

# TE Vwgh Erkenntnis 2001/10/4 97/08/0469

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 04.10.2001

## Index

68/01 Behinderteneinstellung;

## Norm

BEinstG §1 Abs1;

BEinstG §8 Abs2;

BEinstG §8;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bernard und die Hofräte Dr. Müller, Dr. Sulyok, Dr. Strohmayer und Dr. Köller als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Müller, über die Beschwerde der M in W, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Witt & Partner KEG, 1040 Wien, Argentinierstraße 20A/2A, gegen den Bescheid der Berufungskommission beim Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales vom 23. Mai 1997, ZI. 42.024/46-7/96, betreffend Kündigung gemäß § 8 Behinderteneinstellungsgesetz (mitbeteiligte Partei: W, vertreten durch Mag. Martin Paar, Rechtsanwalt in 1040 Wien, Rechte Wienzeile 29/8), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund (Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen) Aufwendungen von S 4.565,-- und der mitbeteiligten Partei Aufwendungen von S 12.860,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Am 13. September 1995 beantragte der Mitbeteiligte (der Sache nach) die nachträgliche Zustimmung zur bereits ausgesprochenen Kündigung der Beschwerdeführerin (seiner damaligen Ehegattin) sowie die Zustimmung zur Kündigung der Beschwerdeführerin gemäß § 8 des Behinderteneinstellungsgesetzes. Dieses Ansuchen wurde - und nur dies ist im Beschwerdeverfahren noch von Relevanz - unter anderem damit begründet, dass der Mitbeteiligte die Tätigkeit der Beschwerdeführerin als "Buchhalterin" während des Krankenstandes der Beschwerdeführerin (vom 23. Dezember 1993 bis 6. Juli 1995) selbst übernommen und alleine durchgeführt habe. Die Anstellung einer Buchhalterin sei nicht erforderlich. Die Beschwerdeführerin sei mit einem Bruttogehalt von S 32.000,-- pro Monat angesichts der nunmehr eingetretenen wirtschaftlichen Lage des Unternehmens des Mitbeteiligten nicht verkraftbar, da der durch neue Mitbewerber bedingte Umsatz im Wirtschaftsjahr 1995/96 voraussichtlich um ca. 40 % niedriger als

im Vorjahr sein werde. Ohne Gehaltszahlung würde ein ausgeglichenes Ergebnis erzielt werden, mit den Gehaltszahlungen würde ein Verlust erwirtschaftet, der durch keinerlei Reserven gedeckt werden könnte. Die wahrscheinliche Folge wäre ein Ausgleich oder sogar Konkurs.

Der Behindertenausschuss beim Bundessozialamt für Wien, Niederösterreich und Burgenland gab mit Bescheid vom 29. Mai 1996 den Anträgen des Beschwerdeführers keine Folge. Nach den Feststellungen der Behörde gehöre die Beschwerdeführerin auf Grund des Bescheides vom 29. August 1995 ab 27. Juni 1995 dem Personenkreis der begünstigten Behinderten im Sinne des § 2 Abs. 1 des Behinderteneinstellungsgesetzes an. Der Grad der Behinderung betrage 50 v.H. Als Gesundheitsschädigungen sei ein "homonymer linksseitiger unterer Quadrantenausfall, (ein) st.p. Hirnblutung mit Folgebeschwerden, (sowie) degenerative Veränderungen der Wirbelsäule" festgestellt worden. Die Beschwerdeführerin habe das Unternehmen mit dem Mitbeteiligten aufgebaut und sei von Beginn ab 1. Jänner 1985 als Dienstnehmerin beschäftigt gewesen. Sie habe sämtliche Sekretariatsarbeiten und alle Buchhaltungsarbeiten erledigt. Dieser Arbeitsplatz existiere im Wesentlichen weiter. Die Beschwerdeführerin sei aus neurologischer Sicht in der Lage, diverse Bürotätigkeiten, sowohl sitzend als auch stehend durchzuführen. Bezüglich der Hirnblutung seien nur extreme Anstrengungen mit möglicher Blutdrucksteigerung sowie ständige Arbeiten unter Stressbelastung zu vermeiden. Das eingeholte psychologische Gutachten habe ergeben, dass die Beschwerdeführerin auch zu stressbelastender, konzentrierter Bürotätigkeit gut in der Lage sei, wobei die verminderte Sehkraft kompensiert werden könne. Diese Feststellungen würden sich nach der Begründung dieses Bescheides im Wesentlichen auf die Anhörung der Parteien und die Einholung eines medizinischen Sachverständigungsgutachtens sowie die Einsichtnahme in vorgelegte Unterlagen sowie auf die Aussage der als Zeugin einvernommenen Steuerberaterin des Mitbeteiligten stützen können. In rechtlicher Hinsicht vertrat die Behörde erster Instanz nach Wiedergabe der sich aus Gesetz und Rechtsprechung ergebenden Rechtslage die Auffassung, dass "das an sich berechtigte Interesse des Dienstgebers infolge des Umsatzrückgangs zu kündigen, die besondere Schutzwürdigkeit der Dienstnehmerin nicht aufwiegen" könne, da "der Arbeitsplatz der (Beschwerdeführerin) weiterhin" bestehe. Dass die Beschwerdeführerin die Arbeit trotz bestehender Behinderung weiterhin verrichten könne, erscheine dem Behindertenausschuss auf Grund der Beweisergebnisse hinreichend gesichert. Der Mitbeteiligte erhob Berufung.

