

Kündigung

§ 8. (1) Das Dienstverhältnis eines begünstigten Behinderten darf vom Dienstgeber, sofern keine längere Kündigungsfrist einzuhalten ist, nur unter Einhaltung einer Frist von vier Wochen gekündigt werden. Ein auf Probe vereinbartes Dienstverhältnis kann während des ersten Monats von beiden Teilen jederzeit gelöst werden.

(2) Die Kündigung eines begünstigten Behinderten (§ 2) darf von einem Dienstgeber erst dann ausgesprochen werden, wenn der Behindertenausschuss (§ 12) nach Anhörung des Betriebsrates, der Behindertenvertrauensperson (Stellvertreter) oder der Personalvertretung im Sinne des Bundes-Personalvertretungsgesetzes bzw der entsprechenden landesgesetzlichen Vorschriften zugestimmt hat; dem Dienstnehmer kommt in diesem Verfahren Parteistellung zu. Eine Kündigung ohne vorherige Zustimmung des Behindertenausschusses ist rechtsunwirksam, wenn nicht in Ausnahmefällen nachträglich die Zustimmung erteilt wird. Diese Zustimmung ist nicht zu erteilen, wenn die Zugehörigkeit zum Personenkreis der begünstigten Behinderten die Folge eines Arbeitsunfalles gemäß § 175f des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl Nr 189/1955 ist. Ein Ausnahmefall, der die Zustimmung zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung rechtfertigt, ist dann gegeben, wenn dem Dienstgeber zum Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung nicht bekannt war und auch nicht bekannt sein musste, dass der Dienstnehmer dem Personenkreis der begünstigten Behinderten im Sinne des § 2 angehört. Abs 4 und 4a sind anzuwenden.

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

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

- a) 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 begünstigte Behinderte unfähig wird, die im Dienstvertrag vereinbarte Arbeit zu leisten, sofern in absehbarer Zeit eine Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit nicht zu erwarten ist und der Dienstgeber nachweist, daß der begünstigte Behinderte trotz seiner Zustimmung an einem anderen geeigneten Arbeitsplatz ohne erheblichen Schaden nicht weiterbeschäftigt werden kann;

- c) der begünstigte Behinderte die ihm auf Grund des Dienstverhältnisses obliegenden Pflichten beharrlich verletzt und der Weiterbeschäftigung Gründe der Arbeitsdisziplin entgegenstehen.

(4a) Bei der Entscheidung über die Zustimmung zur Kündigung eines begünstigten Behinderten ist auch das Diskriminierungsverbot des § 7b Abs 1 zu berücksichtigen.

(5) Gesetzliche Bestimmungen, die die Beendigung des Dienstverhältnisses an zusätzliche Voraussetzungen knüpfen, bleiben unberührt. Finden auf die Kündigung eines begünstigten Behinderten die Abs 2 bis 4 Anwendung, gelten die Bestimmungen des § 105 Abs 2 bis 6 des Arbeitsverfassungsgesetzes, BGBl Nr 22/1974, bzw. die im Sinne des Landarbeitsgesetzes 2021, BGBl I Nr 78/2021, für land- und forstwirtschaftliche Arbeiter und Angestellte erlassenen Vorschriften nicht.

(6) Abs 2 bis 4 finden auf das Dienstverhältnis keine Anwendung,

- a) wenn dem Behinderten als Mitglied des Betriebsrates (Jugendvertrauensrates) bzw als Personalvertreter der besondere Kündigungsschutz auf Grund der §§ 120 und 121 des Arbeitsverfassungsgesetzes bzw der im Sinne des Landarbeitsgesetzes 2021, BGBl I Nr 78/2021, für land- und forstwirtschaftliche Arbeiter und Angestellte erlassenen Vorschriften oder des § 27 Abs 2 des Bundes-Personalvertretungsgesetzes und ähnlicher landesrechtlicher Vorschriften zusteht;
- b) wenn das Dienstverhältnis zum Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung noch nicht länger als vier Jahre bestanden hat, es sei denn die Feststellung der Begünstigteneigenschaft erfolgt innerhalb dieses Zeitraumes, wobei während der ersten sechs Monate nur die Feststellung der Begünstigteneigenschaft infolge eines Arbeitsunfalles diese Rechtsfolge auslöst, oder es erfolgt ein Arbeitsplatzwechsel innerhalb eines Konzerns.

