

Verwaltungsgerichtshof

Zl. 2011/11/0139-18

(früher: 2009/11/0203)

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gall und die Hofräte Dr. Schick, Dr. Grünstäudl und Mag. Samm sowie die Hofrätin Dr. Pollak als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Henk, über die Beschwerde des HS in F, vertreten durch Achammer Mennel Welte Achammer Kaufmann Rechtsanwälte GmbH in 6800 Feldkirch, Schloßgraben 10, gegen den Bescheid der Berufungskommission beim Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz vom 6. Juli 2009, Zl. 44.140/27-7/08, betreffend Zustimmung zur Kündigung nach dem Behinderteneinstellungsgesetz (mitbeteiligte Partei: Verein F in L, vertreten durch Dr. Andreas Tinhofer, Rechtsanwalt in 1040 Wien, Rilkeplatz 8), zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Zunächst wird zur Vorgeschichte auf das hg. Erkenntnis vom 18. Juni 2008, Zl. 2008/11/0048, verwiesen, dem Folgendes zugrunde lag:

Die mitbeteiligte Partei ist ein Verein, dessen Ziel die Beschäftigung von langzeitarbeitslosen und behinderten Menschen ist. Der Beschwerdeführer ist seit dem 1. Jänner 1996 bei der mitbeteiligten Partei, zuletzt im Rahmen eines geförderten Sonderprogramms, beschäftigt. Mit dem am 24. März 2006 beim Bundessozialamt, Landesstelle Vorarlberg, eingelangten Schreiben beantragte die mitbeteiligte Partei die Zustimmung zur Kündigung des Beschwerdeführers. Sie führte aus, dass sie vom Arbeitsmarktservice Förderungsmittel für

(30. September 2011)

Beschäftigungsprojekte erhalte. Der Beschwerdeführer arbeite beim Mitbeteiligten im Rahmen eines befristet geförderten Sonderprogramms. In diesem Sonderprogramm bearbeite er mit einigen anderen Mitarbeitern Aufträge eines namentlich genannten Auftraggebers, der zur Gewährleistung einer gleich bleibenden Qualität die dauerhafte Beschäftigung von Personen in diesem Bereich verlangt habe. Seit dem Jahr 2003 habe dieser Auftraggeber die besser bezahlten Auftragsarbeiten reduziert, sodass Einsparungen in Form einer Arbeitszeit- und Lohnreduzierung im Betrieb der mitbeteiligten Partei notwendig seien. Die mitbeteiligte Partei habe sich daher entschieden, die bisherige 40-Stunden-Woche (die letzte Stunde einer Woche hätte trotz Bezahlung allerdings nur bei Bedarf gearbeitet werden müssen) auf eine Arbeitszeit von 38,5 Stunden pro Woche und damit gleichzeitig die Entlohnung zu reduzieren, "um dem Fortbestand dieses Arbeitsbereiches bzw. in weiterer Folge des gesamten Projektes" gewährleisten zu können. Durch die genannte Maßnahme könnten "bei der derzeitigen Auftragslage 1,5 Personen zusätzlich beschäftigt werden". Ziel des Vereines sei es nämlich, möglichst vielen langzeitarbeitslosen oder behinderten Menschen eine Beschäftigung zu geben. Abgesehen vom Beschwerdeführer hätten sämtliche Mitarbeiter diese Maßnahme akzeptiert. Der Beschwerdeführer habe auf dem Einhalten des bestehenden Arbeitsvertrages mit einer 40-Stunden-Woche bestanden, was nicht nur Unruhe in die einzelnen Abteilungen bringe, sondern auch dazu führen würde, dass der Beschwerdeführer die letzte Arbeitsstunde am Freitag allein im Betrieb wäre. Da dies organisatorisch nicht möglich und eine Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers auch aus wirtschaftlicher Sicht nicht möglich sei und den "Fortbestand des Projektes" gefährden würde, komme nur eine Kündigung des Beschwerdeführers in Betracht.

Mit Bescheid des Behindertenausschusses für Vorarlberg beim Bundessozialamt wurde gemäß § 8 Abs. 2 Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG) die Zustimmung zur Kündigung des Beschwerdeführers "für den Fall erteilt, dass dieser gegenüber dem Dienstgeber nicht binnen 4 Wochen ab Rechtskraft dieses

Bescheides verbindlich erklärt, der Verringerung der Wochenarbeitszeit von 40 auf 38,5 Stunden und der damit verbundenen aliquoten Lohnreduzierung zuzustimmen".