Die belangte Behörde holte das Gutachten eines Buchsachverständigen ein, der zunächst unter Außerachtlassung des Personalaufwandes für die Periode 1. April 1995 bis 28. Februar 1997 einen betriebswirtschaftlichen Verlust für 1995/96 in der Höhe von rund S 400.000,-- und einen Gewinn für 1996/97 in der Höhe von rund S 17.000,-- ermittelte. Bei Wegfall des Personalaufwandes für die Beschwerdeführerin ermittelte der Sachverständige für 1995/96 einen Verlust von rund S 30.000,-- und für 1996/97 einen Gewinn von rund S 500.000,-- und führte dazu aus, dass bei Wegfall des Personalaufwandes der Mitbeteiligte nicht nur eine Abgeltung seiner Arbeitsleistung erzielen, sondern auch die dringend erforderliche Tilgung der Bankkredite "(Stand 28.2.1997: S 4,285.624,--)" beginnen könne. In der Periode vom 1. April 1995 bis 28. Februar 1997 habe der Mitbeteiligte seinen Lebensunterhalt durch Ausweitung der Bankkredite bestritten. In seiner gutachtlichen Zusammenfassung kam der Sachverständige zum Ergebnis, dass die betriebswirtschaftliche Situation des Unternehmens des Mitbeteiligten immer unter Berücksichtigung einer im Jahre 1995 eingetretenen (und im Gutachten näher dargestellten) Änderung der Nachfragestruktur beurteilt werden müsse. Aus diesem Grund könnten die Perioden vor Eintritt des Krankenstandes der Beschwerdeführerin nicht mit jenen nach Beendigung des Krankenstandes verglichen werden. Für die Erledigung der Buchhaltungsarbeiten sei in allen Perioden auf Grund des vorliegenden Beleggutes nur eine Arbeitsstunde täglich erforderlich gewesen. Abgesehen von der Aufrechterhaltung eines Bereitschaftsdienstes wäre die gesamte konventionelle administrative Tätigkeit durch eine halbtätig beschäftigte Angestellte zu erledigen gewesen. Nach Beendigung des Krankenstandes der Beschwerdeführerin sei auf Grund der wirtschaftlichen Situation bis Februar 1997 keine Angestellte für die Erledigung der konventionellen administrativen Tätigkeiten erforderlich gewesen; während der Dienstfreistellung der Beschwerdeführerin seien sämtliche im Unternehmen erforderlichen Tätigkeiten durch den Mitbeteiligten erledigt worden. Das Wirtschaftsjahr 1995/96, in welchem im Juni 1995 der Ausspruch der Kündigung erfolgt sei, habe zu einem Verlust von rund S 400.000,-- geführt, die Periode vom 1. April 1996 bis 28. Februar 1997 sei mit einem Gewinn von S 16.981,-- abgeschlossen worden. Bei "durchgehender Gesamtbetrachtung" des Zeitraums Jänner 1995 bis Februar 1997 habe der Mitbeteiligte nie einen ihm verbleibenden Gewinn erzielt. Bei Eliminierung des Personalaufwandes für die Beschwerdeführerin weise die Periode 1. April 1996 bis 28. Februar 1997 einen Gewinn von rund S 500.419,-- aus. Das Unternehmen könne wirtschaftlich bei gleich bleibendem Realumsatz (der Umsatz steige entsprechend den Preiserhöhungen) nur überleben, wenn der derzeitige Personalaufwand "eliminiert wird". Die

belangte Behörde erörterte dieses Gutachten in einer mündlichen Verhandlung vom 23. Mai 1997, in der der Sachverständige sein Gutachten erläuterte und ergänzte und auch Fragen des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin beantwortete. Eine Erörterung der Frage nach allfälliger Feststellung einer Steuerhinterziehung des Mitbeteiligten verweigerte der Sachverständige unter Hinweis darauf, er sei nicht von beiden Parteien von seiner Verschwiegenheitspflicht entbunden.

Mit dem - in der Verhandlung zunächst mündlich verkündeten - angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde die Berufung des Mitbeteiligten betreffend die nachträgliche Zustimmung zu der am 26. Juni 1995 zum 30. September 1995 ausgesprochenen Kündigung ab, änderte den erstinstanzlichen Bescheid im Übrigen aber dahin ab, dass die Zustimmung zu einer künftig auszusprechenden Kündigung der Beschwerdeführerin erteilt wurde. Die belangte Behörde ging - nach einer Darstellung des Verfahrensgeschehens - von folgenden Tatsachenfeststellungen aus:

"Der (Mitbeteiligte) machte sich 1985 selbstständig, wobei der Gegenstand seines Unternehmens, Organisationssysteme, insbesonders die Generalvertretung von X-Kassensystemen, die besonders bei Tankstellen verwendet werden, sind. Für diese Tätigkeit ist ein umfangreiches technisches und kaufmännisches Wissen erforderlich. Der (Mitbeteiligte) beschäftigte zwar die (Beschwerdeführerin) seit 1.1.1985 in dem Unternehmen, wobei sie Buchhaltungsarbeiten, Sekretariatsarbeiten und Tätigkeiten erledigte, die man allgemein als exekutive Tätigkeiten bezeichnen kann. Der (Mitbeteiligte) leitete dagegen den Verkauf, die Installation der Kassen bei den Tankstellen, kümmerte sich um die Einschulung des Bedienungspersonals bei den Tankstellen und regelte Reklamationen, die größtenteils auf Bedienungsfehlern des Tankstellenpersonals beruhten. Kurzfristig war im Unternehmen des (Mitbeteiligten) auch eine zweite Angestellte beschäftigt, teilweise wurden Arbeiten mit einem Werkvertrag außer Haus gegeben. Gelegentlich half auch der Sohn der Streitende Mag. Stefan B. beim Vertrieb, so brachte er zB Kassensysteme und Verbrauchsmaterial für die Kassen, die teilweise ein erhebliches Gewicht hatten, zu den Kunden und kassierte gleich die gelieferten Gegenstände. Die (Beschwerdeführerin) erledigte die Buchhaltungsarbeiten mit Ausnahme der Bilanzerstellung und auch sonstige Büroarbeiten, die anfielen. Beim Einkauf, Verkauf, Vertrieb und bei Reklamationen lag jedenfalls die unternehmerische Entscheidung beim (Mitbeteiligten), weil er die fachliche Kompetenz hatte. Es ist durchaus möglich, dass die (Beschwerdeführerin) in diesen Bereichen ausführende Arbeiten übernahm, für die auftretenden technischen Fragen und die Entscheidung, welche technischen Geräte welchem Kunden für welche Funktion angeboten werden sollen, fehlten der (Beschwerdeführerin) die entsprechenden Kenntnisse. Man muss nämlich technischer Kaufmann sein, um solche unternehmerischen Entscheidungen richtig treffen zu können. Aus den vom SV in der Buchhaltung vorgefundenen Prozentsätzen betreffend Rabatte und Skonti, ist zu entnehmen, dass der (Mitbeteiligte) der (Beschwerdeführerin) sagte, wo der Rahmen für Rabatt oder Skontogewährung sei. Dass die (Beschwerdeführerin) selbstständig Skonto- und Rabattverhandlungen geführt habe, ist daher auszuschließen. Es ist natürlich möglich, dass sie Wünsche von Kunden bezüglich von Rabatten und Skonti an den (Mitbeteiligten) weiterleitete, genauso ist es als wahrscheinlich anzunehmen, dass sie bei irgendwelchen Wünschen und Reklamationen von Kunden auf diese kalmierend einwirkte. Es kann also nicht festgestellt werden, dass die (Beschwerdeführerin) den Warenverkauf, die Auslieferung von Waren, Telefonberatung, aktiven Verkauf, Skonto- und Rabattverhandlungen mit Kunden, Reklamationen, Verhandlungen mit dem Finanzamt, Abschluss von Werkverträgen mit Angestellten und Aushilfen sowie Besorgung von Handelsware durchgeführt hat.

Der Tätigkeit der (Beschwerdeführerin) wurde eine 42- Stundenwoche zu Grunde gelegt. Wenn man aber die von der (Beschwerdeführerin) wahrzunehmenden Aktivitäten zusammenfasst und eine straffe Büroorganisation zu Grunde legt, wobei die Kunden sich nach kurzer Zeit daran gewöhnen, dass ihre allfälligen Wünsche oder Reklamationen per Fax oder Telefonbeantworter vom Unternehmer entgegengenommen werden, so hätte die Tätigkeit der (Beschwerdeführerin) in einem halben Tag abgewickelt werden können. Sie hätte neben dem Telefondienst in dieser Zeit auch die gesamte Buchhaltung aufbuchen können. Dass der (Mitbeteiligte) die (Beschwerdeführerin) als Ganztagskraft zur Sozialversicherung angemeldet hat, hatte keine betriebswirtschaftliche Notwendigkeit als Ursache, sondern zielte mit großer Wahrscheinlichkeit darauf ab, einerseits der (Beschwerdeführerin), die die Bürotätigkeit in ihrem eigenen Haushalt verrichtete, Beitragszeiten der Pensionsversicherung im entsprechenden Ausmaß zu sichern und darüber hinaus, das der Einkommenssteuer unterliegende Einkommen des (Mitbeteiligten) gering zu halten.

Im Zeitraum vor der Erkrankung der (Beschwerdeführerin), also vor dem 23.12.1993, hatte der (Mitbeteiligte) einen Großkunden, für den er die Tankstellensysteme verkaufte und installierte. Eine Akquisitionstätigkeit von neuen

Kunden war damals nicht notwendig, weil der Großkunde das Unternehmen des (Mitbeteiligten) ausreichend beschäftigte und der (Mitbeteiligte) im Hinblick auf das bestehende Vertragsverhältnis eine Art oligopolartige Situation hatte. Die Wartung der vom (Mitbeteiligten) verkauften und installierten Tankstellenkassen hatte eine andere Firma übernommen, sodass das Unternehmen des (Mitbeteiligten) keine Serviceaufträge abwickelte, weswegen auch kein längerer Telefonbereitschaftsdienst, den die (Beschwerdeführerin) hätte verrichten können, notwendig war.

