

# TE Vwgh Erkenntnis 1994/9/13 93/09/0346

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.09.1994

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
12/02 Privilegien Immunitäten;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
68/01 Behinderteneinstellung;  
69/03 Soziale Sicherheit;

## Norm

AVG §39 Abs2;  
BEinstG §1 Abs1;  
BEinstG §1;  
BEinstG §19a;  
BEinstG §8 Abs2;  
B-VG Art130 Abs2;  
PrivImmunG internationale Organisationen 1977;  
SozVersAbk USA 1991 Art2;  
VwRallg;

## Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden): 93/09/0358

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Griesmacher und die Hofräte Dr. Fürnsinn, Dr. Germ, Dr. Höß und Dr. Fuchs als Richter, im Beisein des Schriftführers Kommissär Mag. Fritz, über die Beschwerden der

1.) RW in W, vertreten durch Dr. H, Rechtsanwalt in W (hg. Zl.93/09/0346), und der 2.) Vereinigten Staaten von Amerika, vertreten durch Dr. F, Rechtsanwalt in W

(hg. Zl. 93/09/0358), gegen den Bescheid der Berufungskommission beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales vom 17. Juni 1993, Zl. 42.024/7-6a/93, betreffend Zustimmung zu einer Kündigung nach dem Behinderteneinstellungsgesetz (mitbeteiligte Parteien: 1.) die Zweitbeschwerdeführerin zur Beschwerde Zl. 93/09/0346 und

2.) die Erstbeschwerdeführerin zur Beschwerde Zl. 93/09/0358), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

1.) Die Beschwerde der Zweitbeschwerdeführerin (Zl. 93/09/0358) wird als unbegründet abgewiesen.

Die Zweitbeschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 4.565,-- und der Erstbeschwerdeführerin als mitbeteiligter Partei Aufwendungen in der Höhe von S 12.500,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen; das Mehrbegehren der Erstbeschwerdeführerin für Stempelgebühren wird abgewiesen.

2.) Der angefochtene Bescheid wird auf Grund der Beschwerde der Erstbeschwerdeführerin (Zl.93/09/0346) insoweit wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben, als mit dem angefochtenen Bescheid die Zustimmung zu einer künftigen Kündigung der Erstbeschwerdeführerin bestätigt worden ist.

Der Bund hat der Erstbeschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von S 12.500,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

## **Begründung**

Die beiden Beschwerden richten sich gegen ein und denselben angefochtenen Bescheid. Der Verwaltungsgerichtshof hat aus diesem Grunde die Verbindung der beiden Beschwerdesachen zur gemeinsamen Entscheidung beschlossen.

Die im Jahre 1941 geborene Erstbeschwerdeführerin (in der Folge kurz: RW) war seit dem 11. Jänner 1981 bei der Botschaft der Zweitbeschwerdeführerin in Wien als Fotografin in der Schwarz-Weiß-Abteilung beschäftigt. RW erlitt bei zwei Unfällen am 4. Oktober 1983 und am 20. März 1987 Brüche des rechten Oberschenkels. Auf Grund eines Bescheides des Landesinvalidenamtes für Wien, Niederösterreich und das Burgenland (LIA) vom 20. Dezember 1985 gehört RW seit dem 1. Juni 1985 dem Personenkreis der nach dem Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG) begünstigten Behinderten an.

Als Folge ihrer durch die beiden Unfälle geminderten Leistungsfähigkeit sprach die Zweitbeschwerdeführerin am 11. August 1987 die Kündigung der RW zum 30. September 1987 aus, ohne damit gemäß § 8 Abs. 2 BEinstG den Behindertenausschuß zu befassen.

RW focht in der Folge diese Kündigung im Zivilrechtswege als rechtsunwirksam an und hatte damit in allen drei Instanzen Erfolg. Mit Urteil vom 21. November 1990 bestätigte der OGH die Feststellung der Unterinstanzen, daß die zum 30. September 1987 ausgesprochene Kündigung rechtsunwirksam sei. Entscheidend für dieses Verfahrensergebnis war, daß auch der OGH die bis dahin von der Zweitbeschwerdeführerin vertretene Rechtsauffassung nicht teilte, wonach das BEinstG auf Dienstverhältnisse von Inländern mit der Zweitbeschwerdeführerin (hier: mit deren Wiener Botschaft) keine Anwendung zu finden hätte.

Auf Grund dieser oberstgerichtlichen Entscheidung beantragte die Zweitbeschwerdeführerin am 1. Februar 1991 beim Behindertenausschuß für Wien gemäß § 8 Abs. 2 BEinstG die nachträgliche Zustimmung zu der am 11. August 1987 zum 30. September 1987 ausgesprochenen Kündigung der RW; hilfsweise beehrte die Zweitbeschwerdeführerin auch die Zustimmung zur Kündigung der RW zum 30. Juni 1988 oder zu einer zukünftigen Kündigung. Das Dienstverhältnis mit RW sei deshalb gekündigt worden, weil RW durch längerdauernde Krankheiten und Krankenstände nicht mehr in der Lage gewesen sei, die ihr übertragenen Aufgaben zu erfüllen. Im Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung hätte die Zweitbeschwerdeführerin nichts von der Behinderteneigenschaft der RW nach dem BEinstG gewußt, davon hätte sie erst durch einen Brief der RW vom 21. August 1987 Kenntnis erlangt. Auch sei die Zweitbeschwerdeführerin bis zum Urteil des OGH davon ausgegangen, daß das BEinstG auf ausländische Vertretungsbehörden nicht anwendbar sei. Außerdem sei der Dienstposten der RW wegen Budgeteinsparungen mit 30. Juni 1988 aufgelöst worden. Alle diese Umstände rechtfertigten eine nachträgliche Zustimmung zur Kündigung.

Der Behindertenausschuß beim LIA führte umfangreiche Ermittlungen durch und gab den Parteien wiederholt Gelegenheit zu ausführlichen Stellungnahmen. Mit Bescheid vom 20. November 1992 entschied der Behindertenausschuß über den Antrag der Zweitbeschwerdeführerin wie folgt:

"1.

Gemäß § 8 Abs. 2 des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 313/1992 wird die nachträgliche Zustimmung zu der gegenüber der Dienstnehmerin RW am 11.8.1987 zum 30.9.1987 ausgesprochenen Kündigung nicht erteilt.

2.

Gemäß der zitierten Gesetzesstelle wird die Zustimmung zu einer erst auszusprechenden Kündigung erteilt. Dadurch werden die sonstigen Rechte der Dienstnehmerin aus dem Dienstverhältnis nicht berührt.

3.

Der Antrag auf Zustimmung zur Kündigung der Dienstnehmerin zum 30.6.1988 wird als unzulässig zurückgewiesen."