IdF BGBl I Nr 78/2021

Übersicht

1. Kündigungsschutz – allgemein	Rz 1–8
2. Kündigungsschutz nach dem OFG	Rz 9
3. Kündigungsschutz im öffentlichen Dienst	Rz 10–16
4. Internationale Organisationen	Rz 17
5. Zwingende Rechtswahl	Rz 18–19
6. Betriebsübergang	Rz 20–24
7. Konkurs und Ausgleichsverfahren	Rz 25–37
7.1 Allgemeines	Rz 25–29
7.2 Rücktrittsrechte	Rz 30
7.3 Lösungsrecht des Masseverwalters	Rz 31

7.4 Austrittsrecht des Arbeitnehmers	Rz 32–37
8. Beginn und Ende des Kündigungsschutzes	Rz 38–55
8.1 Ausspruch (Zugang) der Kündigung	Rz 44–51
8.2 Unterbrechung von Dienstverhältnissen	Rz 52–55
9. Wirkung der Zustimmung	Rz 56–57
10. Erfordernis der Zustimmung	Rz 58–62
11. Verfahren	Rz 63–80
11.1 Antragsrückziehung	Rz 77–80
12. Nichtmeldung der Behinderteneigenschaft	Rz 81–94
13. Interessenabwägung	Rz 95–151
13.1 Entfall des Tätigkeitsbereiches/ Betriebsbedingte Kündigungsgründe	Rz 101–112
13.2 (Temporäre) Arbeitsunfähigkeit	Rz 113–120
13.3 Beharrliche Pflichtverletzung/ Personenbezogene Kündigungsgründe	Rz 121–141
13.4 Änderungskündigung	Rz 142–145
13.5 Sonstige Fallkonstellationen	Rz 146–151
14. Nachträgliche Zustimmung	Rz 152–164
15. Besonderer Kündigungsschutz nach dem MSchG	Rz 165
16. Kündigungsschutz für Betriebsräte, Personalvertreter und Behindertenvertrauenspersonen	Rz 166–169
17. Entlassung	Rz 170–184
18. Verhältnis zwischen Kündigungs- und Entlassungsgründen ...	Rz 185–188
19. Vorzeitiger Austritt eines Arbeitnehmers	Rz 189–190
20. Wahlrecht	Rz 191–202
21. Probendienstverhältnisse	Rz 203
22. Befristete Dienstverhältnisse	Rz 204–209
23. Arbeitsverhältnisse auf Lebenszeit	Rz 210–211
24. Vergleich des Kündigungsschutzes ArbVG und BEinstG	Rz 212–215

1. Kündigungsschutz – allgemein

Der Kündigungsschutz zählt zu den Zivilrechtsangelegenheiten („civil rights“) im Sinne der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, über die in billiger Weise öffentlich und in angemessener Frist ein unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht zu entscheiden hat (vgl Urteil des EGMR vom 28. 6. 1990, Nr 6/1989/166/222, EuGRZ 1990, 209, *Ernst/Haller*, DRdA 1992, 196, VfSlg 12933, vgl ArbSlg 10382, *Wachter*, Zum Kündigungsschutz für Invalide, DRdA 1987, 55). Dem Erkenntnis des VfGH wird dadurch Rechnung getragen, dass über Berufungen gegen einen Bescheid eines Behindertenausschusses in zweiter und letzter Instanz bis zum Jahr 2014 die weisungsfreie und unabhängige Berufungskommission entschieden hat und seit Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit 1. 1. 2014 das Bundesverwaltungsgericht über das Rechtsmittel der Beschwerde entscheidet.