Mit der Erkrankung der (Beschwerdeführerin) im Dezember 1993 übernahm der (Mitbeteiligte) auch die von ihr bis dahin geführten Buchhaltungsarbeiten. Da sein kaufmännisches Wissen veraltet war, machte er zunächst Fehler, er war aber in der Folge in der Lage, diese Fehler zu vermeiden. Während der Krankheit der (Beschwerdeführerin) verlor der (Mitbeteiligte) den bisherigen Großabnehmer ..., was eine Umsatzeinbuße von 1,5 Mio S jährlich zufolge hatte. Um sein Unternehmen vor dem wirtschaftlichen Niedergang zu bewahren, musste der (Mitbeteiligte) die Produktpalette vollkommen neu gestalten und viele Aufträge mit kleinerem Volumen annehmen, wodurch der Beleganfall und der Umfang der Buchungszeilen in der Buchhaltung anstieg. Da die Geschäftsfälle wenig differenziert sind, können in einer Arbeitsstunde etwa 30 bis 40 Geschäftsfälle aufgebucht werden. Seit 1995 ist daher bei einer zeitnahen Aufbuchung der Geschäftsfälle im Durchschnitt eine Arbeitsstunde pro Tag für die Buchhaltung aufzuwenden. Seit 1995 ist daher für diese Tätigkeit keine eigene Angestellte erforderlich. Der (Mitbeteiligte) erledigt jetzt neben dem Ein- und Verkauf auch alle kommerziell administrativen Belange selbst.

Bis Ende 1995 war das Büro im Wohnhaus der Streitteile. Der (Mitbeteiligte) hat die eheliche Gemeinschaft mit der (Beschwerdeführerin) aufgegeben und ist mit dem Büro seines Unternehmens aus der bisherigen gemeinsamen Ehewohnung ausgezogen und führt das Unternehmen von seiner Betriebsstätte im 16. Bezirk aus.

Mit Rücksicht auf die Krankheit der (Beschwerdeführerin) verursachte sie im Unternehmen zunächst keinen Personalaufwand. Das Unternehmen bilanziert immer zum 31.3. Für den Zeitraum 1.4.1995 bis zum 31.3.1996 wäre für die (Beschwerdeführerin) für 8,75 Monate ein Personalaufwand in der Höhe von 369.035,76 S entstanden. Für die 11 Monate, 1.4.1996 bis 28.2.1997, (das ist der Tag den der SV ... als Endtermin seinem Gutachten zu Grunde gelegt hat) (ist) ein Personalaufwand von 483.438,29 S entstanden. In diesen Beträgen sind bereits die Lohnnebenkosten enthalten. Im Zeitraum vom 1.4.1995 bis 31.3.1996 hätte das Unternehmen auch bei Eliminierung des Personalaufwandes noch einen Verlust von 30.070 S erzielt. Für den Zeitraum vom 1.4.1996 bis 28.2.1997 wäre bei Wegfall des Aufwandes für die (Beschwerdeführerin) ein Gewinn von 500.419 S anzunehmen. In der Periode vom 1.4.1995 bis 28.2.1997 finanzierte der (Mitbeteiligte) seinen Lebensunterhalt durch Ausweitung der Bankkredite. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist der Wegfall des Personalaufwandes für die (Beschwerdeführerin) dringend notwendig, um die Tilgung der Bankkredite zu beginnen. Am 28.2.1997 hatte der (Mitbeteiligte) mit seinem Unternehmen bei der Bank Schulden in der Höhe von 4.285.624 S. Unter Berücksichtigung der Gehaltszahlungen an die (Beschwerdeführerin) betrug der Verlust für das Wirtschaftsjahr 1.4.1995 bis 31.3.1996 329.106 S und erzielte das Unternehmen in der Periode vom 1.4.1996 bis 28.2.1997 einen Gewinn von nur 16.981 S.

Nach der Beendigung des Krankenstandes der (Beschwerdeführerin) im Jahr 1995 war auf Grund der wirtschaftlichen Situation bis Februar 1997 keine Angestellte für die Erledigung der kommerziellen administrativen Tätigkeit erforderlich. Während der Dienstfreistellung der (Beschwerdeführerin) wurden alle diese Tätigkeiten vom (Mitbeteiligten) selbst erledigt. Die Beträge, mit dem die (Beschwerdeführerin) für das Unternehmen des (Mitbeteiligten) bei Kreditinstituten mithaftet, konnte nicht ermittelt werden. Außer Streit steht, dass es sich wenigstens um den Betrag von 2.080.000 S handelt, mit denen die der (Beschwerdeführerin) gehörende Liegenschaft in Wien 19, ...., hypothekarisch belastet ist."