In der Begründung stellte der Behindertenausschuß nach einer Wiedergabe der Standpunkte beider Parteien nachstehenden Sachverhalt als erwiesen fest:

"Die Antragsgegnerin (RW) gehört auf Grund des Bescheides des ... (LIA) ... vom 20.12.1985 ab 1.6.1985 dem Personenkreis der begünstigten Behinderten an. Der Grad der Behinderung beträgt 50 v.H. Als Gesundheitsschäden lagen zuletzt eine Fraktur und zweimalige Refraktur des rechten Oberschenkels, knöchern geheilt, ein geheilter Unterschenkelbruch rechts und eine Thoresionsskoliose der Wirbelsäule vor. (RW) ist seit 11.1.1981 bei den Antragstellern (Zweitbeschwerdeführerin) beschäftigt. Sie erlernte den Beruf einer Fotografin und hat diese Ausbildung mit der Lehrabschlußprüfung abgeschlossen. In der Folge war sie ca. 4 bis 5 Jahre bei verschiedenen Dienstgebern in ihrem erlernten Beruf tätig. Anschließend legte sie die Taxilenkerprüfung ab und gründete ein selbständiges Taxiunternehmen. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag zwischen (RW) und (Zweitbeschwerdeführerin) wurde nicht abgeschlossen. Zu Beginn des Dienstverhältnisses wurden der (RW) folgende Tätigkeiten zugewiesen:

Anfertigen von Vergrößerungen für die Presse, Wartung von technischen Geräten, Retuschieren und Fotografieren sowie Tätigkeiten im Lager. Es handelte sich zum Teil um schwere Arbeiten aufgrund der Größe der zu bearbeitenden Objekte. Am 4.10.1983 erlitt (RW) einen Unfall, wobei sie sich einen Oberschenkelbruch zugezogen hatte. Nach längerem stationären Krankenhausaufenthalt und Aufenthalt in einem Rehabilitationszentrum befand sich (RW) bis 24.9.1984 im Krankenstand. Von 1984 bis 1987 hat (RW) nachstehende Tätigkeiten ausgeübt:

Abrechnen des Materialverbrauches, Vertretung der Timekeeperin und des Frontoffices, Anfertigung von Colordiapositiven, Reproduktion in color und schwarz-weiß, Vorführen von Dia-Shows, Colorvergrößerungen anfertigen, Fotografieren von bereits fertigen Ausstellungen, Fotografieren bei Empfängen, Diapositive rahmen, Retusche von Negativen und Colorpositiven sowie Luftpinselretuschen. In diesem Zeitraum war offenkundig erkennbar, daß (RW) an einer körperlichen Beeinträchtigung infolge des Oberschenkelbruches litt. Auch dem Dienstgeber waren diese gesundheitlichen Einschränkungen bekannt. Die erbrachte Arbeitsleistung war gut bis sehr gut. Am 20.3.1987 erlitt (RW) eine Refraktur des rechten Oberschenkels. Dieser Unfall wurde mit Bescheid der Allgemeinen Unfallversicherungsanstalt vom 27.1.1988 als Arbeitsunfall anerkannt. Für die Dauer der vollen Erwerbsunfähigkeit wurde Vollrente von monatlich S 8.164,-, Zusatzrente von monatlich S 1.632,80 und Kinderzuschuß für ein Kind in Höhe von monatlich S 979,70 gewährt. Mit Bescheid vom 17.11.1988 eben dieser Unfallversicherungsanstalt wurden ab 29.8.1988 (das ist der Tag nach Wegfall der völligen Erwerbsunfähigkeit) bis auf weiteres 30 v.H. der Vollrente, das waren S 2.449,20 als Dauerrente zuerkannt. Hinsichtlich der herangezogenen Bemessungsgrundlage und der prozentmäßigen Einstufung wurden seitens der (RW) Verfahren beim Arbeits- und Sozialgericht angestrengt. Eine letztinstanzliche diesbezügliche Entscheidung liegt noch nicht vor. Im Anschluß an den zuletzt erwähnten Unfall befand sich (RW) bis Mai 1987 in stationärer Krankenbehandlung. Von 2.6.1987 bis 7.8.1987 folgte ein Rehabilitationsaufenthalt in einem Rehabilitationszentrum. Vom Unfallszeitpunkt bis September 1990 liegt Arbeitsfähigkeit der (RW) nicht vor. Sie hatte sich regelmäßig rehabilitatorischen Maßnahmen zu unterziehen, da der Bruch im rechten Oberschenkel noch nicht knöchern durchgebaut war. In dieser Zeit war eine maximale Teilbelastung von 20 bis 25 kg möglich und mußte (RW) ständig mit 2 Oberarmstützkrücken gehen. Bei zu starker Belastung bestand die Gefahr einer neuerlichen Refraktur. Die vorhin beschriebenen Tätigkeiten, die (RW) von 1984 bis 1987 ausübte, sind (RW) auch heute nicht zumutbar. Es sind ihr lediglich leichte bis mittelschwere Arbeiten im Sitzen, mit Unterbrechungen von Gehen und Stehen bis maximal 30 Minuten maximal 2 1/2 Stunden pro Tag möglich. Das Einnehmen von exponierten Lagen (Leitern, unwegige Stiegen) ist nicht möglich. Auch können keinerlei Zwangshaltungen wie z.B. Bücken eingenommen werden. Es können maximal 8 kg kurze Zeit getragen werden. Mit 29.8.1988 wurde von der chefärztlichen Station der Gebietskrankenkasse Arbeitsfähigkeit festgestellt, diese bezieht sich jedoch nicht auf die beruflichen Anforderungen der (RW). Vom erlernten Beruf der (RW) als Fotografin ausgehend ist zu berücksichtigen, daß die Erfüllung dieser Berufsaufgaben nach dem objektiven Berufsbild neben Sitzen und Stehen als Dauerleistung, Stehen und Gehen unterbrochen, vorwiegendes Gehen in Verbindung mit allgemeiner

körperlicher Wendigkeit und Stiegensteigen, Arbeiten auf Leitern und Gerüsten, erfordern, wobei diese Arbeitserfordernisse im Hinblick auf den Leidenszustand der unteren Extremitäten als maßgebend anzusehen sind und eine überdurchschnittliche Berufsanforderung darstellen. Nach dem medizinischen Leistungskalkül sind (RW) diese Tätigkeiten nicht mehr zumutbar. Mit Bescheid vom 8.4.1991 wurde (RW) von der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft Erwerbsunfähigkeitspension ab 1.8.1987 zuerkannt.

Mit Schreiben vom 11.8.1987 wurde (RW) zum 30.9.1987 gekündigt. Am 21.8.1987 wies (RW) den Personalofficer der (Zweitbeschwerdeführerin) darauf hin, daß sie dem Personenkreis der begünstigten Behinderten angehöre und eine Kündigung deshalb nicht zulässig sei. Vom (LIA) wurde (RW) darauf hingewiesen, daß es bei der exekutiven Durchsetzung eines beim Arbeits- und Sozialgericht erwirkten Urteiles betreffend die Feststellung ihres aufrechten Dienstverhältnisses zur Botschaft der (Zweitbeschwerdeführerin) insofern zu Problemen kommen könnte, als Extritorialität der Botschaft vorliegt. Dem Begehren der (RW), festzustellen, daß die von der (Zweitbeschwerdeführerin) ausgesprochene Kündigung unwirksam und daher das Dienstverhältnis aufrecht sei, wurde vom Arbeits- und Sozialgericht stattgegeben. Diese Entscheidung wurde auch in letzter Instanz bestätigt.

Die Botschaft der (Zweitbeschwerdeführerin) beschäftigt in Österreich ca. 600 Dienstnehmer. Davon sind

ca. 300 Österreicher. 1985 waren im Fotolabor 16 Angestellte beschäftigt. Dieser Personalstand reduzierte sich bis 1991 auf 7 Bedienstete. Die von (RW) ursprünglich ausgeführten Tätigkeiten sind zu einem großen Teil weggefallen. Es kam auch zu einer Fortentwicklung im technischen Bereich. Die verbleibenden von (RW) ursprünglich ausgeübten Bereiche werden derzeit mit einem Arbeitsaufwand von einem Tag pro Woche durchgeführt.

(RW) hat eine Tochter, für die sie nicht mehr sorgepflichtig ist. Sie bezieht derzeit die Erwerbsunfähigkeitspension von der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft in Höhe von ca. S 7.500,-- und eine Unfallrente in Höhe von S 2.700,-- monatlich. Deren endgültige Höhe steht jedoch noch nicht fest. Für Krankenbehandlung besteht ein 20-%iger Selbstbehalt."

