



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Schick sowie die Hofrätinnen Dr. Pollak und MMag. Ginhör als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.^a Janitsch, über die Revision des J K in L, vertreten durch Dr. Stefan Lahnsteiner, Rechtsanwalt in 4802 Ebensee, Schulgasse 3, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. Juli 2021, Zl. W133 2233659-2-1/9E, betreffend Zustimmung zur Kündigung eines begünstigten Behinderten (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Behindertenausschuss beim Sozialministeriumservice, Landesstelle Oberösterreich; mitbeteiligte Partei: D GmbH in L, vertreten durch Dr. Alfred Hawel, Dr. Ernst Eypeltauer, MMag. Arnold Gigleitner und Dr. Christoph Huber, Rechtsanwälte in 4020 Linz, Lederergasse 18), den **Beschluss** gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen.

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

Begründung:

- 1 Nachdem die Mitbeteiligte, ein Malerbetrieb, mit Schreiben vom 2. September 2019 das Dienstverhältnis zum Revisionswerber, einem Malerfacharbeiter, mit Ablauf des 4. Oktober 2019 gekündigt hatte, stellte das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen (Sozialministeriumservice) mit Bescheid vom 17. September 2019 fest, dass der Revisionswerber (rückwirkend) ab dem 8. Juli 2019 dem Kreis der begünstigten Behinderten angehöre, und setzte den Grad der Behinderung mit 50 v.H. fest. In dem diesem Bescheid zugrundeliegenden medizinisch-chirurgischen Gutachten vom 16. September 2019 wurden die festgestellten Funktionseinschränkungen des Revisionswerbers als Dauerzustand beurteilt.
- 2 Dem mit Schriftsatz vom 10. Oktober 2019 von der Mitbeteiligten gestellten Antrag auf nachträgliche Zustimmung zur Kündigung des Revisionswerbers gab die belangte Behörde mit - im zweiten Rechtsgang erlassenen - Bescheid vom 15. Februar 2021 statt. Das Verwaltungsgericht wies die dagegen





erhobene Beschwerde des Revisionswerbers mit dem angefochtenen, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung ergangenen Erkenntnis ab und gab dem Antrag der Mitbeteiligten auf nachträgliche Zustimmung zur Kündigung des Revisionswerbers gemäß § 8 Abs. 2 Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG) statt. Gleichzeitig sprach das Verwaltungsgericht aus, dass eine Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig sei.

- 3 Das Verwaltungsgericht stellte, wie schon die belangte Behörde, fest, der Revisionswerber sei verheiratet, habe weder Schulden noch Sorgepflichten und beziehe ein monatliches Nettoeinkommen von rund € 1.700,-- bis € 1.800,--, seine Ehefrau eines von rund € 1.000,--. Gemeinsam mit seiner Ehefrau bestehe Eigentum an einem Wohnhaus; die monatlichen Fixkosten betrügen € 400,--. Der Revisionswerber arbeite - mit Unterbrechungen seit 2001 und ununterbrochen seit Jänner 2008 - bei der Mitbeteiligten als Malerfacharbeiter. Er habe sich zuletzt im Zeitraum von 23. April 2019 bis 7. Februar 2020, somit rund neuneinhalb Monate, im Krankenstand befunden. Vor diesem Hintergrund und wegen der rückläufigen Entwicklung ihres Betriebsstandortes habe die Mitbeteiligte am 2. September 2019, also zu einem Zeitpunkt, als ihr die Zugehörigkeit des Revisionswerbers zum Kreis der begünstigten Behinderten noch nicht habe bekannt sein können, die Kündigung ausgesprochen.

Die Tätigkeit des Revisionswerbers bei der Mitbeteiligten umfasse Maler- und Spachtelarbeiten, Fassadenanstriche und Beschichtungen samt dem Transport von Arbeitsmaterialien, Werkzeugen und Maschinen. Die Arbeiten erforderten Körperhaltungen in gebückter und gestreckter Position, Hebe- und Trageleistungen bis 25 kg und bis zu 50% der Arbeitszeit Überkopfarbeiten.

Gestützt auf das orthopädische Sachverständigengutachten vom 11. Jänner 2020 samt ergänzender gutachterlicher Stellungnahme vom 11. März 2020 sowie auf das berufskundliche Sachverständigengutachten vom 23. Mai 2020 traf das Verwaltungsgericht zum Leistungskalkül des Revisionswerbers folgende Feststellungen:





„Dem Dienstnehmer sind leichte Arbeiten mit Tragen bis 5kg und Heben bis 10kg dauernd, mittelschwere Arbeiten mit Tragen bis 10kg und Heben bis 15kg drittelzeitig und schwere Arbeiten mit Tragen über 10kg und Heben über 15kg 10%ig zumutbar [...].

