jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Beschluss 2019/5/15 W133 2210953-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 15.05.2019

Entscheidungsdatum

15.05.2019

Norm

BEinstG §8
B-VG Art.133 Abs4
VwGVG §28 Abs4

Spruch

W133 2210953-1/7E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Natascha GRUBER als Vorsitzende und die fachkundige Laienrichterin und fachkundigen Laienrichter Mag. Karl Andreas REIFF, Mag. Harald STELZER, Mag. Christa MARISCHKA und Mag. Gerald SOMMERHUBER als Beisitzer über die Beschwerde von XXXX , vertreten durch XXXX , Kammer für Arbeiter und Angestellte Wien, gegen den Bescheid des beim Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen, Landesstelle XXXX , errichteten Behindertenausschusses, vom 17.10.2018, betreffend Zustimmung zur beabsichtigten Kündigung nach dem Behinderteneinstellungsgesetz, mitbeteiligte Partei: XXXX , vertreten durch Rechtsanwalt XXXX , den Beschluss gefasst:

A) In Erledigung der Beschwerde wird der angefochtene Bescheid gemäß§ 28 Abs. 4 VwGVG aufgehoben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an den Behindertenausschuss beim Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen, Landesstelle XXXX , zurückverwiesen.

B) Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang:

Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 26.07.2017 richtete die anwaltlich vertretene XXXX (in weiterer Folge auch als "Dienstgeberin" oder "mitbeteiligte Partei" bezeichnet) einen Antrag auf Zustimmung zur Kündigung des begünstigt behinderten Dienstnehmers XXXX (in weiterer Folge als "Beschwerdeführer" bezeichnet) gemäß § 8 des Behinderteneinstellungsgesetzes an den Behindertenausschuss beim Sozialministeriumservice, Landesstelle XXXX (in weiterer Folge als "belangte Behörde" bezeichnet). Darin wird zusammengefasst ausgeführt, der begünstigt behinderte Beschwerdeführer sei seit 01.03.1999 zuletzt in der Funktion als Projektleiter im Service bei der Dienstgeberin

beschäftigt. Dienstort sei Wien. Der Beschwerdeführer verdiene monatlich € 5658 brutto zuzüglich einer Anwesenheitszulage von € 150 brutto. Bis zum Jahr 2013 sei der Beschwerdeführer Account Manager gewesen. Im Jahr 2013 sei er dann Auftragsverantwortlicher für das Projekt " XXXX " geworden. Dieser Projektauftrag sei vom XXXX per 31.12.2016 gekündigt worden. Mit dem Auftragsverlust des Projektes " XXXX " seien seitens der Dienstgeberin Bemühungen angestellt worden, den Beschwerdeführer beim Nachfolgeunternehmen direkt oder über eine Personalbeistellung weiter zu beschäftigen, da für ihn ab 2017 kein Arbeitsplatz mehr zur Verfügung gestanden wäre. Diese Angebote seien jedoch vom Nachfolgeunternehmen nicht angenommen worden. Aufgrund seiner langjährigen Dienstzugehörigkeit sei der Beschwerdeführer seitens der Dienstgeberin ab 01.01.2017 als Projektleiter im Service eingesetzt worden. Wie sich nun herausgestellt habe, sei der Beschwerdeführer dieser Funktion, insbesondere den damit verbundenen operativen Abwicklungs- und Führungsaufgaben, nicht gewachsen. Die Führungsaufgaben nehme er im Wesentlichen gar nicht wahr. Die sonstigen Aufgaben würden ebenfalls nur teilweise zur Zufriedenheit der Dienstgeberin ausgeübt. Vor allem im Umgang mit den Kunden, welcher aber eine zentrale Aufgabe der Funktion sei, seien wesentliche Mängel feststellbar. Es komme leider immer wieder - unter Anführung eines Beispiels - zu Beschwerden von Kunden. Zusammengefasst könne gesagt werden, dass der Beschwerdeführer aktuell keinerlei Führungsqualitäten aufweise, die ihm übertragenen Aufgaben sehr langsam erfülle und er immer wieder Schwierigkeiten mit potentiellen Kunden habe. Die Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers in der Funktion als Projektleiter im Service sei daher für die Antragstellerin nicht mehr zumutbar. Die Dienstgeberin habe dem Beschwerdeführer daher einen Vorschlag zur einvernehmlichen Abänderung seiner Funktion und damit verbundener Gehaltsreduktion angeboten. Im Antrag wurden die Bedingungen dargestellt. Das Gehalt für die neue Funktion würde € 3500 brutto ohne All-in beinhalten. Die Dienstgeberin habe mit dem Beschwerdeführer seit Beginn des Jahres 2017 mehrere Gespräche über diese Problematik geführt und immer wieder vorgehalten, dass man mit seiner Arbeitsleistung nicht zufrieden sei. Der Beschwerdeführer sei aber in keiner Weise bereit, Änderungen seines Gehaltes zu akzeptieren, obwohl die nun angebotene Tätigkeit als Projektleiter im Service in keiner Weise mit seiner Funktion als Auftragsverantwortlicher " XXXX " vergleichbar sei. Ein weiterer Einsatz in einer Funktion mit Führungsaufgaben sei aber weder betrieblich noch aufgrund der mangelnden Führungsfähigkeiten des Beschwerdeführers möglich. Da der Beschwerdeführer einer einvernehmlichen Änderung seiner Tätigkeit und der damit verbundenen Gehaltsreduktion nicht zugestimmt habe, sei die Dienstgeberin gezwungen, das Dienstverhältnis zur Gänze zu kündigen und stelle daher den Antrag, die Zustimmung zur Kündigung des Beschwerdeführers gemäß § 8 Behinderteneinstellungsgesetz zu erteilen.

Am 09.11.2017 fand eine Verhandlung bei der belangten Behörde statt, bei welcher ein Einigungsversuch unternommen wurde. Die Dienstgeberin brachte vor, der Beschwerdeführer übe derzeit die Tätigkeit des Disponenten ohne Führungsverantwortung aus. Mitarbeiter auf einer vergleichbaren Position würden ca. € 3500 verdienen. Betont werde, dass sich das Unternehmen seit Jahren in einer wirtschaftlich schwierigen Situation befinde und laufend Mitarbeiter abgebaut würden. Der Arbeitsplatz, auf dem der Beschwerdeführer derzeit beschäftigt sei, würde ebenfalls eingespart werden. Die Dienstgeberin wäre allerdings bereit, diesen Arbeitsplatz aufrechtzuerhalten, wenn sie sich mit dem Beschwerdeführer auf eine angemessene Gehaltsreduzierung einigen könne. Vorstellbar sei für die Dienstgeberin die Vereinbarung einer Überstundenpauschale sowie die Auszahlung der Zwischenabfertigung und Umstieg in die "Abfertigung neu". Der Dienstnehmer gab an, sich das Angebot zu überlegen und bis spätestens 24.11.2017 ein Gegenangebot zu machen. Seitens der belangten Behörde wurde festgehalten, dass das Ermittlungsverfahren für Verhandlungen zwischen den Parteien unterbrochen werde. Sollte es zu keiner Einigung kommen, werde die Dienstgebervertretung eine Weiterführung der Ermittlungen beantragen und zur Vorbereitung auf die nächste Verhandlung folgende Unterlagen vorlegen: Auflistung sämtlicher Arbeitsplätze im Unternehmen - detaillierte Beschreibung der für den Dienstnehmer (aufgrund seiner Ausbildung bzw. beruflichen Erfahrung) infrage kommenden Arbeitsplätze inklusive des derzeit für diese Tätigkeit ausbezahlten Gehaltes.

Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 05.03.2018 beantragte die Dienstgeberin die Fortsetzung des Verfahrens und gab bekannt, dass keine außergerichtliche Einigung zustande gekommen sei. Im Antrag wurden die, dem Beschwerdeführer unterbreiteten Angebote, sowie die von diesem unterbreiteten Gegenangebote dargestellt. Wie bereits im Antrag dargestellt, sei eine weitere Verwendung des Beschwerdeführers in seiner bisherigen Position sowohl aus personenbedingten als auch betrieblichen objektiven Gründen nicht möglich. Ein weiterer Einsatz wäre nur noch als Auftragsverantwortlicher/Projektleiter zumutbar. Im Schreiben wurden die Zielsetzungen, Qualifikationserfordernissen und Aufgabenschwerpunkte dargestellt. Vergleichbare Mitarbeiter würden zwischen €

2772,82 und max. € 4089,75 verdienen. Im Schreiben wurden acht Mitarbeiter namentlich genannt und ihr Ist-Gehalt dargestellt. Zuletzt habe man dem Beschwerdeführer angeboten, diese Tätigkeit mit einem Gehalt von € 4150 inklusive einer Überstundenpauschale von 15 Stunden auszuüben. Obwohl der Beschwerdeführer damit deutlich mehr als alle anderen vergleichbaren Mitarbeiter für diese Position erhalten würde, habe er dies abgelehnt. Erschwerend komme hinzu, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner mangelnden Leistung auch in dieser weniger qualifizierten Tätigkeit für die Dienstgeberin kaum noch zumutbar sei. Im Konkreten werde ihm Folgendes vorgehalten:

-

Seit September 2017 gebe es massive Beschwerden seitens der Kollegen des Beschwerdeführers, dass sich dieser nicht um die Bestellung des Elektromaterials für diverse Bauprojekte kümmere.

-

Dass der Beschwerdeführer, obwohl er mehrmalig vom Auftragsverantwortlichen und von seinem direkten Vorgesetzten aufgefordert worden sei, die ihm übertragenen Aufgaben zu bearbeiten und sich um die Abwicklung zu kümmern, seine Aufgaben nicht zeitnah und vollständig erfülle.

-

Dass der Beschwerdeführer gänzlich Unwillens und offensichtlich unfähig sei, einfache von ihm übertragenen Aufgaben selbstständig abzuwickeln.

Des Weiteren komme hinzu, dass die Dienstgeberin in einer schwierigen finanziellen Situation sei. Wie dem Jahresabschluss 2017 zu entnehmen sei, betrage der Bilanzverlust für das Jahr 2017 fast €

1 Million. Die Dienstgeberin sei somit gezwungen, in allen Bereichen Einsparungen zu treffen. Vor diesem Hintergrund sei dem Beschwerdeführer eine Weiterbeschäftigung angeboten worden, die sowohl seinen persönlichen Fähigkeiten entspreche, als auch in der Gehaltsstruktur vergleichbarer Mitarbeiter liege. Der Kündigungsschutz des Behinderteneinstellungsgesetzes könne nicht so weit gehen, dass das Schutzinteresse eines einzelnen Mitarbeiters den Fortbestand eines ganzen Unternehmens gefährde. Mit seiner Haltung gefährde der Beschwerdeführer nicht nur seinen eigenen Job, sondern auch die Arbeitsplätze sämtlicher anderer Mitarbeiter. Im Schreiben wurde der vorläufige Jahresabschluss 2017 beigelegt. Da der Beschwerdeführer das Änderungsangebot nicht angenommen habe, wiederhole die Dienstgeberin ihren Antrag auf Zustimmung zur Kündigung.

Mit Schreiben vom 02.05.2018 erstattete der Beschwerdeführer eine Stellungnahme zum Schreiben der Dienstgeberin vom 05.03.2018. Darin führt der Beschwerdeführer zusammengefasst aus, es sei ihm aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen nicht möglich, auf das Angebot der Dienstgeberin einzugehen. Bei einer Gehaltsreduktion in dem von der Dienstgeberin vorgeschlagenen erheblichen Ausmaß könne der Beschwerdeführer seine finanziellen Verpflichtungen nicht mehr erfüllen. Die vorgeschlagene Gehaltsreduktion würde eine Reduktion um 36,34 % bedeuten. Unter Berücksichtigung der Gehaltserhöhung im Jänner 2018 würde es sogar eine Reduktion um 38,44 % darstellen. Wie dem Vergleichsvorschlag des Beschwerdeführers zu entnehmen sei, wäre er bereit gewesen, eine 15-prozentige Einkommenseinbuße hinzunehmen (Reduktion auf € 5200 brutto). In der Stellungnahme wurde die soziale Situation des Beschwerdeführers samt Zusammenfassung der Ausgaben der Familie dargestellt. Hinsichtlich des von der Dienstgeberin behaupteten Verdienstes anderer Mitarbeiter in vergleichbaren Funktionen sei dieser Verdienst ohne Vorlage der den jeweiligen Mitarbeitern entsprechenden Lohnabrechnungen nicht auf seine Richtigkeit überprüfbar. Das Vorbringen der Dienstgeberin, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner mangelnden Leistungserbringung nicht mehr zumutbar sei, werde ausdrücklich bestritten. Tatsächlich sei das Gehalt des Beschwerdeführers wie oben ausgeführt worden sei, im Jänner 2018 sogar noch auf € 5745,40 erhöht worden. Es sei also davon auszugehen, dass weder wirtschaftliche noch persönliche Gründe vorlägen, die einer Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers entgegenstünden. An den Beschwerdeführer seien keinerlei Beschwerden von Kollegen oder Vorgesetzten herangetragen worden. Der Beschwerdeführer komme - wie auch schon zuvor - seinen sämtlichen Verpflichtungen gewissenhaft und ordnungsgemäß nach. Der Antrag auf Zustimmung zur Kündigung sei abzuweisen.

In Erwiderung dieser Stellungnahme des Beschwerdeführers erstattete die Dienstgeberin mit Schriftsatz vom 03.05.2018 eine Replik, worin zusammengefasst ausgeführt wird, dass es bei richtiger Beurteilung und einem Vergleich der Nettogehälter zu einer lediglich 20-prozentigen Gehaltsreduktion komme. Es sei weiters nicht auf starre Prozentsätze, sondern auf die konkrete Lebens- und Vermögenssituation abzustellen. Die Kostenaufstellung des

Beschwerdeführers könne nicht richtig sein. Dem Beschwerdeführer und seiner Familie werde es ohne Einschränkung des bisherigen Lebensstandards möglich sein, die bisherigen Fixkosten zu decken. Das Änderungsangebot würde keinerlei wesentliche Interessensbeeinträchtigung darstellen. Die gegen ihn gemachten Vorwürfe bestreite der Beschwerdeführer lapidar damit, dass sie nicht richtig seien, und erstatte dazu weder ein Vorbringen noch ein Beweisanbot. Zudem versuche er eine kollektivvertragliche Gehaltserhöhung als eine auf besonderem Verdienst beruhende individuelle Gehaltserhöhung darzustellen. Der Antrag auf Zustimmung zur Kündigung werde wiederholt.