Nach näheren Darlegungen darüber, auf welche Beweismittel sich die getroffenen Feststellungen stützten, führte der Behindertenausschuß zur Begründung seines Bescheides vom 20. November 1992 rechtlich im wesentlichen aus, die Entscheidung, unter welchen Voraussetzungen einer Kündigung zuzustimmen sei, liege im freien Ermessen der Behörde. In diesem Sinne habe die Behörde das berechnete Interesse des Dienstgebers an der Beendigung des Dienstverhältnisses und die besondere soziale Schutzbedürftigkeit des zu kündigenden Dienstnehmers gegeneinander abzuwägen und unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände zu prüfen, ob einer Kündigung die Zustimmung zu erteilen sei. Die Feststellungen hätten ergeben, daß RW ihren erlernten Beruf als Fotografin nicht mehr ausüben könne. Ärztlicherseits sei auch bestätigt worden, daß RW ihre seit März 1987 ausgeübten Tätigkeiten nur in sehr eingeschränktem Maße auszuüben in der Lage sei. Dazu komme, daß es im Einsatzbereich der RW einerseits zu technischen Neuerungen, andererseits zu Einschränkungen der vorhandenen Tätigkeiten gekommen sei. Ein zielgerichteter Einsatz der RW bei der Botschaft der Zweitbeschwerdeführerin sei daher nicht möglich. Auf der anderen Seite seien mit dem Verlust des Arbeitsplatzes für RW erhebliche Nachteile verbunden, sie sei allerdings nicht unversorgt. Ihre Erwerbsunfähigkeitspension betrage zwar nur einen Bruchteil des bei der Zweitbeschwerdeführerin erzielten Einkommens, doch habe sie keine Sorgepflichten mehr und beziehe zusätzlich eine Unfallrente. Es sei daher davon auszugehen, daß RW die Beendigung des Dienstverhältnisses zumutbar sei; eine Weiterbeschäftigung im ursprünglichen Einsatzgebiet sei nicht mehr möglich, dasselbe gelte mangels einer entsprechenden Qualifikation der RW (Fremdsprachenkenntnisse) auch für andere Organisationseinheiten der Botschaft der Zweitbeschwerdeführerin.

Ein besonderer Ausnahmefall für die nachträgliche Zustimmung zu der von der Zweitbeschwerdeführerin bereits ausgesprochenen Kündigung liege andererseits nicht vor. Aus den Feststellungen ergebe sich zweifelsfrei, daß der Zweitbeschwerdeführerin bekannt gewesen sei, daß RW gesundheitlich beeinträchtigt war; jedenfalls sei dies der Zweitbeschwerdeführerin im Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung bekannt gewesen, weil RW ja wenige Monate zuvor einen schweren Unfall erlitten habe. Die Schutzbestimmung des § 8 Abs. 2 BEinstG sei gemäß dem Urteil des OGH auch auf Botschaftsangehörige anzuwenden. Es falle der Zweitbeschwerdeführerin zur Last, wenn sie nicht rechtzeitig die Zustimmung zur Kündigung beantragt hätte.

Zum 30. Juni 1988 hätte die Zweitbeschwerdeführerin eine Kündigung nicht ausgesprochen, weshalb sich keine Möglichkeit für den Behindertenausschuß ergebe, diesbezüglich tätig zu werden.

Gegen diesen Bescheid erhoben beide Beschwerdeführer Berufung.

Die Zweitbeschwerdeführerin machte unrichtige Zusammensetzung der erstinstanzlichen Kollegialbehörde geltend und hielt an ihrer Auffassung fest, daß hier ein besonderer Ausnahmefall vorliege, der die nachträgliche Zustimmung zur Kündigung rechtfertige.

RW wandte sich in ihrer Berufung insbesondere gegen die erstinstanzliche Annahme, sie könne in ihrem bisherigen Aufgabenbereich, aber auch anderweitig von der Botschaft der Zweitbeschwerdeführerin nicht weiterbeschäftigt werden. Hiezu seien weitere medizinische und berufskundliche Gutachten einzuholen. RW nahm ferner gegen die erstinstanzlichen Feststellungen Stellung, wonach der Personalstand in ihrem früheren Arbeitsbereich von der Zweitbeschwerdeführerin vermindert worden sei, und wonach technische Weiterentwicklungen ihrer Wiederbeschäftigung in diesem Bereich entgegenstünden; RW habe sich weitergebildet und stehe auch für eine allfällige Ein- oder Umschulung zur Verfügung. Bei richtiger Würdigung der Umstände hätte die Behörde erster Instanz zu einem für RW günstigeren Ergebnis der Interessenabwägung gelangen müssen.

RW erstattete zur Berufung der Zweitbeschwerdeführerin eine schriftliche Gegenäußerung und legte als weitere Beweisurkunde eine Stellungnahme des Bundesministeriums für auswärtige Angelegenheiten vom 24. Februar 1988 vor, wonach auch Dienstverhältnisse der Zweitbeschwerdeführerin mit inländischen Botschaftsangehörigen dem BEinstG unterliegen.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 17. Juni 1993 gab die belangte Behörde nach Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung beiden Berufungen nicht Folge und bestätigte den Bescheid des Behindertenausschusses, mit welchem gemäß § 8 Abs. 2 BEinstG die nachträgliche Zustimmung zu der am 30. September 1987 ausgesprochenen Kündigung nicht erteilt, einer zukünftigen Kündigung aber zugestimmt worden war.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides gab die belangte Behörde eine zusammenfassende Übersicht über das in erster Instanz abgelaufene Verfahren und über den Inhalt der gegen den erstinstanzlichen Bescheid erhobenen Berufungen.