2 Gegenstand und Zweck des BEinstG ist es, die Eingliederung von schwer behinderten Menschen in Arbeit, Beruf und damit zugleich auch in die Gesellschaft durch besondere Maßnahmen zu sichern. Die wesentlichen Schutzmaßnahmen, die das BEinstG dem begünstigten Behinderten gewährt, sind die Beschäftigungspflicht des DG (§ 1) und der Kündigungsschutz (§ 8). Die Einstellungspflicht verschafft dem begünstigten Behinderten seinen Arbeitsplatz, der Kündigungsschutz hilft ihm, diesen Arbeitsplatz zu erhalten. Auf Grund des Kündigungsschutzes darf das DV eines begünstigten Behinderten vom DG, sofern keine längere Kündigungsfrist einzuhalten ist, nur unter Einhaltung einer vierwöchigen Frist gekündigt werden (§ 8 Abs 1 erster Satz), und jede Kündigung bedarf zu ihrer Rechtsgültigkeit der Zustimmung des Behindertenausschusses (§ 8 Abs 2 erster Satz), sofern das DV zum Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung länger als sechs Monate bzw vier Jahre (für bereits begünstigt Behinderte deren DV nach dem 31. 12. 2010 beginnt; BGBl I Nr 111/2010, Art 103) bestanden hat (§ 8 Abs 6 lit b). Neben der privatrechtlichen Kündigung ist grundsätzlich ein öffentlich-rechtlicher Verwaltungsakt erforderlich, wenn die Kündigung eines begünstigten Behinderten rechtswirksam sein soll.

Kündigt ein DG einen begünstigten Behinderten nach Ablauf der Frist ohne Einholung der Zustimmung des Behindertenausschusses, kann der Behinderte zur Wahrung seiner Rechte das Arbeits- und Sozialgericht anrufen (Klage auf Feststellung des aufrechten Bestandes des DV).

3 Das Begehren, dass auf ein bestimmtes AV die Kündigungsbeschränkungen des BEinstG nicht anzuwenden seien, ist eine Arbeitsrechtssache iSd § 50 Abs 1 Z 1 ASGG (s VwGH 20. 10. 1998, ZI 97/08/0550). Das vom Beschwerdeführer gestellte Feststellungsbegehren betrifft demnach eine Rechtssache, die vor die Arbeits- und Sozialgerichte gehört. Der Antrag wäre wegen Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges zurückzuweisen (VwGH vom 9. 2. 1999, ZI 98/11/0021 = ZfVB 2000/551; s Rz 61).

Der Zustimmungsbescheid nach § 8 Abs 2 BEinstG ermöglicht zwar die Kündigung durch den Dienstgeber, ersetzt diese aber nicht. Weitergehende vertragliche oder gesetzliche Beschränkungen bleiben aufrecht (vgl VwGH vom 10.9.2019, Ra 2017/11/0039, mwN). Ein etwaiger Kündigungsverzicht des Arbeitgebers gegenüber dem begünstigt behinderten Arbeitnehmer kann daher nicht Grund für eine Zurückweisung des Antrages durch den Behindertenausschuss sein. VwGH vom 5.11.2020, Ra 2018/11/0153

4 Die Schutzbestimmungen des BEinstG sollen die Nachteile der Behinderten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt ausgleichen; das Gesetz bezweckt aber

nicht, die zu schützenden Behinderten praktisch unkündbar zu machen (vgl VwSlgNF 11511 A, 13126 A, VwGH vom 18. 12. 1985, ZI 85/09/0225 = ZfVB 1662/1986; OGH vom 17. 4. 1997, 8 Ob A99/9k = ARD 4851/26/97; *Weiß*, Besonderer Bestandschutz von Arbeitsverhältnissen, Rz 238, 481).