Tätigkeiten in konstant vorgebeugter Körperhaltung ab ca. 30 bis 40%, Arbeiten mit ständigem Bücken bis zum Boden und ständige Überkopfarbeiten sind nicht möglich. Diese Arbeiten sind nur fallweise, also drittelzeitig durchführbar [...].

Der Dienstnehmer ist nicht mehr in der Lage, die Tätigkeit als Malerfacharbeiter zur Gänze vollwertig, wie er diese bei der Dienstgeberin zu verrichten hat bzw. wie es dem üblichen Berufsbild als Maler und Beschichtungstechniker entspricht, auszuüben, da Überkopfarbeiten nur mehr fallweise, konkret drittelzeitig möglich sind [...]. [Im] Betrieb fallen Arbeiten über Kopf täglich im Ausmaß von bis zu 50% an. Eine Besserung des Leistungskalküls wurde gutachterlicherseits mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen. [...]“

Gestützt auf die Aussagen des Bundesinnungsmeisters und des oberösterreichischen Landesinnungsmeisters der Maler stellte das Verwaltungsgericht weiters fest, dass Überkopfarbeiten in einem Arbeitsvorgang mit den übrigen Wandstreifarbeiten ohne Absetzen durchgeführt werden müssten („in einem Zug“), da in den Übergangsbereichen sonst Farbunterschiede auftreten würden, die den Qualitätsanforderungen nicht entsprächen. Eine Fläche müsse von einer Person in einem Arbeitsvorgang gestrichen werden. Dies sei dem Revisionswerber vor dem Hintergrund des Leistungskalküls nicht möglich. Es müsste daher eine zusätzliche Ersatzfachkraft eingesetzt werden. Der Ersatz der Minderleistung durch die Tätigkeit eines Lehrlings sei entgegen dem Vorbringen des Revisionswerbers nicht geeignet, die Arbeitsleistung eines Malerfacharbeiters zu ersetzen.

- 4 In rechtlicher Hinsicht führte das Verwaltungsgericht im Hinblick auf § 8 Abs. 4 lit. b BEinstG aus, der Revisionswerber sei nicht mehr in der Lage, die Tätigkeit als Malerfacharbeiter zur Gänze vollwertig auszuüben. Eine Weiterbeschäftigung des Revisionswerbers an seinem bisherigen Arbeitsplatz ohne Beistellung einer zusätzlichen Vollzeiterersatzfachkraft würde eine tägliche aufwändige Umorganisation der Arbeitsabläufe mit einer zusätzlichen regelmäßigen Mehrbelastung der übrigen Mitarbeiter durch vermehrte



Überkopfarbeiten bedeuten. Der Verwaltungsgerichtshof habe jedoch klargestellt, dass die Tatbestandsvoraussetzung u.a. des § 8 Abs. 4 lit. b BEinstG den Dienstgeber nicht zu organisatorischen Änderungen seines Betriebes verpflichtet, um einen Arbeitsplatz für den begünstigten Behinderten zu schaffen (Hinweis u.a. auf VwGH 14.12.1999, 99/11/0246). Es sei dem Dienstgeber nicht zumutbar, einen begünstigten Behinderten weiter zu beschäftigen, wenn dadurch ein geordneter Betriebsablauf gestört würde (Hinweis auf VwGH 25.4.1991, 90/09/0139).

Der neuneinhalb Monate andauernde Krankenstand des Revisionswerbers sei zwar allein kein Zustimmungsgrund zur Kündigung, dürfe in der Interessenabwägung jedoch nicht unberücksichtigt bleiben. Im Unternehmen der Mitbeteiligten gebe es keine geeigneten Ersatzarbeitsplätze. Die Arbeitsmarktsituation für Maler und Beschichtungstechniker mit Lehrabschluss sei grundsätzlich als gut zu bewerten. Es bestehe auch die Möglichkeit, als Baumarktverkäufer zu arbeiten. Aus den von der Mitbeteiligten vorgelegten Unterlagen ergebe sich eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens. Bei einer Fortsetzung des Dienstverhältnisses würden der Mitbeteiligten zusätzliche Kosten von mindestens € 2.750,-- pro Monat für eine Vollzeiteratzfachkraft und den Mehraufwand in der Verwaltung erwachsen, was einen erheblichen Schaden iSd. § 8 Abs. 4 lit. b BEinstG darstelle.