Zur Berufung der Zweitbeschwerdeführerin führte die belangte Behörde vorerst unter Hinweis auf § 13 Abs. 2 BEinstG aus, daß die Behörde erster Instanz dem Gesetz gemäß besetzt und beschlußfähig gewesen sei. Zu der Frage der ursprünglich unrichtigen Rechtsansicht der Zweitbeschwerdeführerin bezüglich der Anwendbarkeit des BEinstG auf das Dienstverhältnis mit RW vertrat die belangte Behörde die Auffassung, daß darin jedenfalls kein "besonderer Ausnahmefall" iS des § 8 Abs. 2 BEinstG zu erblicken sei. Zum einen sei darauf zu verweisen, daß grundsätzlich "die mangelnde Kenntnis gesetzlicher Bestimmungen oder deren Interpretation" nicht vor der Anwendung dieser Normen schütze. Da dies selbst dann gelte, wenn sich eine höchstgerichtliche Judikatur unvorhergesehen ändere, müsse dieses Prinzip umso mehr im Beschwerdefall gelten, in dem der OGH mit seinem Urteil vom 21. November 1990 eine bis dahin von der Judikatur "völlig ungeklärte" Rechtsfrage erstmalig gelöst habe. Was die schon im erstinstanzlichen Verfahren eingehend erörterte Unkenntnis der Zweitbeschwerdeführerin von der Behinderteneigenschaft der RW betreffe, werde festgestellt, daß es jedenfalls den unmittelbaren Mitarbeitern und dem direkten Vorgesetzten hätte bekannt sein müssen, daß bei RW gravierende und für jedermann offensichtliche Gesundheitsschädigungen vorlägen. Da diese Tatsache auch aus der letzten Leistungsbeurteilung der RW hervorgegangen sei, hätte wohl auch die Personalabteilung Kenntnis von beträchtlichen gesundheitlichen Problemen der RW gehabt, dies sicherlich auch wegen der häufigen Krankenstände und Spitalsaufenthalte. Zwar bestehe keine allgemeine Verpflichtung des Dienstgebers, sich über eine allfällige Behinderteneigenschaft des Arbeitnehmers zu erkundigen, im vorliegenden Fall seien aber die Gesundheitsschädigungen der RW offenbar erkennbar gewesen und sei es auch in den von ihr ausgeübten Tätigkeiten nach dem Unfall im Jahre 1983 zu Änderungen infolge behinderungsbedingten Schwierigkeiten gekommen. In einem solchen Fall sei es dem Dienstgeber durchaus zuzumuten, sich über eine allfällige Begünstigteigenschaft des offensichtlich schwerbehinderten Mitarbeiters Kenntnis zu verschaffen, was ohne Schwierigkeiten durch eine einfache Anfrage an RW möglich gewesen wäre. Die Zweitbeschwerdeführerin sei aber der Ansicht gewesen, das BEinstG sei auf Dienstverhältnisse mit der Botschaft gar nicht anzuwenden, sodaß sie auch eine definitive Kenntnis von der Behinderteneigenschaft der RW nach Überzeugung der belangten Behörde nicht veranlaßt hätte, die Zustimmung zur Kündigung zu beantragen. Dies gehe daraus hervor, daß die Zweitbeschwerdeführerin auch nach Erhalt des Schreibens der RW vom 21. August 1987, mit dem diese ihre Begünstigteigenschaft ausdrücklich bekannt gegeben und auf den Kündigungsschutz hingewiesen habe, keinen Kontakt mit dem LIA aufgenommen und keinen Antrag auf Zustimmung zur Kündigung gestellt hätten. Die nicht zielführende Verfahrensführung der Zweitbeschwerdeführerin, zunächst ausschließlich auf ihre Immunität zu verweisen, könne keinesfalls zu Lasten der

RW ins Treffen geführt werden. Auch von einer allenfalls für eine nachträgliche Zustimmung zur Kündigung verwertbaren Notwendigkeit einer relativ großen Betriebseinschränkung (der Botschaft) könne nach den vorliegenden Aktenunterlagen nicht gesprochen werden. Unwidersprochen sei jedenfalls geblieben, daß die Botschaft der Zweitbeschwerdeführerin nach wie vor ca. 600 Dienstnehmer beschäftige. Eine nachträgliche Zustimmung zur bereits ausgesprochenen Kündigung komme daher nicht in Betracht, ebenso wenig aber auch die von der Zweitbeschwerdeführerin beantragte und vom Behindertenausschuß zu Recht als unzulässig zurückgewiesene Zustimmung zu einer nie wirklich ausgesprochenen, bloß hypothetischen Kündigung zum 30. Juni 1988.

Zur Berufung der RW sei zunächst darauf hinzuweisen, daß diese seit 1. August 1987 eine unbefristet zuerkannte Erwerbsunfähigkeitspension der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft und eine Unfallteilrente auf Grund des Unfalls vom 20. März 1987 beziehe. Der Bezug einer Erwerbsunfähigkeitspension setze schon rein begrifflich das Bestehen der (dauerhaften) Erwerbsunfähigkeit voraus, und zwar nicht nur hinsichtlich der zuvor ausgeübten Tätigkeit als Taxiunternehmerin, sondern schlechthin hinsichtlich jeder Erwerbstätigkeit. Der Bezug dieser Pension und der Unfallteilrente habe jedenfalls zur Folge, daß die nicht mehr sorgepflichtige RW über ein monatliches Einkommen von etwas über S 10.000,- verfüge. Zweifellos entspreche dies nur einem relativ geringen Teil des bei der Zweitbeschwerdeführerin erzielten Einkommens, es sei aber doch die Versorgung der RW gegeben, sodaß von einer "Gefahr des Verkommens" nicht gesprochen werden könne. Auf der anderen Seite lasse die Zuerkennung der Erwerbstätigkeit in Verbindung mit den im erstinstanzlichen Verfahren eingeholten Gutachten (insbesondere des ärztlichen Dienstes des LIA) doch auch den Schluß zu, daß RW auch in dem zuletzt ausgeübten Beruf einer Fotografin nicht uneingeschränkt arbeitsfähig sei. Jedenfalls sei es RW im Hinblick auf ihren Leidenszustand nicht zuzumuten, Arbeiten zu verrichten, die mit ununterbrochenem Gehen oder Stehen oder mit körperlicher Wendigkeit verbunden seien oder die in exponierten Lagen durchgeführt werden müßten. Dazu komme, daß RW seit März 1987 nicht mehr in ihrem erlernten Beruf tätig sei. Zwar habe sie glaubhaft gemacht, sich in der Zwischenzeit weitergebildet zu haben, sodaß technische Neuerungen für sie kein unüberwindliches Hindernis darstellen müßten, und in einem wenigstens geringeren Maße müßte dies auch für die zwischenzeitlich vorgenommenen Umstrukturierungen und Organisationsänderungen in der Botschaft gelten, obzwar in dieser Hinsicht größere Schwierigkeiten zu erwarten wären. Von entscheidender Bedeutung sei jedoch der Umstand, daß zufolge der langjährigen Abwesenheit der RW von ihrem Arbeitsplatz, vor allem aber zufolge der langwierigen und von beiden Seiten sehr intensiv betriebenen gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Verfahren im Zusammenhang mit der von der Zweitbeschwerdeführerin beabsichtigten Auflösung des Dienstverhältnisses das für eine sinnvolle und für beide Teile einigermaßen zufriedenstellende Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unbedingt erforderliche Vertrauensverhältnis nicht mehr vorhanden zu sein scheine. Auf Grund des - nicht zuletzt durch die Verfahrensführung - nachhaltig gestörten Vertrauensverhältnisses der Parteien erachte die belangte Behörde eine gedeihliche Zusammenarbeit für nicht mehr möglich. Das gelte selbstverständlich nicht nur für das bisherige Tätigkeitsfeld der RW, sondern in gleichem Maße auch für andere allenfalls denkmögliche Verwendungen in der Vertretungsbehörde der Zweitbeschwerdeführerin. Abgesehen von der sehr stark eingeschränkten Arbeitsfähigkeit und von den unbestrittenenmaßen nicht besonders guten Englischkenntnissen der RW, die alternative Beschäftigungsmöglichkeiten bei der Zweitbeschwerdeführerin kaum realistisch erscheinen ließen, erübrige sich ein detailliertes Eingehen auf diesen Punkt im Hinblick auf die oben dargelegte "Zerrüttung der Parteien". Im übrigen sei es widersprüchlich, wenn RW einerseits eine Erwerbsunfähigkeitspension in Anspruch nehme, sich aber andererseits für arbeitsfähig halte. Ihren diesbezüglichen Behauptungen, die im Falle der Richtigkeit zum Verlust der von ihr bezogenen Pension führen müßten, schenke die belangte Behörde keinen Glauben. Unter Berücksichtigung der finanziellen Versorgung der RW, ihrer praktisch nicht mehr vorhandenen Arbeitsfähigkeit und der nicht zu erwartenden ersprießlichen Entwicklung im Falle einer Weiterbeschäftigung der RW durch die Zweitbeschwerdeführerin sei nach Ansicht der belangten Behörde die zukünftige Auflösung des Dienstverhältnisses der RW eher zuzumuten als der Zweitbeschwerdeführerin dessen Fortsetzung.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die von RW zur hg. Zl. 93/09/0348 erhobene Beschwerde, in welcher RW Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend macht. RW erachtet sich nach ihrem Beschwerdevorbringen in ihrem Recht darauf verletzt, daß auch einer zukünftigen Kündigung durch die Zweitbeschwerdeführerin die Zustimmung zu versagen sei.