In rechtlicher Hinsicht vertrat die belangte Behörde die Auffassung, es komme nicht darauf an, welche Tätigkeiten die Beschwerdeführerin für das Unternehmen verrichtet habe. Auch der Inhalt des Ehescheidungsverfahrens und etwaiger anderer Verfahren sowie der Stand der persönlichen Beziehungen zwischen den Streitteilen seien für das Verfahren ohne Belang. Die Voraussetzungen für eine nachträgliche Zustimmung zur Kündigung lägen nicht vor, wie die belangte Behörde näher begründete (insoweit blieb der angefochtene Bescheid vom Mitbeteiligten unbekämpft).

Zur Frage der Erteilung der Zustimmung zu einer auszusprechenden Kündigung vertrat die belangte Behörde die Auffassung, es sei nicht von entscheidender Bedeutung, ob und in welchem Ausmaß die Beschwerdeführerin zum Aufbau des Unternehmens finanziell beigetragen habe, in welchem Ausmaß sie in der Vergangenheit für das Unternehmen gearbeitet habe und wie sie dafür entlohnt worden sei. Es stehe fest, dass das Unternehmen des

Mitbeteiligten erheblich, nämlich mit S 4,285.624,-- per 28. Februar 1997 bei Banken verschuldet sei. Zu dieser Verschuldung sei es auch dadurch gekommen, dass der betriebswirtschaftliche Unternehmenserfolg im Verhältnis zu dem für die Beschwerdeführerin erforderlichen Personalaufwand gering sei. Schon aus betriebswirtschaftlichen Gründen müsste der Personalaufwand, von dem feststehe, dass er für das Unternehmen nicht notwendig sei, rasch reduziert werden, um die Bankschulden nach und nach zu tilgen. Wegen dieser "dringenden wirtschaftlichen Forderung" müsse daher dem Kündigungsbegehr des Mitbeteiligten zugestimmt werden, auch wenn der belangten Behörde klar sei, dass die Beschwerdeführerin

"schutzwürdig ist, weil sie wegen ihrer Behinderung und ihres fortgeschrittenen Alters wahrscheinlich keinen Arbeitsplatz mehr bekommen wird und sie auch nur wenige Pensionsversicherungszeiten aufzuweisen hat, sodass sie voraussichtlich auch bei Berücksichtigung ihres Alters von bereits 56 Jahren nicht vor dem 60. Lebensjahr zu einer Leistung aus der Pensionsversicherung kommen wird".

Im Fall einer Kündigung sei aber für die Beschwerdeführerin insoweit vorgesorgt, als sie neben der Möglichkeit, Arbeitslosengeld zu beziehen, als Ehefrau das Mitbeteiligten voraussichtlich auch einen Anspruch auf Ergänzung eines Unterhaltes gemäß § 94 ABGB werde stellen können. Die Reduktion der Verschuldung des Unternehmens durch den Mitbeteiligten im Fall einer Reduktion des Personalaufwandes werde letztlich auch indirekt der Beschwerdeführerin, die für Betriebskredite in einem bestimmten, wenn auch nicht festgestellten Ausmaß mithafte, teilweise zugute kommen.

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

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und - ebenso wie die mitbeteiligte Partei - eine Gegenschrift erstattet, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§ 8 des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG), BGBl. Nr. 22/1970 in der hier anzuwendenden Fassung

BGBl. Nr. 313/1992 lautet:

#### "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 Monates 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. 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, bzw. die in Ausführung der Bestimmungen des § 210 Abs. 3 bis 6 des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287, erlassenen landesrechtlichen Vorschriften keine Anwendung.

(3) Abs. 2 findet auf das Dienstverhältnis eines begünstigten Behinderten keine Anwendung, soweit ihm als Mitglied des Betriebsrates (Jugendvertrauensrates) bzw. als Personalvertreter der besondere Kündigungsschutz auf Grund der §§ 120 und 121 des Arbeitsverfassungsgesetzes bzw. der in Ausführung der §§ 223 und 224 des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287, erlassenen landesrechtlichen Vorschriften oder § 27 Abs. 2 des Bundes-Personalvertretungsgesetzes und ähnlicher landesrechtlicher Vorschriften zusteht."

Die Entscheidung darüber, ob die Zustimmung zur Kündigung erteilt werden soll, liegt 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, ist es bei dieser Ermessensentscheidung Aufgabe der Behörde,

das berechtigte Interesse des Dienstgebers an der Beendigung eines 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 (ständige Rechtsprechung; vgl. zB die Erkenntnisse vom 23. April 1992, Zl. 92/09/0046 sowie - aus jüngerer Zeit - vom 11. Juli 2000, Zl. 2000/11/0096)

Unter Bedachtnahme auf § 8 Abs. 3 BEinstG soll der in diesem Gesetz normierte Kündigungsschutz nach dem Willen des Gesetzgebers jedenfalls nicht weiter gehen als etwa bei Betriebsratsmitgliedern (vgl. die Erkenntnisse vom 4. Juli 1995, Zl. 94/08/0034 und vom 10. November 1998, Zl. 98/11/0163). Die Kündigungegründe iSd § 8 Abs. 2 BEinStG brauchen nicht in der Person des Gekündigten zu liegen; insbesondere ist kein Verschulden auf Seiten des Gekündigten erforderlich, sondern können an sich auch sachliche, im Betrieb gelegene Gründe genügen (ständige Rechtsprechung; vgl. die Erkenntnisse vom 23. April 1996, Zl. 96/08/0002 und vom 22. April 1997, Zl. 95/08/0039).