Die Kündigung eines begünstigten Behinderten, gleichgültig, ob ein AV zu einem privaten oder öffentlichen DG vorliegt, und ohne Rücksicht darauf, ob der DG, bei dem der Behinderte beschäftigt ist, der Einstellungspflicht unterliegt, darf – abgesehen von den Ausnahmen des § 8 Abs 6 lit a und lit b – nur nach Zustimmung des Behindertenausschusses ausgesprochen werden. Den besonderen Kündigungsschutz genießen somit auch begünstigte Behinderte, die bei DG beschäftigt sind, die weniger als 25 DN beschäftigen (1420 BlgNR XIII. GP; OGH vom 12. 7. 1951, 4 Ob 70/51, ArbSlg 5286; OGH vom 12. 9. 1990, 9 Ob A 179/90, *Ritzberger-Moser* DRdA 1991, 324 = ARD 4224/3/90; *Weiß*, Besonderer Bestandschutz von Arbeitsverhältnissen, Rz 239, 240, 241).

Der im § 1 Abs 1 festgelegte Umfang der Beschäftigungspflicht stellt, wie sich aus dem Wort „mindestens“ ergibt, eine Mindestverpflichtung dar; sie bildet die untere Grenze der Beschäftigungspflicht, die nicht unterschritten werden darf. Die Kündigungsschutzbestimmungen des § 8 gelten auch für jene Behinderte, die über die gemäß § 1 vorgeschriebene Mindestzahl hinaus beschäftigt werden (vgl OGH vom 12. 7. 1951, ArbSlg 5286).

Zufolge der zunehmenden kritischen Betrachtung des erhöhten Kündigungsschutzes (Näheres s Entwicklung des BEinstG) hat der Nationalrat in den Novellen zum BEinstG BGBl I Nr 17/1999 und BGBl I Nr 111/2010 Änderungen des Bestandschutzes (§ 8 Abs 2 bis 6) beschlossen, wobei jedoch am unverzichtbaren Kern desselben keine Veränderungen vorgenommen wurden.

Zur Erhöhung der Rechtssicherheit und um der verstärkten Determinierung Rechnung zu tragen, wurden Gründe, die die Zustimmung zur beabsichtigten Kündigung in der Regel rechtfertigen, in das Gesetz aufgenommen. Es handelt sich um eine demonstrative Aufzählung. Damit soll sich jedoch gegenüber der bisherigen Spruchpraxis sowohl des Behindertenausschusses als auch der Berufungskommission und gegenüber der bisherigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes keine inhaltliche Änderung ergeben (Rz 95) (*Weiß*, Besonderer Bestandschutz von Arbeitsverhältnissen, Rz 254).

Zur Rechtslage vor BGBl I Nr 111/2010 (bis 31. 12. 2010):

Als wesentliche substantielle Änderung ist die Bestimmung des § 8 Abs 6 lit b anzusehen, wonach die Abs 2 bis 4 nicht anzuwenden sind, wenn das DV im Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung noch nicht länger als drei (jetzt sechs) Monate bestanden hat. Diese Maßnahme soll den DG in die Lage versetzen, ein DV mit einem behinderten Menschen ohne das allfällige Hemmnis des Kündigungsschutzes einzugehen und sich in diesem Zeitraum von der Leistungsfähigkeit des DN zu überzeugen. Das mit dem behinderten DN geschlossene DV kann vom DG während der ersten drei (jetzt sechs) Monate ohne Befassung des Behindertenausschusses gelöst werden. Der allgemeine Kündigungsschutz des § 105 ArbVG und vergleichbarer Bestimmungen ist davon nicht berührt (Regierungsvorlage 1518 BlgNR XX. GP, Art I Z 9 und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales 1543 BlgNR XX. GP).

Wenn zB ein Behinderter einen Antrag auf Feststellung der Behinderteneigenschaft gemäß § 14 Abs 2 stellt und erst in der Folge ein Beschäftigungsverhältnis eingeht, so wirkt bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen die Feststellung der Behinderteneigenschaft auf die Antragsfrist zurück. Er hat Anspruch auf die Begünstigungen ab diesem Zeitpunkt mit Ausnahme des besonderen Kündigungsschutzes. Dieser wird erst nach Ablauf von sechs Monaten ab dem Zeitpunkt der Begründung des DV wirksam (s Rz 38).