Die Zweitbeschwerdeführerin macht in ihrer zur

hg. Zl. 93/09/0358 erhobenen Beschwerde Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde und Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides geltend. Die belangte Behörde habe eine sachliche Zuständigkeit für sich in Anspruch genommen, die nach dem BEinstG nicht gegeben sei, sie habe daher unzuständigerweise in die Rechte der Zweitbeschwerdeführerin eingegriffen. Für den Fall der Bejahung ihrer Zuständigkeit habe die belangte Behörde die Zweitbeschwerdeführerin in ihrem Recht auf nachträgliche Zustimmung zu der zum 30. September 1987 ausgesprochenen Kündigung der RW verletzt.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und hat zu beiden Beschwerden Gegenschriften erstattet, in denen sie die Abweisung der Beschwerden als unbegründet beantragt.

Beide Beschwerdeführer haben - jeweils zur Beschwerde der anderen Seite - Gegenschriften erstattet und ebenfalls die Abweisung der betreffenden Beschwerde beantragt.

RW hat auf die Gegenschrift der Zweitbeschwerdeführerin mit

einem weiteren Schriftsatz repliziert.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Unbestritten ist der Umstand, daß RW seit dem 1. Juni 1985 mit einer Minderung ihrer Erwerbsfähigkeit im Ausmaß von 50 % dem Kreis der nach dem BEinstG begünstigten Behinderten angehört. Unbestritten ist ferner die Dienstgeborenschaft der Zweitbeschwerdeführerin, die das Dienstverhältnis zum 30. September 1987 ohne Anhörung des Behindertenausschusses aufgekündigt und erst nachträglich um Zustimmung zu dieser Kündigung, in eventu zu einer Kündigung zum 30. Juni 1988 oder zu einer zukünftigen Kündigung, angesucht haben.

Gemäß § 8 Abs. 2 BEinstG darf die Kündigung eines begünstigten Behinderten 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.

Gemäß dem zweiten Satz des § 1 Abs. 1 BEinstG ist dieses Bundesgesetz nicht anzuwenden auf internationale Organisationen im Sinne des § 1 Abs. 7 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1977 über die Einräumung von Privilegien und Immunitäten an internationale Organisationen, BGBl. Nr. 677/1977.

Nach dem ersten Satz des § 19a Abs. 2a BEinstG in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung gemäß der Novelle BGBl. Nr. 313/1992 (siehe dazu auch deren Art. III Abs. 5) entscheidet über Berufungen gegen Bescheide des Behindertenausschusses die Berufungskommission. Dieser Instanzenzug wurde im Beschwerdefall eingehalten; die gegen den letztinstanzlichen Bescheid erhobenen Beschwerden an den Verwaltungsgerichtshof sind zulässig.

Zur Beschwerde der Zweitbeschwerdeführerin

(Zl. 93/09/0358):

Die Zweitbeschwerdeführerin macht in erster Linie Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde geltend. Dazu geht sie (nach wie vor) davon aus, daß die Bestimmungen des BEinstG auf Dienstverhältnisse ausländischer Vertretungsbehörden mit Inländern keine Anwendung zu finden hätten. Sie leitet dies aus dem zweiten Satz des § 1 Abs. 1 BEinstG und aus den Bestimmungen des dort genannten Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1977 über die Einräumung von Privilegien und Immunitäten an internationale Organisationen, BGBl. Nr. 677/1977, ab. Ferner beruft sich die Zweitbeschwerdeführerin darauf, daß sie tatsächlich keine behinderten Personen beschäftige und daher die in § 1 Abs. 1 BEinstG normierte Einstellungsverpflichtung nicht erfülle, dessenungeachtet aber keine Ausgleichstaxe zahle. Da das BEinstG in seinen Kernbereichen, nämlich in der Normierung einer Beschäftigungspflicht und in der Normierung zur Verpflichtung zur Zahlung einer Ausgleichstaxe, eine Einheit bilde, folge aus der Befreiung von der Ausgleichstaxe auch die Nichtanwendbarkeit der Kündigungsbeschränkung nach § 8 BEinstG. Die Unzuständigkeit der belangten Behörde ergebe sich ferner aus dem während des Verfahrens erfolgten Inkrafttreten des Abkommens zwischen der Republik Österreich und den Vereinigten Staaten von Amerika im Bereich der Sozialen Sicherheit, BGBl. Nr. 511/1991.

Zu den damit aufgeworfenen Rechtsfragen ist vorweg auf die Erwägungen des OGH in seinem im Zuge des vorliegenden Rechtsstreites ergangenen Urteil vom 21. November 1990, 9 Ob A 244/90 = SZ 63/206, zu verweisen. Der OGH hat dort mit ausführlicher Begründung, der sich der Verwaltungsgerichtshof anschließt und auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, die von der Zweitbeschwerdeführerin vertretene Auffassung nicht geteilt. Der Verwaltungsgerichtshof folgt dem OGH dahin, daß ausländische Missionen - anders als internationale Organisationen - von der Anwendung des BEinstG nicht ausgenommen sind und daß bei einer ausländischen Botschaft in Wien beschäftigte österreichische Arbeitnehmer dem österreichischen privaten Arbeitsrecht unterliegen. Die im Beschwerdefall eingeschrittenen Verwaltungsbehörden waren daher zuständig, in der Frage des Kündigungsschutzes der RW gemäß § 8 BEinstG zu entscheiden.

Daran vermögen auch die in der vorliegenden Beschwerde neu hinzugekommenen Argumente der Zweitbeschwerdeführerin nichts zu ändern. Der OGH hat in der oben genannten Entscheidung klargestellt, daß der besondere Kündigungsschutz des § 8 BEinstG auch für jene behinderten Arbeitnehmer gilt, die bei Arbeitgebern beschäftigt sind, die nicht der Einstellungspflicht des § 1 bzw. der an ihre Stelle tretenden Pflicht zur Zahlung einer Ausgleichstaxe unterliegen. Aber auch abgesehen davon ist die Argumentation, der Kündigungsschutz für den behinderten Dienstnehmer gehe dadurch verloren, daß der Dienstgeber der Verpflichtung zur Zahlung der Ausgleichstaxe nicht nachkommt, nicht nachzuvollziehen.

Die Zweitbeschwerdeführerin beruft sich ferner auf das (erst nach dem angeführten Urteil des OGH in Kraft getretene) Abkommen zwischen der Republik Österreich und den Vereinigten Staaten von Amerika im Bereich der Sozialen Sicherheit, BGBl. Nr. 511/1991. Mit diesem Abkommen, so meint die Zweitbeschwerdeführerin einerseits, sei keine Änderung der Rechtslage eingetreten, es "führe nur eine Rechtslage fort, die ohnedies schon gegeben war". Andererseits vertritt die Zweitbeschwerdeführerin etwas später in ihrer Beschwerde die Auffassung, aus dem Abkommen folge auch kein Widerspruch zum Urteil des OGH vom 21. November 1990, "weil die Rechtskraftwirkung jenes Urteiles ohnedies durch Änderung der Rechtslage durchbrochen wurde".