Mit Schreiben vom 06.06.2018 forderte die belangte Behörde die Dienstgeberin auf, Unterlagen zur Beschreibung der Tätigkeit und des Verantwortungsbereichs des Beschwerdeführers im Projekt " XXXX " vorzulegen sowie eine Aufstellung und Beschreibung sämtlicher Arbeitsplätze der im Unternehmen beschäftigten Projektleiter mit Führungsaufgaben bzw. Personalverantwortung und eine Darlegung, weshalb der Beschwerdeführer für diese Funktion als ungeeignet erachtet werde.

Mit Schriftsatz vom 25.06.2018 erstattete der Beschwerdeführer eine Duplik zur Replik der Dienstgeberin. Darin nimmt er neuerlich zur Gehaltsreduktion Stellung und führt aus, dass es sich auch beim Nettovergleich um eine Gehaltsreduktion von 25 % handle. Der Beschwerdeführer habe einen Fixkostenbetrag i.H.v. € 5387,48 zu decken. Eine Minderung des Einkommens auf die von ihm vorgeschlagenen € 5200 brutto wäre somit unter Vornahme von Einsparungen bei den Haushaltsausgaben, noch verkraftbar gewesen, nicht jedoch die massive Einkommensminderung auf das von der Dienstgeberin vorgeschlagene Maß. Hinsichtlich der Gehaltserhöhung des Beschwerdeführers für das Jahr 2018 werde nach Rücksprache mit der zuständigen Gewerkschaft darauf hingewiesen, dass eine Erhöhung der kollektivvertraglichen Ist-Gehälter 2018 nicht erfolgt sei. Bezüglich der gegenüber dem Beschwerdeführer gemachten Vorwürfe sei festzuhalten, dass diese von der Dienstgeberin in den Raum gestellten Vorwürfe gänzlich unkonkret und pauschal seien. Es werde nochmals festgehalten, dass der Beschwerdeführer seinen sämtlichen Verpflichtungen sorgfältig und ordnungsgemäß nachkomme. Er habe auch mit Kollegen darüber gesprochen, ob es Probleme mit seiner Arbeitsleistung gebe. Es sei ihm mitgeteilt worden, dass es keinerlei Probleme gebe. Zum Beweis wurden Zeugen namhaft gemacht.

Mit Schriftsatz vom 24.07.2018 erstattete die Dienstgeberin ein ergänzendes Vorbringen und stellte den Tätigkeitsbereich und die Brutto-Ist-Gehälter von zehn Mitarbeitern, welche als Projektleiter mit Führungsaufgaben bzw. Personalverantwortung, tätig seien, dar, sowie die Gründe, warum aus Sicht der Dienstgeberin der Beschwerdeführer diese Tätigkeitsbereiche nicht ausüben könne.

Mit Schreiben vom 27.07.2018 teilte die belangte Behörde den Parteien mit, dass aufgrund der bereits eingelangten Ermittlungsergebnisse weitere Erhebungen nicht erforderlich erschienen. Der Fall sei entscheidungsreif und werde in der nächsten Sitzung des Behindertenausschusses zur Abstimmung gebracht werden.

Mit Schriftsatz vom 10.08.2018 erstattete der Beschwerdeführer neuerlich eine Stellungnahme. Darin führt der Beschwerdeführer unter Namhaftmachung von Zeugen aus, dass sich die Dienstgeberin - entgegen ihrer Darstellung im Verfahren - nicht bemüht habe, den Beschwerdeführer beim Nachfolgeunternehmen zu beschäftigen. Im Hinblick auf die von der Dienstgeberin dargestellten Tätigkeitsbereiche anderer Führungskräfte führte der Beschwerdeführer aus, es sei unrichtig, dass er nicht bereit sei, Reisetätigkeiten und Bereitschaftsdienste zu leisten. Auch das Vorbringen, dass er aufgrund seiner gesundheitlichen Situation körperlichen Anstrengungen nicht gewachsen sei, werde bestritten. Tatsächlich sei es so, dass der Beschwerdeführer trotz seiner chronischen Erkrankung und der damit einhergehenden festgestellten Behinderung in den letzten Jahren keine nennenswerten Krankenstände aufzuweisen habe. Zum Vorbringen der Dienstgeberin, dass der Beschwerdeführer Tätigkeiten wie Akquisition von Neukunden und Betreuung von Bestandskunden nicht gewachsen sei, wurde festgehalten, dass der Beschwerdeführer eben diese Tätigkeiten während seines Dienstverhältnisses bei der Dienstgeberin bereits jahrelang mit großem Erfolg ausgeübt habe, einige der genannten Mitarbeiter auch eingeschult habe und als deren Vorgesetzter fungiere. Er sei auch in der Mitarbeiterführung erfahren und habe bis September 2013 als Kundencenter-Leiter Personalverantwortung für ca. 70 Personen und Umsatzverantwortung für ca. € 4.100.000 gehabt. Zudem bestehe auch nicht die Gefahr eines Auftragsverlustes bei einem Tausch der Projektleiter. Zusätzlich werde festgehalten, dass die Dienstgeberin nicht sämtliche Projektleiterstellen mit Führungsaufgaben angegeben habe. Die Stelle des Projektleiters C.R.(anonymisiert), der das Unternehmen am 31.05.2018 verlassen habe, sei derzeit vakant und die Dienstgeberin suche auf "Karriere.at" einen Nachfolger. Die Stellenanzeige wurde der Stellungnahme beigelegt. Wie in den bisherigen Schriftsätzen schon mehrmals vorgebracht, gebe es hinsichtlich der Arbeitsleistung des Beschwerdeführers tatsächlich keinerlei Probleme,

weder mit Kunden noch innerhalb des Unternehmens. Diesbezüglich machte der Beschwerdeführer mehrere Zeugen namhaft. Es sei festzuhalten, dass keiner der in § 8 Abs.4 BEinstG aufgezählten Kündigungsgründe vorliege. Weder entfalle der Tätigkeitsbereich des Antragsgegners, noch könne der Beschwerdeführer an einem anderen geeigneten Arbeitsplatz ohne erheblichen Schaden nicht weiterbeschäftigt werden. Auch die Kündigungsgründe der lit b und c leg.cit. lägen nicht vor. Der Antrag auf Zustimmung zur Kündigung sei somit abzuweisen.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 17.10.2018 gab die belangte Behörde dem Antrag der Dienstgeberin auf Zustimmung zur Kündigung des Beschwerdeführers statt und erteilte die Zustimmung zur beabsichtigen Kündigung des Beschwerdeführers. Im Rahmen der Bescheidbegründung ging die Behörde in sachverhaltsmäßiger Hinsicht davon aus, dass der vom Beschwerdeführer zuletzt ausgeübte Tätigkeitsbereich als Projektleiter für das Projekt " XXXX " weggefallen sei. Der Beschwerdeführer habe im Jahr 2017 € 5658,12 brutto zuzüglich Diäten monatlich für diese Tätigkeit bezogen. Die Dienstgeberin habe dem Beschwerdeführer einen Ersatzarbeitsplatz mit einem Einkommen von € 4150 brutto monatlich angeboten bei Beendigung des aktuellen Dienstverhältnisses mit Auszahlung der anfallenden gesetzlichen Abfertigung i.H.v. € 39.606,84 brutto und zusätzliche Auszahlung einer freiwilligen Abfertigung i.H.v. € 6000 brutto. Der Beschwerdeführer habe dieses Angebot abgelehnt, da er nach seinen Angaben zur Deckung seiner Lebenshaltungskosten ein Einkommen von €