Insgesamt falle die Interessenabwägung zu Gunsten der Mitbeteiligten aus. Dem Revisionswerber sei der Verlust seines Arbeitsplatzes eher zuzumuten als der Mitbeteiligten die Fortsetzung des Dienstverhältnisses, obwohl der Revisionswerber aufgrund seines Alters und seiner Beeinträchtigungen schwerer einen neuen Arbeitsplatz finden und in Zukunft mit einem geringeren Einkommen konfrontiert sein könnte. Die Ermessensentscheidung der belangten Behörde erweise sich somit im Ergebnis als rechtmäßig. Auch die in § 8 Abs. 2 BEinstG normierten Voraussetzungen für die nachträgliche Zustimmung zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung seien erfüllt.

- 5 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision. Die Mitbeteiligte erstattete eine Revisionsbeantwortung mit dem Antrag, die Revision kostenpflichtig zurück- bzw. abzuweisen.



- 6 Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichts 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.

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 mit Beschluss zurückzuweisen. Ein solcher Beschluss ist gemäß § 34 Abs. 3 VwGG in jeder Lage des Verfahrens zu fassen.

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 Verwaltungsgerichts gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof ausschließlich im Rahmen der dafür in der Revision gesondert vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.

- 7 In der Zulässigkeitsbegründung der Revision wird zusammengefasst vorgebracht, die Ermessensentscheidung sei nicht im Sinne des Gesetzes erfolgt. Durch die Weiterbeschäftigung des Revisionswerbers sei keine wirtschaftliche Gefährdung des Betriebs der Mitbeteiligten gegeben. Ein Leistungsdefizit könne kein schlüssiges Argument dafür sein, dass die Weiterbeschäftigung eines begünstigten Behinderten nicht mehr zumutbar sei. Der Revisionswerber habe jedenfalls aufgrund seines Alters (geb. 1969) sowie seiner Behinderung gravierende Nachteile, und es sei mit einer beträchtlichen verminderten Vermittelbarkeit und einer langen Dauer der Arbeitslosigkeit mit wesentlich geringerem Einkommen zu rechnen. Weiters zitiere das Verwaltungsgericht zur Untermauerung seiner Begründung nicht einschlägige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes. Vielmehr gebe es zum konkreten Sachverhalt noch keine hg. Rechtsprechung. So müsse kein Arbeitsplatz geschaffen werden, weil dieser bei der Mitbeteiligten bereits existiere. Es gehe vielmehr darum, geringfügige Minderleistungen des Revisionswerbers



auszugleichen. Schließlich habe das Verwaltungsgericht den vom Revisionswerber gestellten Beweisantrag auf Einholung eines weiteren orthopädischen Sachverständigengutachtens zu Unrecht abgelehnt.

- 8 § 8 des Behinderteneinstellungsgesetzes - BEinstG, BGBl. Nr. 22/1970
idF BGBl. I Nr. 78/2021, lautet auszugsweise:

„Kündigung

§ 8. (1) ...

(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. ... Ein Ausnahmefall, der die Zustimmung zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung rechtfertigt, ist dann gegeben, wenn dem Dienstgeber zum Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung nicht bekannt war und auch nicht bekannt sein musste, dass der Dienstnehmer dem Personenkreis der begünstigten Behinderten im Sinne des § 2 angehört. Abs. 4 und 4a sind anzuwenden.

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

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

a) ...

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;

...“



- 9 Vorauszuschicken ist, dass sich die Revision nicht gegen die Beurteilung des Verwaltungsgerichts wendet, die in § 8 Abs. 2 vorletzter Satz BEinstG normierte Voraussetzung für eine erst nachträgliche Zustimmung zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung lägen vor.
- 10 Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs handelt es sich bei der Entscheidung des Behindertenausschusses des 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 dagegen sprechen. Der Sinn des § 8 BEinstG liegt darin, der Behörde die Möglichkeit zu verschaffen 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 1.3.2016, Ra 2015/11/0106; 26.7.2018, Ra 2017/11/0294; 10.9.2019, Ra 2017/11/0039; 19.11.2020, Ra 2018/11/0093).
- 11 Die Interessenabwägung der belangten Behörde im Rahmen der Ermessensentscheidung gemäß § 8 BEinstG hängt, wie sich aus der zitierten Judikatur ergibt, 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. erneut VwGH 26.7.2018, Ra 2017/11/0294).
- 12 Nach § 8 Abs. 4 lit. b BEinstG 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 die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zuzumuten (vgl. VwGH 21.2.2012, 2011/11/0143, mwN).