Tatsächlich hat dieses Abkommen an der im Beschwerdefall maßgebenden Rechtslage schon deshalb nichts geändert, weil es sich nach seinem Art. 2 nur auf Fragen der Sozialversicherung bezieht, zu denen ein zugunsten von Behinderten normierter Kündigungsschutz nicht zu zählen ist. Wenn die Zweitbeschwerdeführerin dazu in ihrer Beschwerde ausführt, das Abkommen führe nur eine Rechtslage fort, "die ohnedies schon bisher gegeben war", es bestätige nur die "Interpretation und Anwendung der bisher vorliegenden gesetzlichen Regelungen", dann ist ihr unter neuerlichem Hinweis auf die Ausführungen des OGH in seinem Urteil vom 21. November 1990 entgegenzuhalten, daß die von ihr unterstellten "Prinzipien, die immer schon gegolten haben" (gemeint offenbar: die Nichtanwendbarkeit des BEinstG auf Dienstverhältnisse der Botschaft mit Österreichern) in Wahrheit niemals geltendes Recht gewesen sind.

Geht man davon aus, daß das Abkommen BGBl. Nr. 511/1991 im Beschwerdefall nicht anzuwenden ist, dann erübrigt sich die Interpretation seines Art. 8 (insbesondere dessen Abs. 4) ebenso wie eine Prüfung der Frage, ob und inwieweit dieses Abkommen auf Grund seiner Übergangsbestimmungen (Art. 23 ff) auch auf bereits vor seinem Inkrafttreten verwirklichte Vorgänge anzuwenden ist.

Der Verwaltungsgerichtshof geht daher im folgenden davon aus, daß der Antrag der Zweitbeschwerdeführerin auf Zustimmung zur Kündigung der RW zulässig (und für eine Wirksamkeit der Kündigung auch rechtlich unerlässlich) war, und daß für seine Erledigung die im Verwaltungsverfahren eingeschrittenen Behörden zuständig gewesen sind.

Im Rahmen ihrer Ausführungen zur behaupteten inhaltlichen Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides hält die Zweitbeschwerdeführerin an ihrer Auffassung fest, wonach die von ihr beantragte nachträgliche Zustimmung zur Kündigung der RW wegen Vorliegens eines "besonderen Ausnahmefalles" im Sinne des zweiten Satzes des § 8 Abs. 2 BEinstG zu erteilen gewesen wäre. Die Besonderheit erblickt die Zweitbeschwerdeführerin einerseits darin, daß bis zur Entscheidung des OGH vom 21. November 1990 völlig unklar gewesen sei, ob das BEinstG auf die Botschaft überhaupt Anwendung zu finden hatte, und andererseits darin, daß der Zweitbeschwerdeführerin der Status der RW als begünstigte Behinderte vor Ausspruch dieser Kündigung nicht bekannt gewesen sei.

Was im einzelnen als "besonderer Ausnahmefall" nach § 8 Abs. 2 BEinstG anzusehen ist, kann nicht allgemein, sondern nur nach Lage des Einzelfalles beurteilt werden. Nach der Rechtsprechung ist dies dann der Fall, wenn ganz außergewöhnliche Umstände vorliegen, die hart an der Grenze des Kündigungsschutzes überhaupt liegen und dadurch gekennzeichnet sind, daß dem Dienstgeber die vorherige Einholung einer behördlichen Zustimmung nicht



zugemutet werden kann (vgl. dazu Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21. Mai 1986, ZI. 86/09/0009, und die dort angeführte Vorjudikatur). Das Gesetz spricht von "besonderen Ausnahmefällen" und bringt durch die doppelte Hervorhebung des Ausnahmecharakters mit diesen Worten in eindringlicher Weise zum Ausdruck, daß nur an ganz außergewöhnliche Umstände gedacht ist (vgl. dazu Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25. September 1992, ZI. 92/09/0097, und die dort angeführte Vorjudikatur). Ein solcher Fall wurde etwa angenommen, wenn der Dienstgeber zu einer Betriebsstillegung oder zu einer verhältnismäßig großen Betriebseinschränkung gezwungen ist und wenn er außerdem beim Ausspruch der Kündigung nicht wissen konnte, daß der betreffende Dienstnehmer zu den nach dem BEinstG bevorzugten Personen zählt.

Der Zweitbeschwerdeführerin ist darin Recht zu geben, daß damit nur einer von zahlreichen denkbaren Fällen umschrieben ist, die als besondere Ausnahmefälle im Sinne des § 8 Abs. 2 BEinstG zu werten sind. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die im konkreten Beschwerdefall gegebene Situation die nachträgliche Zustimmung zur Kündigung der RW rechtfertigt. Dies ist - selbst im Wege der Kombination der beiden von der Zweitbeschwerdeführerin aufgezeigten Besonderheiten - jedoch nicht der Fall.

Die von der Zweitbeschwerdeführerin bis herein in das vorliegende Beschwerdeverfahren vertretene Auffassung, auf das Dienstverhältnis ihrer Wiener Botschaft mit RW hätte das BEinstG keine Anwendung zu finden, stellt sich nach den Ergebnissen der Verfahren sowohl vor dem OGH als auch nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof als Rechtsirrtum der Zweitbeschwerdeführerin heraus, dessen Folgen in keinem Fall der daran völlig schuldlosen RW zur Last fallen können. Es ist der Zweitbeschwerdeführerin zuzugeben, daß es bis zur Entscheidung des OGH in dieser Frage unterschiedliche Auffassungen und offenbar sogar eine dem Standpunkt der Zweitbeschwerdeführerin entsprechende Behördenpraxis gegeben hat. Die Nichtvorschreibung von Ausgleichstaxen gegenüber der Botschaft der Zweitbeschwerdeführerin konnte nun zwar allenfalls zu diesbezüglichen ungerechtfertigten Einsparungen auf Seiten der Zweitbeschwerdeführerin führen, keinesfalls jedoch den in der nunmehrigen Beschwerde gezogenen Schluß der Zweitbeschwerdeführerin rechtfertigen, die Nichtzahlung von Ausgleichstaxen ziehe auch das Nichtvorliegen eines Kündigungsschutzes für eine nach dem BEinstG begünstigte Dienstnehmerin nach sich. Konnte daher zwar RW mit Recht davon ausgehen, den Kündigungsschutz nach dem BEinstG zu genießen, die Botschaft hingegen nur auf dem Wege einer im Ergebnis unzutreffenden Einschätzung der Rechtslage verneinen, keine Zustimmung des Behindertenausschusses zur Kündigung der RW gemäß § 8 BEinstG zu benötigen, dann konnte die Besonderheit dieser Situation keinesfalls den Anspruch der Zweitbeschwerdeführerin auf die begehrte nachträgliche Zustimmung zur Kündigung begründen.

Nach den im Beschwerdefall getroffenen Sachverhaltsfeststellungen wußte die Zweitbeschwerdeführerin im Kündigungszeitpunkt noch nichts über die (bescheidmäßig anerkannte) Behinderteneigenschaft der RW, doch war der Gesundheitszustand der RW für die unmittelbaren Mitarbeiter und Vorgesetzten erkennbar schlecht; letztlich ist ja die Kündigung selbst im Hinblick auf die langen Krankenstände der RW erfolgt. Nun ist dem Gesetz eine Rechtspflicht des Dienstnehmers nicht zu entnehmen, von sich aus dem Dienstgeber Mitteilung von seiner Behinderteneigenschaft zu machen. Durch sein diesbezügliches Schweigen verstößt der Dienstnehmer dann nicht gegen Treu und Glauben, wenn er der Meinung sein kann, daß dem Dienstgeber seine Zugehörigkeit zum begünstigten Personenkreis bekannt ist (vgl. dazu das Urteil des OGH vom 25. Oktober 1955, ArbSlg. 6330). Bei der festgestellten Situation liegt die Annahme nahe, daß die Zweitbeschwerdeführerin der Frage der Behinderteneigenschaft der RW deshalb nicht weiter nachgegangen ist, weil sie die Auffassung vertrat, das Dienstverhältnis mit RW unterliege ohnehin nicht dem BEinstG. Dazu kommt, daß die Zweitbeschwerdeführerin dadurch, daß ihr auf Grund dieser verfehlten Auffassung keine Ausgleichstaxen vorgeschrieben wurden, nicht automatisch Kenntnis von den in ihrer Botschaft beschäftigten begünstigten Behinderten erlangt hat (vgl. dazu Ernst, Behinderteneinstellungsgesetz, S. 106, Anm. 44 zu § 8).