Besteht aber eine 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 dem Verhalten oder in der Person des Behinderten gelegenen, sei es aus objektiven betrieblichen Gründen, so zB wegen äußerster Einschränkung der Weiterverwendungsmöglichkeit des begünstigten Behinderten (vgl. die Erkenntnisse vom 27. April 1989, Slg. Nr. 12.922/A und vom 25. April 1991, 90/09/0139), so widerspricht eine auf Antrag des Dienstgebers erteilte Zustimmung zu einer beabsichtigten Kündigung eines solchen begünstigten Behinderten dem Sinn des BEinStG (vgl. die Erkenntnisse vom 22. Februar 1990, Slg. Nr. 13.126/A, vom 4. Juli 1995, Zl. 94/08/0220, und vom 22. April 1997, Zl. 95/08/0039)

Damit, dass die Kündigung des Behinderten im Rahmen eines betriebswirtschaftlich notwendigen Personalabbaus erfolgt sei, wird daher im Allgemeinen noch nicht dargetan, dass die Weiterbeschäftigung des Behinderten - allenfalls verbunden mit der Notwendigkeit der Kündigung eines nicht kündigungsgeschützten Arbeitnehmers - unmöglich ist (vgl. das Erkenntnis vom 18. Jänner 2000, Zl. 99/11/0144), es sei denn, die Kündigung dieses begünstigten Behinderten ist unabdingbar, um nicht das Fortbestehen des Unternehmens konkret zu gefährden. Zwar dürfen die zur Entscheidung berufenen Verwaltungsbehörden nicht die Zweckmäßigkeit einer unternehmerischen Entscheidung überprüfen, 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. Sie haben jedoch festzustellen, ob in dem Betrieb bzw dem Unternehmen, in dem der behinderte Arbeitnehmer beschäftigt ist, noch andere Arbeitsplätze vorhanden sind, auf denen der Arbeitnehmer unter Berücksichtigung seiner eingeschränkten Leistungsfähigkeit tätig werden könnte (vgl. die Erkenntnisse vom 22. Februar 1990, Slg. Nr. 13126/A, und vom 23. April 1996, Zl. 96/08/0002).

Die belangte Behörde hat nicht festgestellt, dass die gesundheitliche Eignung der Beschwerdeführerin eine Weiterbeschäftigung nicht zuließe. Der vorliegende Fall unterscheidet sich von den bisher entschiedenen - soweit überblickbar - dadurch, dass es um die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung einer begünstigten Behinderten in einem (Familien-) Kleinstbetrieb geht, in welchem es - wie auch von der Beschwerde nicht bestritten wird - keine Mehrzahl von "Arbeitsplätzen" gibt, sondern die zu verrichtenden Arbeiten nur zwischen der Beschwerdeführerin (bis zu ihrem krankheitsbedingten Ausfall) und dem Mitbeteiligten (ihrem Ehegatten) aufgeteilt gewesen sind.

Es muss aus dem Blickwinkel des vorliegenden Beschwerdefalls die - auch von der belangten Behörde ausgeklammerte - Frage nicht beantwortet werden, ob in einer solchen Konstellation familiäre Spannungen, wie sie mit einem laufenden Scheidungsverfahren - sofern es nicht einvernehmlich geführt wird - zwangsläufig verbunden zu sein pflegen, bei der Interessensabwägung im Rahmen des § 8 BeinStG zu berücksichtigen sind, da die belangte Behörde die Zustimmung zu einer auszusprechenden Kündigung im Wesentlichen auf Grund der von ihr angenommenen wirtschaftlichen Gegebenheiten des Betriebes erteilt hat.

Die Verfahrensrügen der Beschwerde gehen fehl:

Soweit die Beschwerdeausführungen rügen, die belangte Behörde habe nicht alle Tätigkeiten festgestellt, welche die Beschwerdeführerin verrichtet habe, ist ihnen zu erwidern, dass es darauf nach dem Ergebnis des Berufungsverfahrens nicht ankommt, weil ausschließlich zu beurteilen ist, ob die von der belangten Behörde ihrem

Bescheid zugrundegelegten Annahmen auf einem fehlerfreien Verfahren beruhen und ob sie die rechtliche Beurteilung zu tragen vermögen.

Es ist für den Beschwerdefall ebenso ohne Bedeutung, in welchem Umfang die Beschwerdeführerin für Betriebskredite mithaftet.

Im Zusammenhang mit den behördlichen Feststellungen zur wirtschaftlichen Lage des Betriebes wird vorgebracht, dem Akteninhalt könne nicht entnommen werden, dass der Mitbeteiligte zuletzt seinen Lebensunterhalt durch Ausweitung der Bankkredite bestritten habe. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich diese Aussage bezogen auf den Zeitraum vom 1. April 1995 bis 28. Februar 1997 im Gutachten des Sachverständigen (S 10) findet und wegen des Zurückbleibens des Gewinns hinter den Entnahmen des Mitbeteiligten in diesem Zeitraum auch logisch nachvollziehbar ist.