Diesen Bescheid hat die belangte Behörde im ersten Rechtsgang mit Berufungsbescheid vom 13. September 2007 bestätigt, und zwar mit der Maßgabe, dass die Zustimmung zur Kündigung ohne die genannte Bedingung erteilt wurde. Der Verwaltungsgerichtshof hat den genannten Berufungsbescheid mit dem bereits zitierten Erkenntnis, Zl. 2008/11/0048, wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben und dies zusammengefasst damit begründet, dass eine Zustimmung der Behörde zur Kündigung nur dann zu erfolgen habe, wenn dem Dienstgeber eine Weiterbeschäftigung des Dienstnehmers im Sinne des § 8 Abs. 3 und 4 BEinstG nicht zugemutet werden könne. Dies setze Feststellungen der Behörde zur wirtschaftlichen "Gesamtsituation" des Dienstgebers voraus, weil wirtschaftliche Schwierigkeiten bzw. Notwendigkeiten (bloß) in einem Teilbereich eines Unternehmens die Zustimmung zur Kündigung eines begünstigten Behinderten nicht rechtfertigten.

Mit dem nunmehr beim Verwaltungsgerichtshof angefochtenen (Ersatz-)Bescheid vom 6. Juli 2009 hat die belangte Behörde ausgesprochen, dass "der Berufung nicht Folge gegeben wird" und damit der Kündigung (bloß) für den im erstinstanzlichen Bescheid genannten Fall zugestimmt.

In der Begründung stellte die belangte Behörde aufgrund der Ermittlungsergebnisse des fortgesetzten Verfahrens fest, die mitbeteiligte Partei sei auf Grund von Auftragsrückgängen im Herbst 2008 gezwungen gewesen, 20 Mitarbeiter zu kündigen bzw. deren Arbeitsverträge nicht mehr zu verlängern. Außerdem sei es der mitbeteiligten Partei seit 2009 nicht mehr möglich, Personen außerhalb der geförderten Arbeitsprojekte zu beschäftigen. Dazu führte die belangte Behörde die aufgrund der Auftragsrückgänge gegenüber dem Jahr 2007 (um etwa 30%) verschlechterten Wirtschaftsdaten ("Leistungserlöse") der mitbeteiligten Partei an und die im gleichen Zeitraum rückläufige Zahl der bei ihr beschäftigten Personen. Den dargestellten Auftragsrückgängen stünden keine neuen Aufträge gegenüber. Mit

Ausnahme des Beschwerdeführers hätten sämtliche Arbeitnehmer der mitbeteiligten Partei einer Reduzierung der Arbeitszeit von 40 auf 38,5 Stunden pro Woche mit entsprechender Lohnkürzung zugestimmt. Diese Maßnahme trage zu einer Verringerung des Defizits bei, wobei auf Grund der gegebenen Dringlichkeit der betrieblichen Erfordernisse eine positive Auswirkung auf die Wirtschaftslage des Unternehmens erzielt werde.

Diese Feststellungen stütze sie auf die ihr vorliegenden Urkunden und auf die mit Schreiben der mitbeteiligten Partei vom 15. April 2009 bekannt gegebenen Unternehmensdaten, welchen der Beschwerdeführer nichts Substanziertes entgegengesetzt habe.

In der rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde aus, dass die Zustimmung zur Kündigung des Beschwerdeführers nur für den Fall erteilt worden sei, dass dieser innerhalb gesetzter Frist der Verringerung seiner Wochenarbeitszeit auf 38,5 Stunden und einer aliquoten Lohnreduzierung nicht zustimme. Da es ohne Reduzierung der Wochenarbeitszeit des Beschwerdeführers im Unternehmen der mitbeteiligten Partei zu Rationalisierungsmaßnahmen und damit einhergehenden Kündigungen von Arbeitnehmern kommen würde und (damit letztlich) das Fortbestehen des Unternehmens gefährdet wäre, könne dem Beschwerdeführer die Reduktion seines Entgelts eher zugemutet werden als dem mitbeteiligten Arbeitgeber die Fortsetzung des Dienstverhältnisses zu den bisherigen Bedingungen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, zu der die belangte Behörde den Verwaltungsakt vorgelegt und, ebenso wie die mitbeteiligte Partei, eine Gegenschrift erstattet hat.