Wesentlich ist, dass innerhalb der ersten sechs Monate lediglich die Zustimmung zur Kündigung durch den Behindertenausschuss entfällt, alle übrigen Bestimmungen des BEinstG jedoch anzuwenden sind. Im Gegensatz zum deutschen Schwerbehindertenrecht (vgl. *Großmann/Schimanski*, Gemeinschaftskommentar zum Schwerbehindertengesetz, 1992, Rz 9 zu § 20) bleibt den begünstigten Behinderten die Mindestkündigungsfrist von vier Wochen gemäß § 8 Abs 1 erhalten. Ferner können bereits vor Beginn des Beschäftigungsverhältnisses Förderungsmaßnahmen (§ 6 Abs 2) ergriffen werden. Ebenso bleibt die besondere Fürsorgepflicht des DG im bisherigen Umfang bestehen. § 8 Abs 6 lit b enthält zwei Tatbestände, bei deren Vorliegen die Ausnahmebestimmung hinsichtlich der Zustimmung zur Kündigung durch den Behindertenausschuss keine Anwendung findet. Es sind dies:

- a) Feststellung der Begünstigteneigenschaft innerhalb des bezeichneten Zeitraumes infolge eines Arbeitsunfalles im Sinne des § 14 Abs 1 lit b,
- b) Arbeitsplatzwechsel innerhalb des bezeichneten Zeitraumes in einem Konzern.

Zu a) Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist nicht entscheidend, zu welchem Zeitpunkt sich der Arbeitsunfall, der das Feststellungsverfahren auslöste, ereignet hat, sondern dass die Feststellung der Begünstigteneigenschaft innerhalb der ersten sechs Monate des Beschäftigungsverhältnisses erfolgte. Verfahrensrechtliche Probleme könnten auftreten, wenn der Feststellungsbescheid erst

nach Ablauf der Sechsmonatsfrist rechtskräftig geworden ist. Noch komplizierter ist die Rechtslage, wenn der Behinderte innerhalb von sechs Monaten nach Rechtskraft des Bescheides der gesetzlichen Unfallversicherung erklärt, dauernd dem Personenkreis der begünstigten Behinderten angehören zu wollen (§ 14 Rz 4).

Bereits der Wortlaut und Textzusammenhang des § 8 Abs 2 BEinstG legen nahe, dass sich das „Zustimmungsverbot“ bei Arbeitsunfällen nur auf den Fall der nachträglichen Zustimmung zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung bezieht, nicht jedoch auf die Zustimmung zu einer erst auszusprechenden Kündigung. Unterstützt wird diese Sichtweise durch die Gesetzesmaterialien zur Novelle des BEinstG, BGBl I Nr 17/1999, seit der § 8 Abs 4 BEinstG die demonstrative Aufzählung von Gründen enthält, aus denen dem Dienstgeber eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden wird können. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (1518 BlgNR, 20. GP, 12) heißt es dazu: „Die demonstrative Aufzählung von Gründen, die die Zustimmung zu einer auszusprechenden Kündigung in der Regel rechtfertigen werden, dient der Erhöhung der Rechtssicherheit und soll verdeutlichen, daß behinderte Mitarbeiter zwar einen erhöhten Kündigungsschutz genießen, jedoch nicht als praktisch unkündbar anzusehen sind (VwSlg NF 11511A, 13126A und VwGH vom 18. Dezember 1985, ZI 85/09/0225). VwGH vom 10.9.2019, Ra 2017/11/0039

Zu b) Der Begriff „Konzern“ stammt aus dem Gesellschaftsrecht (§ 15 AktG und § 115 GmbHG). Eine konzernweite Organisation und Planung kann es erforderlich machen, einzelne AN je nach Bedarf über die Unternehmensgrenzen hinaus einzusetzen. Ebenso können aber Umstrukturierungen unternehmensübergreifend stattfinden, wodurch Unternehmen (Betriebe) geteilt, ausgegliedert, übertragen oder zusammengelegt werden. Infolgedessen kann eine ganze Belegschaft zusammengelegt werden, die dann einem neuen AG gegenübersteht (*Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern, 1.4.1). Beim Arbeitsplatzwechsel innerhalb eines Konzernbetriebes ist zwischen einer Versetzung und einem betriebsübergreifenden Arbeitsplatzwechsel zu unterscheiden.