Dem Mitbeteiligten kann - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - auch nicht vorgeworfen werden, "bis dato nicht die Möglichkeit von Forderungen oder Erhalt von Prämien aus den Mitteln des Ausgleichstaxfonds in Anspruch" genommen zu haben, zumal erst nach Eintritt der wirtschaftlichen Schwierigkeiten und nachdem er erstmals die Kündigung der Beschwerdeführerin ausgesprochen hatte, auf Grund eines Antrages der Beschwerdeführerin die behördliche Feststellung erfolgt ist, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um eine begünstigte Behinderte handelt. Es wurde von der Beschwerdeführerin im Verfahren vor der belangten Behörde nicht geltend gemacht, dass die künftige Inanspruchnahme solcher Forderungen die wirtschaftliche Lage des Unternehmens so günstig beeinflussen könnten, dass die Bankkredite in der erforderlichen Weise auch dann bedient werden könnten, wenn die Beschwerdeführerin zu den bisherigen Konditionen in ihrem Dienstverhältnis verbliebe.

Auch der Vorwurf, die belangte Behörde habe sich auf das von ihr eingeholte Gutachten gestützt, "ohne eine Gegenansicht einzuholen und auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin einzugehen" besteht nicht zu Recht, weil es sich, erstens, bei der Frage nach den wirtschaftlichen Gegebenheiten des Unternehmens des Mitbeteiligten um eine Frage handelt, die nur unter Mitwirkung eines Sachverständigen gelöst werden kann und es , zweitens, die Beschwerdeführerin nicht einmal andeutungsweise unternimmt, Unschlüssigkeiten oder Verstöße gegen die Denkgesetzes in der Begründung dieses Gutachtens darzutun oder gar auf gleichem fachlichen Niveau nachzuweisen. Das Beschwerdevorbringen erschöpft sich über weite Strecken darin - mag dies aus Sicht der Beschwerdeführerin auch als durchaus nachvollziehbar und verständlich erscheinen -, dem Sachverständigen und der belangten Behörde vorzuwerfen, er habe die in der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft mit der Beschwerdeführerin wurzelnden wahren Absichten des Mitbeteiligten nicht in die Beurteilung mit einbezogen. Einer Bedachtnahme auf diese privaten Umstände bedarf es aber schon deshalb nicht, weil die wirtschaftliche Lage des Unternehmens, wie sie sich im Zeitpunkt der Entscheidung durch die belangte Behörde dargestellt hat, dadurch nicht in Zweifel gezogen werden kann und auch dann ausschlaggebender Gesichtspunkt der Beurteilung der Zustimmung zur Kündigung eines Dienstverhältnisses nach § 8 BEinstG bleibt, wenn sie dem Unternehmensinhaber aus privaten Gründen gelegen kommen mag, wie der Verwaltungsgerichtshof nicht verkennt.

Auch spielt die wohl in der ehelichen Gemeinschaft wurzelnde, über das Bestehen eines Dienstverhältnisses weit hinausgehende wirtschaftliche Verflechtung der Beschwerdeführerin mit dem Mitbeteiligten, wie sie in der Haftungsübernahme für Bankkredite des Unternehmens deutlich wird, im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle. Die Beschwerdeführerin lässt in ihrer Argumentation nämlich unbeachtet, dass die Einbeziehung aller dieser aus der ehelichen Beziehung herrührenden Nebenumstände in die Beurteilung nicht dazu führen könnte, den Bestand des Dienstverhältnisses unter den nach dem BEinstG maßgebenden Gesichtspunkten zu festigen, weil diese Nebenumstände - sofern sie nicht bei einer Gesamtbetrachtung überhaupt dazu führen, ein Gesellschaftsverhältnis an Stelle eines Dienstverhältnisses anzunehmen - in anderen Rechtsverhältnissen ihre Grundlage haben, welche durch die Auflösung des Dienstverhältnisses nicht tangiert werden, sodass der Beschwerdeführerin Informations-, Mitwirkungs- oder Einsichtsrechte, die sie bisher hatte, die aber nicht im Dienstverhältnis wurzeln, auch weiterhin uneingeschränkt zustehen.

Schließlich wird in der Beschwerde auch nicht dargetan, inwieweit es im hier allein maßgebenden rechtlichen und tatsächlichen Zusammenhang der Wahrheitsfindung dienlich gewesen wäre, hätte sich der Sachverständige zu der von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Frage geäußert, ob sich der Mitbeteiligte einer Abgabenhinterziehung schuldig gemacht hätte. Auch damit wird eine Unvollständigkeit des Ermittlungsverfahrens nicht aufgezeigt, sodass auf sich

beruhen kann, ob der Sachverständige die Beantwortung dieser Frage zurecht mit dem Fehlen der Entbindung von einer von ihm angenommenen Verschwiegenheitsverpflichtung (gemeint wohl gegenüber der Behörde) verweigern durfte oder ob er diese nur mit dem Hinweis darauf hätte ablehnen dürfen, dass sie nicht zu seinem Gutachtensauftrag und wohl auch nicht zur verhandelten Sache gehörte.