5200 brutto monatlich benötige. Hinsichtlich der sozialen Situation ging die Behörde von den Angaben des Beschwerdeführers und einer monatlichen Belastung der Familie i.H.v. € 6465 aus. Die mit der angebotenen Änderungskündigung verbundene Gehaltsreduzierung auf €

4150 brutto lasse eine Weiterführung des bisherigen Lebensstandards nicht zu und bedeute somit eine Beeinträchtigung der Interessen des Beschwerdeführers.

Der Beschwerdeführer sei derzeit als Projektleiter im Service eingesetzt. Aufgrund der glaubhaften Angaben hinsichtlich der Stellen der Projektleiter gelte als erwiesen, dass nur drei der angegebenen Mitarbeiter die vom Beschwerdeführer geforderten € 5200 brutto bzw. darüber hinaus verdienen würden. Diese Mitarbeiter hätten die Funktion der Kundencenter-Leiter inne und jeweils Führungsverantwortung für mindestens 25 DienstnehmerInnen. Da die Angaben von der Beschwerdeführervertretung nicht angezweifelt worden seien, sei davon auszugehen, dass Projektleiter bei der Antragstellerin zwischen € 2934 und € 4051 brutto monatlich zuzüglich eventueller Zulagen verdienen würden. Die vom Beschwerdeführer geforderten € 5200 brutto würden somit eine deutliche Überzahlung im Verhältnis zu vergleichbaren Dienstnehmern bei Verwendung als Projektleiter bedeuten.

Auf die Kündigung des Projektauftrages durch den Auftraggeber, welche den Wegfall des Arbeitsplatzes des Beschwerdeführers begründet habe, habe die Dienstgeberin keinen Einfluss gehabt. Es bestehe Weiterbeschäftigungsbeschäftigungsmöglichkeit im Unternehmen und diese sei dem Beschwerdeführer auch angeboten worden.

Auf Grundlage dieses festgestellten Sachverhaltes gelangte die belangte Behörde zu folgender rechtlicher Beurteilung:

Im gegenständlichen Verfahren werde die Zustimmung zur Kündigung erteilt, da es der Dienstgeberin nicht zumutbar erscheine, dem Beschwerdeführer bei erheblicher Überzahlung (im Verhältnis zu vergleichbaren MitarbeiterInnen im Unternehmen) auf einem Ersatzarbeitsplatz als Projektleiter weiter zu beschäftigen. Der Arbeitsplatz des Dienstnehmers sei infolge einer Auftragskündigung durch Dritte weggefallen. Dem Beschwerdeführer sei eine Weiterbeschäftigung als Projektleiter zu einer (im Verhältnis zu vergleichbaren Mitarbeitern in Unternehmen) überdurchschnittlichen Entlohnung angeboten worden. Dieses Angebot habe der Dienstnehmer nicht angenommen. Bei der Abwägung sei berücksichtigt worden, dass eine Einkommenseinbuße von mehr als €1500 brutto eine Weiterführung des bisherigen Lebensstandards nicht zulasse. Auch unter der Annahme, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner Berufserfahrung relativ leicht eine neue Anstellung als Projektleiter finden werde, müsse davon ausgegangen werden, dass das übliche Gehaltsniveau jedenfalls zu Beginn eines Dienstverhältnisses € 5200 brutto im Monat nicht erreiche. Da der Beschwerdeführer den angebotenen Ersatzarbeitsplatz mit einem "Nettoeinkommen von monatlich € 4150 brutto" nicht angenommen habe, sei nicht über eine Änderungskündigung abzusprechen und seien auch keine Feststellungen hinsichtlich der Zumutbarkeit des angebotenen Ersatzarbeitsplatzes zu treffen. Es sei ausschließlich das Vorhandensein eines Ersatzarbeitsplatzes unter Berücksichtigung der Festlegung des Dienstnehmers, dass er zumindest € 5200 ins Verdienen bringen müsse, zu beurteilen. Es gebe keine Hinweise darauf, dass bei der Dienstgeberin Arbeitsplätze vorhanden seien, welche als adäquate Ersatzarbeitsplätze zu qualifizieren

seien und gleichzeitig ein monatliches Einkommen von € 5200 brutto erzielen könnten. Die Abweisung des Antrags würde sogar ein Fortbestehen des bisherigen Vertrages zur Folge haben, wodurch der Beschwerdeführer, ohne Vorhandensein eines entsprechenden Ersatzarbeitsplatzes, Anspruch auf sein bisheriges Monatseinkommen in Höhe von mehr als € 5650 brutto hätte. Ein Anspruch auf einen Ersatzarbeitsplatz in einer Führungsposition leite sich aus dem Behinderteneinstellungsgesetz nicht ab. Das Freimachen eines Arbeitsplatzes durch Kündigung eines Mitarbeiters mit erheblicher Führungsverantwortung, welcher jedoch keinen Kündigungsschutz genieße, im gegenständlichen Fall wäre dies einer der Kundencenter-Leiter, werde als Überziehung des Kündigungsschutzes gemäß § 8 BEinstG gesehen. Nach sorgfältiger Würdigung der Umstände komme die belangte Behörde zu dem Schluss, dass die Interessen der Dienstgeberin an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses überwiegen würden, da ihr nicht zugemutet werden könne, nach Wegfall des Arbeitsplatzes des Beschwerdeführers, diesem eine Führungsposition überantworten zu müssen, oder ihn auf einem geringer dotierten Ersatzarbeitsplatz mit erheblicher Überzahlung zu beschäftigen. Ein geeigneter Ersatzarbeitsplatz stehe somit nicht zur Verfügung.

Die Zustellung des Bescheides erfolgte am 23.10.2018.