Eine Versetzung liegt vor, wenn der AG die Änderung des Arbeitsortes oder des Tätigkeitsbereiches innerbetrieblich anordnet. Je nachdem, ob sich die Anordnung im Rahmen des bestehenden Arbeitsvertrages bewegt oder ob sie eine Änderung des Arbeitsvertrages erfordert, spricht man von einer direktorialen bzw vertragsändernden Versetzung (*Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰, 6.1.7).

§ 8 Abs 6 lit b kommt zur Anwendung, wenn ein Arbeitsplatzwechsel zwischen selbstständigen Konzernbetrieben (unter Begründung eines neuen AV) stattfindet. Das „Wechseln“ eines AN ist durchaus gängige Praxis. Dabei erfolgt ein vollständiger Parteienwechsel. Erfolgt der Wechsel in Form einer Vertragsübernahme, wird der alte AG vom Vertrag vollkommen entbunden, die

Rechte und Pflichten gehen meist inhaltlich unverändert auf den neuen AG über. Es bedarf aber auch hier der Zustimmung des AN. Der AG-Wechsel bewirkt grundsätzlich keine Dreiecksbeziehung im eigentlichen Sinn, sondern das AV wird (durch Vertragsübernahme oder durch Auflösung und Neuabschluss) beendet und anschließend ein neues begründet (*Kreil*, aaO, 2.2.1). Eine wesentliche Erleichterung für den AN hat das AVRAG bei Übergang eines Betriebs(-teiles) gebracht (vgl Rz 20–23) (*Kreil*, aaO, 1.4.2.4).

Für die Kündigung des AV ist in Fällen, in denen AN, die im Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung noch nicht länger als sechs Monate im Konzern beschäftigt waren, beim Arbeitsplatzwechsel innerhalb des Konzerns keine Zustimmung des Behindertenausschusses notwendig, da § 8 Abs 6 lit b das Privileg der Geltung des Kündigungsschutzes innerhalb der ersten sechs Monate nur im Falle der Feststellung der Begünstigteneigenschaft infolge eines Arbeitsunfalles zugesteht. Begünstigt Behinderte, die nach sechs Monaten einen Arbeitsplatzwechsel innerhalb eines Konzerns durchführen, sollen nach dem Gesetzeswortlaut den besonderen Kündigungsschutz des BEinstG genießen.

Zur Rechtslage nach BGBl I Nr 111/2010 (ab 1. 1. 2011):

Die Ausführungen zur Feststellung der Begünstigteneigenschaft infolge eines Arbeitsunfalles und zum Arbeitsplatzwechsel innerhalb eines Konzerns zur Rechtslage vor BGBl I Nr 111/2010 behalten weiterhin ihre Gültigkeit.

Der besondere Kündigungsschutz wird in seiner jetzigen Form vor allem von Seiten der Dienstgeber zunehmend kritisch betrachtet. Auch Interessenvertretungen von Menschen mit Behinderung sehen im erhöhten Kündigungsschutz für begünstigte Behinderte ein Einstellhemmnis bei der Erlangung eines Arbeitsplatzes. Nunmehr soll für Dienstverhältnisse, die ab dem 1. Jänner 2011 neu begründet werden, für einen Zeitraum von achtundvierzig Monaten – abgesehen von den taxativ aufgezählten Ausnahmefällen – der besondere Kündigungsschutz nicht zur Anwendung gelangen. Dabei sind Sachverhalte, die unter die Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes zu subsumieren sind, nicht als Begründung eines neuen Dienstverhältnisses zu werten (981 der Beilagen XXIV. Gesetzgebungsperiode – Regierungsvorlage; s § 27 Abs 8).