Zur Rechtsrüge der Beschwerdeführerin hat sich der erkennende Senat von folgenden Erwägungen leiten lassen:

In einem Betrieb, in welchem nur eine Dienstnehmerin beschäftigt ist, welche als begünstigte Behinderte Kündigungsschutz genießt, stellt sich die Frage nach einer "Betriebseinschränkung" oder jene nach dem Wegfall eines Arbeitsplatzes für den Betriebsinhaber in der Regel nur in Form der Alternative, bestimmte Bürotätigkeiten weiterhin von einer Arbeitnehmerin verrichten zu lassen, sie selbst zu verrichten oder sie (wie dies etwa im Fall von Buchhaltungsarbeiten, die - wie im Gutachten des Sachverständigen dargelegt - täglich eine Stunde erfordern, durchaus nahe liegend wäre) im Werkvertrag außer Haus zu vergeben. Zum Unterschied von Betrieben, in denen mehrere Dienstnehmer beschäftigt sind, kann sich daher im Kleinstbetrieb mit nur einer Dienstnehmerin im Falle der wirtschaftlichen Notwendigkeit einer Einschränkung der Betriebsausgaben im Rahmen der Interessensabwägung nach § 8 BEinstG von vornherein nicht das Problem der sozialen Auswahl zu kündigender Personen stellen. Insoweit ist zwar nicht der Beschwerdevorwurf gerechtfertigt, folge man der belangten Behörde, dann könne in "jedem Klein- und Mittelbetrieb künftighin der Schutzzweck des BehinderteneinstellungsG unterlaufen werden", wohl aber trifft es zu, dass der Schutzzweck des Behinderteneinstellungsgesetzes sich in einem solchen Kleinstbetrieb nicht in jener Weise entfalten kann, wie dies auch in einem "Klein- oder Mittelbetrieb" mit mehreren Beschäftigten noch möglich sein mag. Das Gesetz geht - im Gegenteil - erkennbar davon aus, dass eine Beschäftigung Behindeter, von denen die volle Arbeitsleistung eines Gesunden nicht erwartet werden kann, von vornherein nur in Betrieben ab einer bestimmten Mindestgröße zumutbar ist und realistischerweise erwartet werden kann und setzt diese Grenze mit "25 oder mehr Dienstnehmer" fest (§ 1 Abs. 1 leg. cit). Auch wenn der Kündigungsschutz des § 8 BEinstG auch in Betrieben gilt, die eine Beschäftigungspflicht für Behinderte nicht trifft (vgl. das Erkenntnis vom 13. September 1994, Slg. Nr. 14107/A), so ist doch im Gesetz durch keine Bestimmung angedeutet, dass die sonst anzuerkennende Ingerenz des Betriebsinhabers an der Gestaltung seines Unternehmens in einem solchen Kleinstbetrieb zu Gunsten des einzigen Beschäftigten, wenn dieser den Schutz des Behinderteneinstellungsgesetzes genießt, eingeschränkt werden sollte. Dies gilt auch dann, wenn die Beschäftigung und die dabei vorgenommene Lohngestaltung ursprünglich auch den Zweck gehabt haben sollte, mögliche Erträge aus dem Unternehmen steuerschonend auf beide Eheleute zu verteilen, ohne dass ein Gesellschaftsvertrag geschlossen werden sollte.

Es kann vielmehr in einer Konstellation wie im Beschwerdefall nur darauf ankommen, ob die wirtschaftlichen Gründe hinreichen, die Kündigung der einzigen Dienstnehmerin (unter Berücksichtigung von deren sozialer Schutzbedürftigkeit) zu rechtfertigen. Dies ist nach Auffassung des erkennenden Senates - nicht anders als bei nicht so kleinen Unternehmen (vgl. die bereits erwähnten Erkenntnisse vom 22. Februar 1990, Slg Nr. 13.126/A, und vom 23. April 1996, Zl. 96/08/0002) - aber jedenfalls dann der Fall, wenn das Unternehmen anders Gefahr liefe, einen schweren wirtschaftlichen Nachteil zu erleiden, der geeignet ist, es in seiner Existenz zu bedrohen.

Im Beschwerdefall steht unbestritten fest, dass sich die Umsätze des Unternehmens des Mitbeteiligten wegen Ausfalls eines Großkundens nahezu halbiert haben und das daraus resultierende Betriebsergebnis bedeutet, dass der Mitbeteiligte für den Fall der Weiterbeschäftigung der Beschwerdeführerin in ihrem bisherigen Dienstverhältnis (dh mit einem Bruttobezug von S 32.000,-- mtl.) Gefahr liefe, Bankkredite im Ausmaß von mehr als S 4,2 Mio nicht mehr bedienen zu können.

Es bedarf keiner Erörterungen, dass ein solcher Zustand, bliebe er bestehen, das Unternehmen in seiner Existenz bedrohte. Ob das Unternehmen gerettet werden kann, wenn es sich angesichts dieser Lage von seiner einzigen Dienstnehmerin trennt, oder ob der Niedergang auch mit dieser Maßnahme nicht aufzuhalten wäre, ist im gegebenen Zusammenhang unerheblich.

Der angefochtene Bescheid erweist sich daher als frei von Rechtsirrtum; die Beschwerde war somit gem. § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

Wien, am 4. Oktober 2001

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2001:1997080469.X00

**Im RIS seit**

07.02.2002

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter &amp; Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)