- 13 Im Zulässigkeitsvorbringen des Revisionswerbers wird nicht dargelegt, inwiefern das Verwaltungsgericht von der hg. Judikatur zur mangelnden Verpflichtung des Dienstgebers, seine Betriebsorganisation zu ändern, um einen Arbeitsplatz für einen begünstigten Behinderten zu schaffen (vgl. abermals VwGH 10.9.2019, Ra 2017/11/0039, mwN) oder die anfallenden Arbeiten zugunsten des begünstigten Behinderten auf andere Mitarbeiter umzuverteilen (vgl. VwGH 27.4.1989, 88/09/0124 sowie 25.4.1991, 90/09/0139), abgewichen sein sollte. Auch stehen die in der Revision zitierten hg. Erkenntnisse vom 13. September 1994, 93/09/0346, und vom 4. Juli 1995, 94/08/0220, dem angefochtenen Erkenntnis nicht entgegen, zumal die beschränkte Arbeitsfähigkeit des Revisionswerbers nicht alleiniges Begründungselement des angefochtenen Erkenntnisses war und auch geprüft wurde, ob der Revisionswerber unter Berücksichtigung seiner eingeschränkten Leistungsfähigkeit bei der Mitbeteiligten beschäftigt werden könnte, bevor dies verneint wurde.
- 14 Soweit die Revision geltend macht, zur Annahme des Verwaltungsgerichts, ein Lehrling könne nicht einen Malerfacharbeiter ersetzen und damit die Minderleistung des Revisionswerbers ausgleichen, hätte ein entsprechendes (berufskundliches und betriebswirtschaftliches) Gutachten eingeholt werden müssen, ist ihr zu entgegen, dass die Frage, ob eine (weitere) Beweisaufnahme im Rahmen der Ermittlungen notwendig ist, der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichts unterliegt. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG läge in diesem Zusammenhang nur dann vor, wenn diese Beurteilung grob fehlerhaft erfolgt wäre und zu einem die Rechtssicherheit beeinträchtigenden, unvertretbaren Ergebnis geführt hätte (vgl. VwGH 29.9.2022, Ra 2022/17/0052, mwN). Derartiges ist jedoch nicht ersichtlich.
- 15 Gleiches gilt für das Zulässigkeitsvorbringen, die Ablehnung des Antrages des Revisionswerbers auf Einholung eines weiteren orthopädischen Gutachtens zum Beweis einer Verbesserung des Leistungskalküls stelle einen relevanten Verfahrensmangel dar. Das Verwaltungsgericht führte, gestützt auf die ärztlichen Gutachten vom 16. September 2019 und vom 11. Jänner 2020 samt





ergänzender gutachterlicher Stellungnahme vom 11. März 2020, aus, dass eine Verbesserung des Leistungskalküls mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen und die Funktionseinschränkungen des Revisionswerbers als Dauerzustand beurteilt worden seien. Vor diesem Hintergrund vertrat das Verwaltungsgericht die Auffassung, die Einholung des beantragten Gutachtens sei - bloß aufgrund der Vorlage einer Bestätigung über die Absolvierung eines Personaltrainings und von Reizstrombehandlungen sowie der Behauptung des Revisionswerbers in der Verhandlung, er fühle sich wieder fähig, seine frühere Arbeit aufzunehmen, ohne jedoch ein Gegengutachten vorzulegen - nicht erforderlich. Dass diese Auffassung unvertretbar wäre, ist - auch angesichts der relativ kurzen Zeit seit der letzten Begutachtung - weder ersichtlich noch zeigt die Revision solches auf. Ob die genannte Vorgangsweise des Verwaltungsgerichts verfahrensrechtlich in jeder Hinsicht richtig war, stellt keine grundsätzliche Rechtsfrage dar (vgl. zu ähnlichen Konstellationen etwa VwGH 5.9.2018, Ra 2017/12/0121; 30.4.2019, Ra 2018/12/0033, jeweils mwN).

- 16 In der Revision werden sohin keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher zurückzuweisen.
- 17 Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff. VwGG iVm. der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2014. Das den Pauschalbetrag der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2014 übersteigende Mehrbegehren war abzuweisen.

W i e n , am 12. Februar 2024