Mit Schriftsatz der rechtlichen Vertretung vom 30.11.2018 erhob der Beschwerdeführer gegen diesen Bescheid fristgerecht die verfahrensgegenständliche Beschwerde. Darin werden insbesondere die Verletzung der Verfahrensvorschriften infolge der unvollständigen Erhebung des maßgeblichen Sachverhalts, die unrichtige Sachverhaltsfeststellung, die mangelhafte Beweiswürdigung und unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht. In der Beschwerdebegründung wird nach Darstellung des Verfahrensganges zusammengefasst vorgebracht, es sei festzuhalten, dass bis auf die Verhandlung am 09.11.2017, bei welcher keine der beiden Parteien einvernommen worden sei, sondern im Wesentlichen Vergleichsgespräche geführt worden seien, keine einzige weitere mündliche Verhandlung bis zum Erlass des gegenständlichen Bescheides stattgefunden habe, obwohl - wie oben dargelegt - umfangreiches wechselseitiges Vorbringen mit umfangreichen Beweisanträgen erstattet worden sei. Die Feststellungen der Unterbehörde, dass die Dienstnehmervertretung die Höhe der Vergleichsentgelte anderer Projektleiter bei der Dienstgeberin nicht angezweifelt habe, sei nicht richtig. Entgegen diesen Ausführungen der belangten Behörde habe der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme vom 02.05.2018 ausdrücklich festgehalten, dass eine Aussage zur Richtigkeit der von der Dienstgeberin vorgelegten Zahlen nicht getroffen werden könne. Die belangte Behörde habe die Dienstgeberin jedoch nicht aufgefordert, zwecks Objektivierung ihrer Behauptungen betreffend die Gehaltssituation im Unternehmen valide Unterlagen vorzulegen, obwohl vom Beschwerdeführer in oben angeführter Stellungnahme die Angaben der Dienstgeberin angezweifelt worden seien. Durch diese Unterlassung sei der Grundsatz der Amtswegigkeit und der materiellen Wahrheit verletzt worden. Dieser Mangel sei entscheidungsrelevant, da der Umstand des internen Gehaltsgefüges bei der Dienstgeberin insbesondere betreffend die Projektleiter bei der Interessenabwägung maßgeblich zugrunde gelegt worden sei.

Zu der in den Feststellungen angeführten Gehaltsreduktion auf € 4150 sei festzuhalten, dass von der Dienstgeberin zu keinem Zeitpunkt die Zustimmung zu einer Änderungskündigung mit einem Angebot von € 4150 brutto beantragt worden sei. Vielmehr sei im Zuge von Vergleichsverhandlungen während des Verfahrens dem Beschwerdeführer eine Weiterbeschäftigung mit einer Bezahlung von € 4150 brutto angeboten worden. Die Feststellungen der belangten Behörde in diesem Zusammenhang stünden weiters im Widerspruch zu den zuvor angeführten Feststellungen, in welchen von einer angebotenen Änderungskündigung die Rede sei. Es sei von der belangten Behörde weiters zu keinem Zeitpunkt hinterfragt worden, wie lange die von der Dienstgeberin zum Vergleich angeführten Arbeitnehmer allenfalls schon bei ihr beschäftigt seien, wie alt diese seien und welchen Ausbildungsstand sie hätten. Erst wenn ein umfassender Vergleich der angeführten Arbeitnehmer mit dem Beschwerdeführer unter Einbeziehung der oben angeführten Punkte wie Alter, Betriebszugehörigkeit und Ausbildung stattgefunden habe, könne beurteilt werden, ob und wie hoch eine allfällige Überzahlung ausfalle. Beispielhaft werde angeführt, dass die von der Dienstgeberin unter anderem als Vergleichspersonen angeführten namentlich genannten Arbeitnehmer zwischen 22 und 40 Jahre alt seien und auch erheblich kürzer bei der Dienstgeberin beschäftigt seien, was zu berücksichtigen gewesen wäre.

Selbst wenn man vom festgestellten Sachverhalt ausgehen würde, sei seitens der belangten Behörde eine unrichtige rechtliche Beurteilung dieses Sachverhaltes vorgenommen worden. Die Behörde habe selbst ausdrücklich festgestellt, dass eine Minderung des Einkommens auf unter € 5200 für den Antragsgegner nicht verkraftbar sei. In diesem Zusammenhang werde in Ergänzung zum bisherigen Vorbringen ausgeführt, dass die Gattin des Beschwerdeführers

zwischenzeitlich kein Einkommen von monatlich € 1500 mehr beziehe. Sie beziehe nunmehr Arbeitslosengeld mit einem Tagsatz i.H.v. € 31 pro Tag, somit habe sich die finanzielle Situation des Beschwerdeführers im Vergleich zur Situation, wie sie sich im Frühjahr 2018 dargestellt habe, noch zusätzlich erheblich verschärft.

Warum konkret es der Dienstgeberin nicht zumutbar sei, den Beschwerdeführer weiter zu beschäftigen und ob bzw. welche konkreten negativen Folgen entstehen würden, wenn sie den Beschwerdeführer weiterbeschäftigte, insbesondere im Hinblick darauf, dass er ja die von der Dienstgeberin angebotene Tätigkeit als Projektleiter seit Anfang 2017 bis zum jetzigen Zeitpunkt ausübe und sohin von einer Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung keine Rede sein könne, werde mit keinem Wort ausgeführt. Wie die belangte Behörde durch die vorzunehmende Interessenabwägung im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis gelange, dass der Beschwerdeführer nicht weiterbeschäftigt werden könne, sei nicht nachvollziehbar.

Weiters werde in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes unter Zitierung verwiesen. Zum Vergleich werde auch auf den im § 105 Abs. 3 Z2 ArbVG geregelten allgemeinen Kündigungsschutz verwiesen. Laut ständiger Rechtsprechung sei eine Beeinträchtigung wesentlicher Interessen immer dann gegeben, wenn die Auswirkungen der Kündigung in die vom Gesetzgeber geschützte soziale Interessensphäre des Arbeitnehmers derart eingreife, dass dieser eine fühlbare Verschlechterung derselben hinnehmen müsse. Eine derartige Interessenbeeinträchtigung liege in der vorliegenden Rechtssache vor und würde man wohl davon ausgehen, dass sie erst recht in diesem Verfahren, in welchem der viel stärkere Kündigungsschutz des § 8 BEinstG beachtlich sei, umso schwerer wiege, vor allem im Hinblick darauf, dass demgegenüber kein einziger der in § 8 Abs. 4 BEinstG aufgezählten Kündigungsgründe vorliege. Der Tätigkeitsbereich des Beschwerdeführers sei nach wie vor vorhanden, die ihm von der Dienstgeberin angebotene Stelle als Projektleiter übe er seit Anfang 2017 bis zum jetzigen Zeitpunkt laufend aus. Er sei auch nicht unfähig geworden, die vereinbarte Arbeit zu leisten. Ebenso wenig verletze er die ihm aufgrund des Dienstverhältnisses obliegenden Pflichten beharrlich und stünden seiner Weiterbeschäftigung Gründe der Arbeitsdisziplin auch nicht entgegen. Die angebliche Unzumutbarkeit werde nicht ausreichend begründet. Die belangte Behörde habe somit ihre Verpflichtung, ihre Ermessensentscheidung im Sinne des § 8 Abs. 2 BEinstG auszuüben, verletzt.