Es kommt daher der besondere Kündigungsschutz für ab 1. 1. 2011 neu begründete Dienstverhältnisse von bereits begünstigt Behinderten erst nach Bestehen des Dienstverhältnisses in der Dauer von 4 Jahren nach Ablauf dieser 4 Jahre zur Anwendung.

Wenn ein Mensch mit Behinderung nach dem 1. 1. 2011 ein Dienstverhältnis neu begründet und die Begünstigteneigenschaft nach Antritt des Dienstverhältnisses beantragt und diese innerhalb der ersten 4 Jahre festgestellt wird, tritt der besondere Kündigungsschutz ab Eintritt der Begünstig-

teneigenschaft, frühestens jedoch nach sechs Monaten ab Beginn des Dienstverhältnisses, ein.

Nicht im Gesetz klar geregelt wurde jedoch die Konstellation, wenn ein Mensch mit Behinderung einen Antrag auf Feststellung der Zugehörigkeit zum Personenkreis der begünstigt Behinderten vor Antritt eines neuen Dienstverhältnisses beim Sozialministeriumservice stellt, die bescheidmäßige Erledigung und damit Feststellung der Zugehörigkeit jedoch erst nach Beginn dieses neuen Dienstverhältnisses erfolgt. Es bedurfte daher in einem konkreten Fall einer höchstgerichtlichen Entscheidung dahingehend, dass auch in derartigen Fallkonstellationen der Kündigungsschutz nach Ablauf von sechs Monaten ab Beginn des Dienstverhältnisses in Kraft tritt (OGH vom 22. 7. 2014, 9 ObA 72/14z).

Weder dem Gesetzestext noch den Gesetzesmaterialien lässt sich entnehmen, dass sich für Arbeitnehmer, die im Zeitpunkt der Einstellung (noch) nicht begünstigte Behinderte sind, etwas ändern sollte. Vielmehr lässt der der Novelle innewohnende Gedanke, für Arbeitgeber einen Anreiz zu schaffen, Menschen mit Behinderung verstärkt zu beschäftigen, deutlich erkennen, dass es für Arbeitnehmer ohne schon bei Beginn des Arbeitsverhältnisses festgestellter Behinderung bei der bisherigen Rechtslage bleiben sollte. Dabei wurde die schon bisher geltende sechsmonatige Wartezeit, während der der Kündigungsschutz grundsätzlich noch nicht zum Tragen kommt, aus dem alten Recht in die neue Fassung des § 8 Abs 6 lit b BEinstG übernommen (vgl OGH vom 26. 11. 2013, 9 Ob A 96/13b; *Weiß*, Neuregelung des Kündigungsschutzes für begünstigte Behinderte, ZAS 2014/27; ARD 6383/8/2014; ASok 2014, 115). Näheres s Erl zu Punkt 8 – Beginn und Ende des Kündigungsschutzes.

Bei seiner Entscheidung über die Kündigung hat der Behindertenausschuss das Diskriminierungsverbot des § 7b Abs 1 zu berücksichtigen, er darf also seine Entscheidung in der konkreten Angelegenheit nicht in unmittelbar oder mittelbar diskriminierender Art und Weise treffen. Es sind die gleichen Standards von Gleichbehandlung einzuhalten wie bei nicht begünstigten Menschen mit Behinderungen.

Gemäß § 15a BAG können sowohl der Lehrberechtigte als auch der Lehrling das Lehrverhältnis zu bestimmten Terminen unter der Einhaltung eines vorgesehenen Prozederes (Mediationsverfahren etc) einseitig außerordentlich auflösen. Diese Bestimmung ist auf Ausbildungsverträge gemäß § 8b Abs 2 (Teilqualifizierung) nicht anwendbar. Der § 15a Abs 8 BAG bestimmt, dass auf die außerordentliche Auflösung durch den Lehrberechtigten der besondere Kündigungsschutz nach dem Behinderteneinstellungsgesetz anzuwenden ist. **8**