Mit Beschluss vom 22. Juni 2010, Zl. 2010/0020-1, hat der Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 140 Abs. 1 B-VG an den Verfassungsgerichtshof den Antrag gestellt, 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. Diesen Antrag hat der Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 1. Juli 2011, G 80/10-12, abgewiesen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Zur Tribunalqualität der belangten Behörde:

Der Beschwerdeführer weist zunächst darauf hin, dass Gegenstand des vorliegenden Beschwerdefalls ein "civil right" im Sinne des Art. 6 EMRK sei, da es um die Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses, somit typische zivilrechtliche Ansprüche, gehe. Daher habe der Beschwerdeführer ein Grundrecht auf Entscheidung durch ein Tribunal. Der Berufungssenat, der den angefochtenen Bescheid erlassen habe, erfülle nach Ansicht des Beschwerdeführers die an ein Tribunal zu stellenden Anforderungen wie Weisungsfreiheit, Unversetzbarkeit und Unabsetzbarkeit der Entscheidungsträger nicht. Außerdem sei die Verhandlung, die vor der belangten Behörde stattgefunden habe, nicht "volksöffentlich" gewesen.

Zu diesen Ausführungen ist auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 1. Juli 2011, G 80/10-12, zu verweisen, nach dem die gemäß § 13a BEinstG eingerichtete Berufungskommission als Tribunal die Anforderungen des Art. 6 EMRK erfüllt, woran auch die B-VG Novelle BGBl. I Nr. 2/2008 nichts geändert hat. Weiters ist der Beschwerde § 13g Abs. 1 BEinstG entgegen zu halten, wonach die Verhandlung der belangten Behörde öffentlich ist. Ein konkretes Vorbringen, dass im gegenständlichen Fall die Öffentlichkeit zur Verhandlung nicht zugelassen worden wäre, findet sich in der Beschwerde nicht.

2. In der Sache:

Gegen die Zustimmung zur Kündigung seines Dienstverhältnisses bringt der Beschwerdeführer vor, dass diese Zustimmung zwar im freien Ermessen der Behörde liege, diese nach der Rechtsprechung aber im Einzelfall das berechtigte Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einerseits und die besondere soziale Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers andererseits gegeneinander

abzuwägen habe. Die monatlichen Einkünfte des 48-jährigen Beschwerdeführers lägen bei etwa € 1.200,-- netto. Die von der mitbeteiligten Partei verlangte Herabsetzung der Wochenarbeitszeit auf 38,5 Stunden führe beim Beschwerdeführer zu einer Lohnreduzierung von ca. € 700,-- pro Jahr und stelle für ihn daher eine große soziale Härte dar. Daher sei es dem mitbeteiligten Arbeitgeber eher zumutbar, das Arbeitsverhältnis unverändert (40 Wochenstunden ohne Lohnkürzung) aufrecht zu erhalten.

Auch dieses Vorbringen ist nicht zielführend:

Anders als im ersten Rechtsgang (dort hatte die belangte Behörde die Zustimmung zu einer unbedingten Kündigung des Beschwerdeführers erteilt) wurde im nun angefochtenen Ersatzbescheid die Zustimmung (bloß) zur sogenannten Änderungskündigung (vgl. dazu das bereits zitierte hg. Erkenntnis Zl. 2008/11/0048 und das dort zitierte Erkenntnis vom 26. Februar 2008, Zl. 2005/11/0088) erteilt, weil der Kündigung nur für den Fall zugestimmt wurde, dass der Beschwerdeführer in die genannte Änderung seines Dienstverhältnisses (Herabsetzung der Wochenarbeitszeit auf 38,5 Stunden) nicht einwilligt. Im fortgesetzten Verfahren hat die belangte Behörde konkrete Feststellungen zur im Entscheidungszeitpunkt aktuellen wirtschaftlichen Situation (Auftragserlöse, Beschäftigtenzahl) des mitbeteiligten Arbeitgebers getroffen, nach denen sich dessen Auftragslage im ersten Quartal des Jahres 2009 gegenüber den vergleichbaren Quartalen der beiden Vorjahre deutlich verschlechtert habe, sodass der mitbeteiligte Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis von 20 Beschäftigten nicht habe aufrecht erhalten können.

Diesen Feststellungen tritt die Beschwerde nicht konkret entgegen. Der Einwand des Beschwerdeführers, der Arbeitgeber sei wirtschaftlich in der Lage, ohne Inanspruchnahme von Fremdkapital "umfassende Investitionen" durchzuführen, ist schon deshalb nicht zielführend, weil er nicht näher konkretisiert wird. Auch der Kritik des Beschwerdeführers, die belangte Behörde hätte sich mit den Beweisergebnissen "im Einzelnen auseinander zu setzen" gehabt, fehlt eine nähere

Präzisierung. Die Sachverhaltsannahmen der belangten Behörde sind daher nicht als unschlüssig zu erkennen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. das bereits zitierte hg. Erkenntnis Zl. 2005/11/0088 mwN) liegt die Entscheidung darüber, ob die Zustimmung zur Kündigung eines Behinderten erteilt werden soll, im freien Ermessen der Behörde. Bei dieser Ermessensentscheidung ist es Aufgabe der Behörde, das berechnigte 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. Der Verwaltungsgerichtshof hat diese Ermessensentscheidung entsprechend 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 dies 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. Es unterliegt der vollen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle, ob alle für die Ermessensübung maßgebenden Umstände in die Abwägung einbezogen wurden, sowie ferner, ob die Behörde Umstände in die Erwägungen einbezogen hat, die bei richtiger rechtlicher Beurteilung dabei nicht zu berücksichtigen sind.