Das Vorbringen, dass der Beschwerdeführer einer Änderung seiner Tätigkeit nicht zugestimmt habe, sei unrichtig, der Beschwerdeführer sei lediglich mit einer Reduktion seines Entgelts auf € 3500 brutto nicht einverstanden gewesen, da er damit seinen finanziellen und sozialen Verpflichtungen nicht nachkommen könne. Somit hätte die Dienstgeberin in Erfüllung ihrer besonderen Fürsorgepflicht die sich aus dem Schutzzweck des anzuwendenden Gesetzes ergebe, dass "mildere Mittel" anzuwenden gehabt, und wäre keine Beendigungskündigung, sondern lediglich eine Änderungskündigung zu beantragen gewesen. Dieses Element habe die belangte Behörde bei Ausübung ihres Ermessens zu berücksichtigen gehabt und hätte dies zur Abweisung des Antrages der Dienstgeberin führen müssen. Dem Beschwerdeführer sei im Hinblick auf die zu erwartenden sozialen Nachteile der Verlust seines Arbeitsplatzes nicht zumutbar.

Am 11.12.2018 erfolgte die Beschwerdevorlage an das Bundesverwaltungsgericht. Mit Schreiben des Bundesverwaltungsgerichts vom 12.12.2018 wurde der Dienstgeberin als mitbeteiligter Partei die Beschwerde gemäß § 10 VwGVG zur Kenntnis gebracht und die Möglichkeit einer Stellungnahme eingeräumt sowie die Vorlage des Personalaktes des Beschwerdeführers aufgetragen.

Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 21.12.2018 erfolgte eine Beschwerdegegenausführung der Dienstgeberin und legte diese den Personalakt vor.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Zu A) Aufhebung des Bescheides und Zurückverweisung:

Gemäß § 27 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, soweit nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben ist, den angefochtenen Bescheid auf Grund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z 3 und 4) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (§ 9 Abs. 3) zu überprüfen.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

Gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn 1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder 2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer eheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

Gemäß § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen, wenn die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhaltes unterlassen hat. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.

Gemäß § 28 Abs. 4 VwGVG hat das Verwaltungsgericht dann, wenn die Behörde bei ihrer Entscheidung Ermessen zu üben hat, wenn es nicht gemäß Abs. 2 in der Sache selbst zu entscheiden hat und wenn die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder abzuweisen ist, den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückzuverweisen. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.

Bei der Entscheidung des Behindertenausschusses des Sozialministeriumservice gemäß § 8 BEinstG handelt es sich nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes um eine Ermessenentscheidung. Es ist im Beschwerdefall auch nicht strittig, dass die belangte Behörde bei ihrer bekämpften Entscheidung Ermessen geübt hat.

Es ist nach der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes demnach Aufgabe des Verwaltungsgerichtes zu überprüfen, ob sich die Zustimmung zur Kündigung durch die belangte Behörde als Ermessensübung im Sinne des Gesetzes erweist, und zwar - mangels Indizien für eine Abweichung von Fällen mit "gebundener" Entscheidung - vor dem Hintergrund der im Zeitpunkt der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung bestehenden Sach- und Rechtslage (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 16.08.2017, Zl. Ra 2017/11/0212 mwN).

Eine solche Prüfung setzt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes voraus, dass alle für diese Entscheidung wesentlichen tatsächlichen Umstände unter Einhaltung der maßgeblichen Verfahrensvorschriften ermittelt und berücksichtigt wurden.

Im vorliegenden Beschwerdefall erweist sich jedoch der angefochtene Bescheid in Bezug auf den zu ermittelnden Sachverhalt in wesentlichen Punkten aus folgenden Gründen als gravierend mangelhaft und ist es dem Bundesverwaltungsgericht somit nicht möglich, zu überprüfen, ob sich die Zustimmung zur Kündigung durch die belangte Behörde als Ermessensübung im Sinne des Gesetzes erweist:

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung des angefochtenen Bescheides kommt die belangte Behörde nach Zitierung von maßgeblichen Rechtsvorschriften und Würdigung des Umstandes, dass der Beschwerdeführer nach dem Wegfall seines bisherigen Arbeitsplatzes nicht bereit gewesen sei, einen angebotenen Ersatzarbeitsplatz mit einem "Nettoeinkommen von monatlich € 4.150 brutto" anzunehmen und es keine Hinweise dafür gebe, dass bei der Dienstgeberin Arbeitsplätze vorhanden seien, auf welchen ein monatliches Einkommen von € 5.200 brutto erzielt werden könne, wie dies vom Beschwerdeführer festgelegt worden sei, zur Beurteilung, dass ein geeigneter Ersatzarbeitsplatz nicht zur Verfügung stehe.

Resümierend führt sie Folgendes aus:

"Ein Anspruch auf einen Ersatzarbeitsplatz in einer Führungsposition, leitet sich aus dem Behinderteneinstellungsgesetz nicht ab. Das Freimachen eines Arbeitsplatzes durch Kündigen eines Mitarbeiters mit erheblicher Führungsverantwortung, welcher jedoch keinen Kündigungsschutz genießt, im gegenständlichen Fall wäre dies einer der Kundencenter-Leiter, wird als Überziehung des Kündigungsschutzes gern. § 8 BEinstG gesehen.

Nach sorgfältiger Würdigung der Umstände kommt der Behindertenausschuss zu dem Schluss, dass die Interessen der Antragstellerin an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses überwiegen, da ihr nicht zugemutet werden kann, nach Wegfall des Arbeitsplatzes des Dienstnehmers, diesem eine Führungsposition überantworten zu müssen oder ihn auf einem geringer dotierten Ersatzarbeitsplatz mit erheblicher Überzahlung zu beschäftigen.

Ein geeigneter Ersatzarbeitsplatz steht somit nicht zur Verfügung.

Dem Antrag der XXXX auf Zustimmung zur Kündigung von Herrn H.E. wird daher zugestimmt."

Gründe der mangelnden Arbeitsfähigkeit im Sinne des § 8 Abs. 4 lit. b BEinstG oder der Dienstpflichtverletzung bzw mangelnden Arbeitsdisziplin im Sinne des § 8 Abs. 4 lit. c BEinstG - letztere waren von der Dienstgeberin im Verfahren

mehrfach vorgebracht, vom Beschwerdeführer jedoch bestritten worden - wurden weder im Bescheid festgestellt, noch bei der Ermessensentscheidung berücksichtigt.

Die belangte Behörde stützte ihre, der beabsichtigten Kündigung zustimmende Entscheidung somit zweifelsfrei auf den Zustimmungsgrund des § 8 Abs. 4 lit. a des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG).

§ 8 Abs. 4 lit. a BEinstG lautet:

"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 Entfall des bisherigen Tätigkeitsbereiches des begünstigten Behinderten bildet somit nach dem klaren gesetzlichen Wortlaut erst in Verbindung mit dem - vom Dienstgeber nachzuweisenden - Umstand, dass ein geeigneter Ersatzarbeitsplatz im Unternehmen nicht besteht, einen Grund dafür, im Rahmen der Interessenabwägung die Fortsetzung des Dienstverhältnisses durch den Dienstgeber als nicht zumutbar anzusehen (vgl. VwGH vom 20.03.2012, Zl. 2011/11/0146).

In dem zu beurteilenden Beschwerdefall ist zwischen den Parteien unstrittig, dass der Beschwerdeführer seit 01.03.1999 bei der Dienstgeberin beschäftigt ist und im Zeitraum von 2013 bis zur Kündigung des Projektauftrages seitens des XXXX per 31.12.2016 als Auftragsverantwortlicher für das Projekt " XXXX " tätig war.

