bestätigt wird, im Regelfall (so die für die Übung des Ermessens maßgeblichen Umstände vollständig und frei von Verfahrensmängeln berücksichtigt wurden) nicht revisibel ist (vgl. zu alldem VwGH 26.7.2018, Ra 2017/11/0294, mwN).

- 15 Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem Fall, in dem eine Arbeitnehmerin (ebenso wie der Revisionswerber im vorliegenden Fall) Rehabilitationsgeld nach § 143a ASVG bezog und daher die Fortzahlung des Entgelts durch den Arbeitgeber ruhte (vgl. § 15b Abs. 1 AVRAG), im Zusammenhang mit einer beantragten Zustimmung zur Kündigung nach § 8 BEinstG, ausgesprochen, dass die Voraussetzungen des § 8 Abs. 4 lit. b BEinstG, bei deren Vorliegen die Fortsetzung des Dienstverhältnisses dem Dienstgeber in der Regel nicht zumutbar ist, (bereits) dann erfüllt sind, wenn in absehbarer Zeit eine Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit des Dienstnehmers nicht zu erwarten ist. Dies trifft bei einer vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit nicht zu, wenn nicht weit überdurchschnittliche Krankenstände durch einen langen Zeitraum nahezu regelmäßig auftreten (vgl. erneut VwGH 26.7.2018, Ra 2017/11/0294, Rn 30, mwN).
- 16 Im Revisionsfall gingen sowohl die belangte Behörde als auch das Verwaltungsgericht vom entscheidungswesentlichen Umstand aus, in absehbarer Zeit sei eine Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit des Revisionswerbers nicht zu erwarten. Dies wird auch in der Revision nicht bestritten, und daran ändert es auch nichts, dass die Pensionsversicherungsanstalt wiederholt Rehabilitationsgeld nach § 143a Abs. 1 ASVG für die Dauer einer ihrer Meinung nach bloß „vorübergehenden“ Berufsunfähigkeit gewährte. Angesichts der in der Revision nicht bestrittenen Feststellung des Verwaltungsgerichts, es gebe bei der Mitbeteiligten keinen Arbeitsplatz, der dem Leistungskalkül des geschäftsunfähigen Revisionswerbers unter Berücksichtigung des Berufsschutzes als



Kfz-Techniker entspreche, kommt es vor dem Hintergrund des § 8 Abs. 4 lit. b BEinstG entgegen der Ansicht des Revisionswerbers nicht mehr darauf an, dass sein Bezug von Rehabilitationsgeld die Mitbeteiligte von der Entgeltfortzahlung befreite.

17 Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erkennen, dass das Verwaltungsgericht bei seiner Beurteilung, der belangten Behörde sei keine fehlerhafte Ermessensübung vorzuwerfen, von der dargestellten Judikatur abgewichen wäre.

18 Die Revision war daher zurückzuweisen.

19 Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff. VwGG iVm. der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

W i e n , am 19. November 2020