Die belangte Behörde hat daher nicht etwa dadurch das Gesetz verletzt, daß sie die im Beschwerdefall festgestellten Umstände nicht zum Anlaß genommen hat, einen "besonderen Ausnahmefall" anzunehmen, der eine nachträgliche Zustimmung zur Kündigung der RW zum 30. September 1987 gerechtfertigt hätte. Die Beschwerde der Zweitbeschwerdeführerin war deshalb gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen, ohne daß es der Durchführung der von der Zweitbeschwerdeführerin beantragten mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof bedurft hätte (§ 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG).

Die Entscheidung über den Aufwendersatz im Verfahren über die Beschwerde zur ZI. 93/09/0358 gründet sich auf die §§ 47 und 48 Abs. 2 und 3 VwGG iVm Art. I B Z. 4 und 5 sowie C Z. 7 und Art. III Abs. 2 der Verordnung des

Bundeskanzlers BGBl. Nr. 416/1994. Die Abweisung des Stempelgebührenmehrbegehrens der RW betrifft S 360,-- (Gebührenfreiheit gemäß § 23 BEinstG).

Zur Beschwerde der RW (Zl. 93/09/0346):

Wesentlicher Inhalt des umfangreichen Beschwerdevorbringens der RW ist der gegenüber der belangten Behörde erhobene Vorwurf, diese habe sich im angefochtenen Bescheid nicht ausreichend mit dem von ihr im Berufungsverfahren erstatteten Vorbringen auseinandergesetzt. Dadurch seien entscheidungswesentliche Feststellungen unterblieben, die belangte Behörde sei dadurch zu einem unrichtigen, für RW ungünstigen Ergebnis der für die Frage der Zulässigkeit einer künftigen Kündigung der behinderten Beschwerdeführerin vorzunehmenden Interessenabwägung gelangt. Die belangte Behörde habe sich insbesondere zu den von RW aufgeworfenen Fragen der Leistungsfähigkeit der RW, ihrer künftigen Einsetzbarkeit im Rahmen der Organisation der Botschaft der Zweitbeschwerdeführerin sowie der Folgen einer Beendigung des Dienstverhältnisses für die sozial nicht ausreichend abgesicherte RW unzulässigerweise mit einem bloßen Verweis auf den erstinstanzlichen Bescheid begnügt. Zu Unrecht habe die belangte Behörde unter Hinweis darauf, daß sich zwischen Dienstnehmer und Dienstgeber ein gestörtes Vertrauensverhältnis entwickelt habe, ein detailliertes Eingehen auf die entscheidungswesentlichen, von RW in ihrer Berufung aufgeworfenen Fragen abgelehnt.

Mit diesem Vorbringen ist RW im Ergebnis im Recht.

Die Zweitbeschwerdeführerin hat im vorliegenden Beschwerdefall ausdrücklich für den Fall einer Abweisung ihres Antrags auf nachträgliche Zustimmung zur Kündigung der RW den Antrag auf Zustimmung zu einer künftigen Kündigung gestellt. Unter welchen Voraussetzungen einer solchen Kündigung zuzustimmen ist, ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Die Entscheidung darüber liegt demnach 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 des Dienstverhältnisses und die besondere 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. Erst eine diesen Grundsätzen entsprechende Vorgangsweise der Behörde stellt einen Gebrauch des freien Ermessens im Sinne des Gesetzes dar (vgl. zu diesen Ausführungen etwa das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. April 1992, Zl. 92/09/0046, und die dort angeführte Vorjudikatur). Nicht im Sinne des Gesetzes läge etwa die Erteilung der Zustimmung zu einer Kündigung eines Behinderten dann, wenn diese nur den Zweck gehabt hätte, diesen trotz grundsätzlicher Eignung zur Dienstleistung wegen seiner Behinderung zu benachteiligen oder aus dem Betrieb zu entfernen (vgl. dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 12. September 1984, Zl. 84/09/0088, und die dort angeführte Vorjudikatur).

Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid als entscheidend für das Ergebnis ihrer Interessenabwägung angesehen, "daß zufolge der langjährigen Abwesenheit der RW von ihrem Arbeitsplatz, vor allem aber zufolge der langwierigen und von beiden Seiten sehr intensiv betriebenen gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Verfahren im Zusammenhang mit der von (der Zweitbeschwerdeführerin) beabsichtigten Auflösung des Dienstverhältnisses das für eine sinnvolle und für beide Teile einigermaßen zufriedenstellende Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unbedingt erforderliche Vertrauensverhältnis nicht mehr vorhanden zu sein scheint". Dieser Rechtsauffassung vermag der Verwaltungsgerichtshof nicht zu folgen. Es mag zutreffen, daß der langjährige Rechtsstreit um die Kündigung der RW das Interesse der Zweitbeschwerdeführerin, das Dienstverhältnis mit ihr fortzusetzen, gemindert oder sogar endgültig beseitigt hat. Demgegenüber bleibt aber das offenkundige und von RW auch konsequent betonte Interesse der Dienstnehmerin bestehen, zur Vermeidung ihr aus der Kündigung drohender wirtschaftlicher und sozialer Nachteile am aufrechten Bestand dieses Dienstverhältnisses festzuhalten. Ließe man das von der belangten Behörde zusammenfassend als "Zerrüttung der Parteien" umschriebene Argument als für das Ergebnis der Interessenabwägung entscheidend gelten, dann hätte es der an der Auflösung des Dienstverhältnisses interessierte Dienstgeber in der Hand, durch besonders intensive Verfahrensführung und durch besondere Betonung des Umstandes, daß bereits durch das Aufeinanderprallen der gegensätzlichen Interessen der Streitparteien das für eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses erforderliche Vertrauensverhältnis gestört sei, eine Interessenabwägung in seinem Sinne herbeizuführen. Das an sich verständliche Bestreben des Dienstgebers, auf die Verwirklichung des von ihm schon durch den Ausspruch der Kündigung unmißverständlich zum Ausdruck gebrachten Verfahrenszieles, nämlich auf die

nach dem Gesetz erforderliche Zustimmung zu dieser Kündigung, hinzuwirken, kann nicht als ein für das Ergebnis der hier vorzunehmenden Interessenabwägung entscheidender Umstand Beachtung finden.

Das Ergebnis dieser Interessenabwägung ist vielmehr davon abhängig, ob und inwieweit bei OBJEKTIVER Betrachtung der im Einzelfall gegebenen Umstände entweder das Interesse des Dienstgebers an der Beendigung des Dienstverhältnisses oder jenes des Dienstnehmers an dessen Aufrechterhaltung überwiegt. Dafür kann, wie im Beschwerdefall, durchaus von Seiten des Dienstgebers ins Treffen geführt werden, in seinem Betrieb sei aus wirtschaftlichen oder organisatorischen Gründen kein Platz für den behinderten Dienstnehmer; auf der anderen Seite macht der Dienstnehmer durchaus zu beachtende Argumente geltend, wenn er auf seine trotz der Behinderung verbliebene Leistungsfähigkeit, auf ihm im Betrieb des Dienstgebers entgegen dessen Angaben offen stehende Verwendungsmöglichkeiten oder darauf verweist, welche negativen Folgen für ihn die Zustimmung zur Kündigung aus sozialen oder wirtschaftlichen Erwägungen nach sich ziehen würde.