Unstrittig sind auch die Angaben zur sozialen Situation des Beschwerdeführers im Verfahren.

Es ist weiters zwischen den Parteien unstrittig, dass grundsätzlich eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Beschwerdeführer bei der Dienstgeberin besteht; vgl. dazu zuletzt das Vorbringen des Beschwerdeführers in der Beschwerde und der Dienstgeberin in der Äußerung zur Bescheidbeschwerde (Seite 4) vom 21.12.2018.

Der Beschwerdeführer wird seit 01.01.2017 als Projektleiter im Service eingesetzt.

Die Dienstgeberin erachtet jedoch eine Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers an diesem Arbeitsplatz unter Weiterbezahlung seines derzeitigen Gehaltes und auch unter Bezahlung des vom Beschwerdeführer (bisher) zumindest geforderten Gehaltes in Höhe von € 5.200 brutto monatlich aufgrund der (behaupteten) niedrigeren Gehaltsstruktur im Unternehmen für diesen Tätigkeitsbereich als deutliche, ihr nicht zumutbare Überzahlung im Verhältnis zu vergleichbaren Dienstnehmern bei Verwendung als Projektleiter.

Dieser Ansicht der Dienstgeberin folgte im Wesentlichen die belangte Behörde und begründete ihre Ermessensentscheidung damit, dass der Dienstgeberin nicht zugemutet werden könne, nach Wegfall des Arbeitsplatzes des Dienstnehmers, diesem eine Führungsposition überantworten zu müssen oder ihn auf einem geringer dotierten Ersatzarbeitsplatz mit erheblicher Überzahlung zu beschäftigen.

Um zu ermitteln, ob ein Ersatzarbeitsplatz vorliegt bzw wie das Gehaltsniveau der Projektleiter mit Führungsaufgaben bzw Personalverantwortung im Unternehmen aussieht, forderte die belangte Behörde mit Schreiben vom 06.06.2018 die Dienstgeberin auf, Unterlagen zur Beschreibung der Tätigkeit und des Verantwortungsbereichs des Beschwerdeführers im Projekt " XXXX " vorzulegen sowie eine Aufstellung und Beschreibung sämtlicher Arbeitsplätze der im Unternehmen beschäftigten Projektleiter mit Führungsaufgaben bzw. Personalverantwortung und eine Darlegung, weshalb der Beschwerdeführer für diese Funktion als ungeeignet betrachtet werde.

Mit Schriftsatz vom 24.07.2018 erstattete die Dienstgeberin ein entsprechendes ergänzendes Vorbringen und stellte den Tätigkeitsbereich und die Brutto-Ist-Gehälter von zehn Mitarbeitern, welche als Projektleiter mit Führungsaufgaben bzw. Personalverantwortung, tätig seien, dar, sowie die Gründe, warum aus Sicht der Dienstgeberin der Beschwerdeführer diese Tätigkeitsbereiche nicht ausüben könne.

Ohne dem Beschwerdeführer zuvor Parteiengehör zu diesen Ermittlungsergebnissen zu gewähren, teilte die belangte Behörde mit Schreiben vom 27.07.2018 den Parteien mit, dass aufgrund der bereits eingelangten Ermittlungsergebnisse weitere Erhebungen nicht erforderlich erschienen. Der Fall sei entscheidungsreif und werde in

der nächsten Sitzung des Behindertenausschusses zur Abstimmung gebracht werden. Der Schriftsatz vom 24.07.2018 wurde dem Beschwerdeführer unter einem übermittelt.

Mit Schriftsatz vom 10.08.2018 erstattete der Beschwerdeführer neuerlich eine Stellungnahme. Darin führt der Beschwerdeführer unter Namhaftmachung von Zeugen aus, dass sich die Dienstgeberin - entgegen ihrer Darstellung im Verfahren - nicht bemüht habe, den Beschwerdeführer beim Nachfolgeunternehmen zu beschäftigen. Im Hinblick auf die von der Dienstgeberin dargestellten Tätigkeitsbereiche anderer Führungskräfte führte der Beschwerdeführer aus, es sei unrichtig, dass er nicht bereit sei, Reisetätigkeiten und Bereitschaftsdienste zu leisten. Auch das Vorbringen, dass er aufgrund seiner gesundheitlichen Situation körperlichen Anstrengungen nicht gewachsen sei, werde bestritten. Tatsächlich sei es so, dass der Beschwerdeführer trotz seiner chronischen Erkrankung und der damit einhergehenden festgestellten Behinderung in den letzten Jahren keine nennenswerten Krankenstände aufzuweisen habe. Zum Vorbringen der Dienstgeberin, dass der Beschwerdeführer Tätigkeiten wie Akquisition von Neukunden und Betreuung von Bestandskunden nicht gewachsen sei, wurde festgehalten, dass der Beschwerdeführer eben diese Tätigkeiten während seines Dienstverhältnisses bei der Dienstgeberin bereits jahrelang mit großem Erfolg ausgeübt habe, einige der genannten Mitarbeiter auch eingeschult habe und als deren Vorgesetzter fungiere. Er sei auch in der Mitarbeiterführung erfahren und habe bis September 2013 als Kundencenter-Leiter Personalverantwortung für ca. 70 Personen und Umsatzverantwortung für ca. € 4.100.000 gehabt. Zudem bestehe auch nicht die Gefahr eines Auftragsverlustes bei einem Tausch der Projektleiter. Zusätzlich werde festgehalten, dass die Dienstgeberin nicht sämtliche Projektleiterstellen mit Führungsaufgaben angegeben habe. Die Stelle des Projektleiters C.R.(anonymisiert), der das Unternehmen am 31.05.2018 verlassen habe, sei derzeit vakant und die Dienstgeberin suche auf "Karriere.at" einen Nachfolger. Die Stellenanzeige wurde der Stellungnahme beigelegt. Wie in den bisherigen Schriftsätzen schon mehrmals vorgebracht, gebe es hinsichtlich der Arbeitsleistung des Beschwerdeführers tatsächlich keinerlei Probleme, weder mit Kunden noch innerhalb des Unternehmens. Diesbezüglich machte der Beschwerdeführer mehrere Zeugen namhaft. Es sei festzuhalten, dass keiner der in § 8 Abs.4 BEinstG aufgezählten Kündigungsgründe vorliege. Weder entfalle der Tätigkeitsbereich des Antragsgegners, noch könne der Beschwerdeführer an einem anderen geeigneten Arbeitsplatz ohne erheblichen Schaden nicht weiterbeschäftigt werden. Auch die Kündigungsgründe der lit b und c leg.cit. lägen nicht vor. Der Antrag auf Zustimmung zur Kündigung sei somit abzuweisen.