Ist, wie im vorliegenden Fall, die Zustimmung zu einer Änderungskündigung beantragt, so hat die Behörde nach dem zuletzt zitierten Erkenntnis zu prüfen, ob dem Dienstgeber die Fortsetzung des Dienstverhältnisses zu den bisherigen Bedingungen, also die Aufrechterhaltung der "Überzahlung", oder dem Dienstnehmer die Entgeltreduktion eher zugemutet werden kann.

Schließlich hat der Verwaltungsgerichtshof im zitierten Erkenntnis Zl. 2005/11/0088 ausgesprochen, dass die betriebswirtschaftliche Notwendigkeit von

Rationalisierungsmaßnahmen (die auch im vorliegenden Fall Anlass der beabsichtigten Änderungskündigung sind) von der Behörde grundsätzlich nicht zu überprüfen ist, dass aber eine Beurteilung notwendig ist, ob die beabsichtigte Rationalisierungsmaßnahme tatsächlich die erwünschte Auswirkung auf die Wirtschaftslage des Unternehmens erzielt. Der Beweis der wirtschaftlichen Betriebsbedingtheit der Kündigung wird dann nicht erbracht, wenn die Rationalisierungsmaßnahme (insbesondere die Reduktion des Gehalts) lediglich gegenüber einem Arbeitnehmer gefordert wird.

Im vorliegenden Fall ist unstrittig, dass der mitbeteiligte Arbeitgeber eine Arbeitszeit- und Lohnreduktion von allen seinen Beschäftigten gefordert und diesen gegenüber, mit Ausnahme des Beschwerdeführers, bereits umgesetzt hat. Auf Grund der Sachverhaltsfeststellungen der belangten Behörde ist auch davon auszugehen, dass die vom Beschwerdeführer verlangte Maßnahme (Arbeitszeit- und Lohnreduktion) notwendig ist, um die Kündigung weiterer Dienstverhältnisse - das Arbeitsverhältnis von 20 Arbeitnehmern musste unstrittig bereits beendet werden - hintanzuhalten.

Stellt man dem das Interesse des Beschwerdeführers gegenüber, der bei der verlangten Änderung seines Dienstverhältnisses nach den Angaben in der Beschwerde eine Gehaltsreduktion von € 700,-- netto pro Jahr (bei jährlich 14 Gehältern somit eine monatliche Gehaltskürzung von € 50,--) hinnehmen muss, so kann der belangten Behörde nicht entgegen getreten werden, wenn sie in diesem Fall ihre Ermessensentscheidung zu Gunsten des mitbeteiligten Arbeitgebers getroffen hat.

Die Beschwerde wendet schließlich ein, die belangte Behörde hätte bei der genannten Interessenabwägung "die voraussichtliche zukünftige Entwicklung" der wirtschaftlichen Situation des mitbeteiligten Arbeitgebers einbeziehen und dessen "realistische Möglichkeiten, ... die Wertschöpfung zu erhöhen" berücksichtigen müssen. Dem ist nicht beizupflichten. Ebenso wie es der Behörde nach dem Gesagten nicht zukommt, im Verfahren nach § 8 BEinstG die betriebswirtschaftliche

Notwendigkeit von Rationalisierungsmaßnahmen zu prüfen, kommt ihr auch nicht die Aufgabe zu, eine Beurteilung künftiger wirtschaftlicher Entwicklungsmöglichkeiten eines Unternehmens vorzunehmen, solange diese (was hier nicht zutrifft) nicht offensichtlich sind. Vielmehr hat die Behörde von der Sachlage im Zeitpunkt ihrer Entscheidung auszugehen.

Da dem angefochtenen Bescheid somit die behauptete Rechtswidrigkeit nicht anhaftet, war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Von der beantragten Durchführung einer Verhandlung durch den Verwaltungsgerichtshof konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden, weil eine solche bereits vor der belangten Behörde - nach dem Gesagten ein Tribunal im Sinne des Art. 6 EMRK - durchgeführt wurde.

Der Zuspruch an Kosten beruht, soweit er beantragt wurde, auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

W i e n , am 30. September 2011