Im Beschwerdefall hat die belangte Behörde ungeprüft gelassen, ob überhaupt und wenn ja, in welcher Funktion RW im Betrieb der Botschaft der Zweitbeschwerdeführerin künftig noch Verwendung finden könnte. Die belangte Behörde hat sich dieser Prüfung offenbar deshalb als enthoben erachtet, weil sie davon ausging, daß die von RW bezogene Erwerbsunfähigkeitspension einerseits die Versorgung der RW sicherstelle, andererseits aber auch den Schluß zulasse, daß auch in dem zuletzt von RW ausgeübten Beruf einer Fotografin die Arbeitsfähigkeit zumindest nicht uneingeschränkt gegeben sei. Diese Schlußfolgerungen erscheinen unter Bedachtnahme auf das umfangreiche dazu von RW im Berufungsverfahren erstattete Vorbringen nicht ohne weiteres überzeugend. Durch ihren Hinweis auf die Begründung des erstinstanzlichen Bescheides hat die belangte Behörde der ihr obliegenden Begründungspflicht schon deshalb nicht entsprochen, weil damit auf alle erst im Berufungsverfahren vorgebrachten Umstände und Beweismittel nicht eingegangen worden ist (vgl. dazu die bei Dolp, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit<sup>3</sup>, auf S. 603 angeführte Vorjudikatur).

Mit Recht macht RW dazu in ihrer Beschwerde geltend, daß ihre auf Grund ihrer unbestrittenen Behinderung gegebene beschränkte Arbeitsfähigkeit noch kein schlüssiges Argument dafür darstellt, daß ihre weitere Beschäftigung der Zweitbeschwerdeführerin nicht mehr zumutbar wäre. Würde man nämlich dieser Argumentation folgen, dann wäre damit im Ergebnis gerade die Behinderung des Dienstnehmers der letztlich ausschlaggebende Grund für seine Ausgliederung aus dem Arbeitsprozeß, was den Intentionen des BEinstG diametral zuwiderliefe.

Was den Hinweis im angefochtenen Bescheid auf den Bezug einer Erwerbsunfähigkeitspension nach dem GSVG betrifft, ist der belangten Behörde entgegenzuhalten, daß der Bezug dieser Pension ein Indiz für die geminderte Leistungsfähigkeit der RW darstellt (die ja naturgemäß bereits aus ihrer anerkannten Behinderteneigenschaft folgt), daß dadurch aber keineswegs ausgeschlossen wird, daß RW in ihrem derzeitigen Gesundheitszustand noch über einen nach dem BEinstG geschützten Leistungsrest verfügt. Zutreffend verweist RW dazu in ihrer Beschwerde darauf, daß gemäß § 2 Abs. 2 lit. d BEinstG behinderte Personen nicht als begünstigte Behinderte im Sinne des § 2 Abs. 1 gelten, die infolge des Ausmaßes ihrer Gebrechen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auch auf einem geschützten Arbeitsplatz oder in einer geschützten Werkstätte (§ 11) nicht geeignet sind. Daß dies bei RW der Fall wäre, wurde weder von der Zweitbeschwerdeführerin behauptet noch läßt es sich den bisher aktenkundigen Ermittlungsergebnissen entnehmen. Es trifft auch nicht zu, daß ein Bezieher einer Erwerbsunfähigkeitspension nach dem GSVG wegen dieses Pensionsbezuges allein bereits daran gehindert wäre, in einem unselbständigen Dienstverhältnis zu stehen und daraus zusätzliche Einkünfte zu erzielen; anderenfalls hätte der Gesetzgeber in den (inzwischen gemäß BGBl. Nr. 157/1991 aufgehobenen) Ruhensbestimmungen der §§ 60 und 61 GSVG völlig sinnlose Anordnungen getroffen. Eine andere, im folgenden noch zu behandelnde Frage ist es, ob der allenfalls bei RW noch vorhandene Leistungsrest die Aufrechterhaltung der von ihr bezogenen Erwerbsunfähigkeitspension zuläßt oder zu deren Entziehung zu führen hätte; auf die Lösung dieser Frage hat jedoch die Zweitbeschwerdeführerin als Dienstgeber keinen rechtlichen Einfluß.

RW ist daher mit ihrer Beschwerde insofern im Recht, als die belangte Behörde im vorliegenden Verfahren verpflichtet gewesen wäre, ungeachtet der von RW bezogenen Erwerbsunfähigkeitspension deren verbliebene Leistungsfähigkeit und allfällige Einsetzbarkeit in der Organisation der Botschaft der Zweitbeschwerdeführerin zu prüfen und nachprüfbar festzustellen.

Geht man im Sinne der vorstehenden Erwägungen davon aus, daß entgegen der im angefochtenen Bescheid vertretenen Auffassung die "Zerrüttung der Parteien" keinen Umstand darstellt, der eine nach dem BEinstG erhebliche

Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung der RW durch die Zweitbeschwerdeführerin begründen kann, dann fehlen im angefochtenen Bescheid auch nachprüfbare Feststellungen darüber, welche unzumutbaren Nachteile der Zweitbeschwerdeführerin aus dieser Weiterbeschäftigung der begünstigten Behinderten drohen würden. Auf der anderen Seite hat sich die belangte Behörde hinsichtlich der Interessen der Dienstnehmerin an einer Fortsetzung des Dienstverhältnisses mit einem Hinweis auf die von dieser bezogenen Leistungen aus der Sozialversicherung beschränkt. Dabei hat die belangte Behörde allerdings zugestanden, daß das daraus von RW monatlich bezogene Einkommen "nur einem relativ geringen Teil des bei der Zweitbeschwerdeführerin erzielten Einkommens" entspreche. So lange aber diesem unbestrittenen wirtschaftlichen Nachteil der RW aus einer Beendigung des Dienstverhältnisses kein nachvollziehbar festgestellter Nachteil der Zweitbeschwerdeführerin an dessen Fortsetzung gegenübergestellt werden kann, ist naturgemäß eine abschließende Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht möglich.

Da die belangte Behörde somit zu ihrem Ergebnis der vom Gesetz vorgesehenen Interessenabwägung in einem entscheidenden Punkt (nämlich der "Zerrüttung der Parteien") in Verkenntung der Rechtslage gelangt ist und aus diesem Grunde weitergehende Feststellungen und Erwägungen zu dieser Interessenabwägung unterlassen hat, erweist sich der angefochtene Bescheid insoweit, als damit die Zustimmung zu einer künftigen Kündigung der RW bestätigt worden ist, als inhaltlich rechtswidrig. Der angefochtene Bescheid war daher in diesem Umfang gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben, wobei es entgegen dem darauf abzielenden Antrag der RW gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG nicht der Abhaltung einer mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof bedurfte.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz im Rahmen des Verfahrens über die zur Zl. 93/09/0346 erhobene Beschwerde der RW gründet sich auf die §§ 47 und 48 Abs. 1 Z. 1 VwGG in Verbindung mit Art. I A Z. 1 sowie Art. III Abs. 2 der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. Nr. 416/1994. Die Abweisung des Anspruches auf Ersatz von Stempelgebühren beruht auf der Gebührenfreiheit gemäß § 23 BEinstG.

#### **Schlagworte**

Ermessen Ermessen besondere Rechtsgebiete

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1994:1993090346.X00

#### **Im RIS seit**

11.07.2001

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

© 2026 JUSLINE

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

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