Ohne Durchführung einer Verhandlung oder weiterer Ermittlungsschritte erließ die belangte Behörde den angefochtenen Bescheid und stellte betreffend die von ihr als entscheidend gewertete, von der Dienstgeberin behauptete Überzahlung des Beschwerdeführers fest:

"Aufgrund der glaubhaften Angaben hinsichtlich der Stellen der Projektleiter gelte als erwiesen, dass nur drei der angegebenen Mitarbeiter die vom Beschwerdeführer geforderten € 5200 brutto bzw. darüber hinaus verdienen würden. Diese Mitarbeiter hätten die Funktion der Kundencenter-Leiter inne und jeweils Führungsverantwortung für mindestens 25 DienstnehmerInnen. Da die Angaben von der Beschwerdeführervertretung nicht angezweifelt worden seien, sei davon auszugehen, dass Projektleiter bei der Antragstellerin zwischen € 2934 und € 4051 brutto monatlich zuzüglich eventueller Zulagen verdienen würden. Die vom Beschwerdeführer geforderten € 5200 brutto würden somit eine deutliche Überzahlung im Verhältnis zu vergleichbaren Dienstnehmern bei Verwendung als Projektleiter bedeuten."

Bereits diese Feststellungen können auf Grundlage des vorliegenden Verwaltungsaktes und der von den Parteien erstatteten Vorbringen nicht nachvollzogen werden:

Es wurde seitens der Dienstgeberin zwar mitgeteilt, wieviel die aktuell als Projektleiter beschäftigten Personen aktuell brutto verdienen, jedoch wurde nicht erhoben und auch nicht mitgeteilt, in welcher Verwendungsgruppe mit welchen Verwendungsgruppenjahren gemäß den Bestimmungen des anzuwendenden Kollektivvertrages die als Vergleichspersonen von der Behörde herangezogenen Mitarbeiter eingestuft sind. Ein bloßer Vergleich der aktuellen Ist-Gehälter, welchen die Behörde offenbar der Entscheidung zugrunde legte, vermag die Argumentation einer "deutlichen Überzahlung" nicht zu rechtfertigen. Würde man der Argumentation der belangten Behörde folgen, wären Mitarbeiter, die älter bzw länger bei der Dienstgeberin beschäftigt sind, regelmäßig "überbezahlt". Bereits aus dem Personalakt des Beschwerdeführers ist ersichtlich, dass alleine durch mehr Verwendungsjahre erhebliche Gehaltsunterschiede möglich sind.

Wie der Beschwerdeführer dies zu Recht in seiner Beschwerde einwendet, sind auch die Feststellungen der Behörde,

dass der Beschwerdeführer die von der Dienstgeberin gemachten Angaben zum Gehaltsniveau nicht angezweifelt habe, unrichtig. Vielmehr wandte der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme vom 02.05.2018 ausdrücklich ein, dass auf Grundlage der vorliegenden Angaben keine Aussage zur Richtigkeit der vorgelegten Zahlen gemacht werden könne.

Der Beschwerdeführer brachte in seiner Stellungnahme vom 10.08.2018 weiters vor, dass die Beschwerdeführerin nicht sämtliche Projektleiterstellen mit Führungsaufgaben angegeben habe. Die Stelle des Projektleiters C.R. (anonymisiert), der das Unternehmen am 31.05.2018 verlassen habe, sei vakant und die Dienstgeberin suche auf "Karriere.at" einen Nachfolger. Die Stellenanzeige wurde der Stellungnahme beigelegt. Auf dieses Vorbringen ging die belangte Behörde überhaupt nicht ein, wie auch auf die sonstigen Einwendungen des Beschwerdeführers im Verfahren.

Darüber hinaus hat die belangte Behörde völlig unberücksichtigt gelassen, dass die Dienstgeberin im Verfahren keinen - grundsätzlich zulässigen - Eventualantrag auf Zustimmung zu einer Änderungskündigung gestellt hat, sondern - trotz der in diesem Fall gegebenen Umstände - sogleich den gänzlichen Verlust des Arbeitsplatzes des Beschwerdeführers beabsichtigt, obwohl nach der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes in vergleichbaren Fällen (Überzahlung durch Verwendung in einer niedrigeren Verwendungsgruppe als für die Zustimmung zur Kündigung sprechender Umstand) durchaus mit der Prüfung der Voraussetzungen einer Änderungskündigung dem Zweck des BEinstG - dem behinderten Arbeitnehmer tunlichst einen Arbeitsplatz zu erhalten - eher entsprochen werden könnte, als mit einer Beendigungskündigung (vgl. dazu VwGH vom 24.09.2003, Zl. 2001/11/0332). Auch dieser Umstand hätte im Rahmen der Ermessensentscheidung berücksichtigt werden müssen.

Der angefochtene Bescheid enthält zudem überhaupt keine Feststellungen zum Unternehmen der Dienstgeberin (Mitarbeiteranzahl, wirtschaftliche Situation, Betroffenheit anderer Mitarbeiter von den behaupteten Einsparungen, etc.), woraus Rückschlüsse auf die von der Dienstgeberin behauptete Einsparungsnotwendigkeit gezogen werden könnten (vgl. dazu VwGH vom 26.02.2008, Zl. 2005/11/0088).

Wie bereits oben dargelegt wurde, wurden Gründe der Dienstpflichtverletzung bzw mangelnden Arbeitsdisziplin im Sinne des § 8 Abs. 4 lit. c BEinstG - letztere waren von der Dienstgeberin im Verfahren mehrfach vorgebracht, vom Beschwerdeführer jedoch bestritten worden - weder im Bescheid festgestellt, noch bei der Ermessensentscheidung berücksichtigt. Sollte die belangte Behörde im fortgesetzten Verfahren nach nachvollziehbaren und vollständigen Ermittlungen zur Beurteilung gelangen, dass der Beschwerdeführer ohne erheblichen Schaden für die Dienstgeberin (auch diese Voraussetzung ist nachvollziehbar zu begründen, was im angefochtenen Bescheid ebenfalls nicht erfolgte) an einem anderen geeigneten Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden kann, wären auch diese geltend gemachten Gründe der Dienstpflichtverletzung bzw mangelnden Arbeitsdisziplin - sollten diese auch weiterhin aufrecht gehalten werden; in der Beschwerdeäußerung der Dienstgeberin findet sich kein solches Vorbringen mehr - im Verfahren nach den Grundsätzen der bisherigen Rechtsprechung zu prüfen.

Vor dem Hintergrund der bisherigen Ermittlungsergebnisse der belangten Behörde ist es dem Bundesverwaltungsgericht somit nicht möglich, zu überprüfen, ob sich die Zustimmung zur Kündigung durch die belangte Behörde als Ermessensübung im Sinne des Gesetzes erweist.

Es liegen somit in Gesamtbetrachtung im Beschwerdefall die Voraussetzungen für eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes in der Sache nicht vor, weshalb nach § 28 Abs. 4 VwGVG vorzugehen war.

Es war somit insgesamt spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchteil B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Dieser Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Konkrete Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung sind weder in der gegenständlichen Beschwerde vorgebracht worden noch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht hervorgekommen. Das Bundesverwaltungsgericht konnte sich bei allen erheblichen

Rechtsfragen auf Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu die oben im Rahmen der rechtlichen Beurteilung genannten zahlreichen Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes) bzw. auf eine ohnehin klare Rechtslage stützen.

Schlagworte

Ermessensausübung, Ermittlungspflicht, Ersatzarbeitsplatz,
Kassation, Kündigung, Zustimmungserfordernis

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:W133.2210953.1.00

Zuletzt aktualisiert am

25.06.2019

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, https://www.bvwg.gv.at

© 2026 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at