Es stellt sich jedoch die Frage, ob auch die Bestimmung des § 8 Abs 6 lit b idF BGBl I Nr 111/2010 zur Anwendung gelangt. Bis zur genannten Fassung bestand diesbezüglich kein Problem, da das Lehrverhältnis frühestens zum Ablauf des letzten Tages des zwölften Monats der Lehrzeit aufgelöst werden kann und daher bereits ein Ausbildungsverhältnis vorliegt, das mehr als sechs Monate dauert. Nunmehr würde bei Lehrverhältnissen, die nach dem 1. 1. 2011 begonnen haben und bei bereits vorliegender Begünstigeneigenschaft vor Antritt der Ausbildung der Kündigungsschutz erst nach 4 Jahren wirksam werden (und somit auf Grund der Dauer der meisten Lehrverhältnisse ins Leere gehen).

Mit dem Begriff „Lehrzeit“ ist die vom jeweiligen Lehrling im konkreten Lehrberuf absolvierte Lehrzeit, nicht aber die Dauer des jeweiligen Lehrverhältnisses bei einem bestimmten Lehrberechtigten gemeint. Es kommt somit auf die für den Lehrberuf generell mit Verordnung festgelegte Lehrzeit gemäß § 6 Abs 1 und 2 BAG und nicht auf die im Lehrvertrag individuell vereinbarte Dauer des Lehrverhältnisses an (vgl OGH vom 29. 4. 2015, 9 Ob A 38/15a = ARD 6457/6/2015).

Weder aus § 15a Abs 8 BAG noch aus den Erläuterungen zur Regierungsvorlage lässt sich Näheres zur Frage gewinnen, ob ausschließlich die Schutzbestimmungen des BEinstG oder eben auch sonstige Bestimmungen anzuwenden sind, die ein Vorliegen eines Kündigungsschutzes an weitere Bedingungen als die der Personenzugehörigkeit anknüpfen.

Da sich zum Zeitpunkt des Inkrafttretens von § 15a Abs 8 BAG noch die alte Rechtslage vorgefunden hat, nach welcher der Kündigungsschutz nach dem BEinstG erst nach 6 Monaten wirksam wurde, war es auch nicht erforderlich, Ausführungen in Gesetzesrang bzw in den dazu vorliegenden Erläuterungen festzuhalten.

Somit bliebe noch, dass der Gesetzgeber in den Materialien zu BGBl I Nr 111/2010 bzw in der Novelle selbst Ausführungen treffen hätte müssen. Da dies nicht der Fall ist, ist auch hieraus zur Lösung der Frage nichts zu gewinnen.

Es ist daher mE der besondere Kündigungsschutz nach dem BEinstG für außerordentliche Auflösungen begünstigt behinderter Lehrlinge jedenfalls anzuwenden, da dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, dass er eine Bestimmung, die er ab 1. 7. 2010 im BAG eingeführt hat, durch eine Novelle des BEinstG ab dem 1. 1. 2011 wieder wirkungslos werden lassen will.

Im Falle von Arbeitsverhältnissen die an ein im selben Unternehmen absolviertes Lehrverhältnis anschließen, stellt sich die Frage, wann das fristauslösende Ereignis für die Berechnung der Frist hinsichtlich des Eintretens des Kündigungsschutzes ist. Mit der Regelung des § 18 Abs 1 BAG, wonach der

Lehrberechtigte verpflichtet ist, den Lehrling, dessen Lehrverhältnis mit ihm gemäß § 14 Abs 1 oder § 14 Abs 2 lit e BAG endet, im Betrieb drei Monate im erlernten Beruf weiter zu beschäftigen, wird dem Dienstgeber für einen begrenzten Zeitraum ein Kontrahierungszwang auferlegt. Diese Kontrahierungspflicht des Lehrberechtigten entsteht erst im Zeitpunkt der angeführten Endigungsarten des Lehrverhältnisses. Der Verweis auf § 14 Abs 1 oder § 14 Abs 2 lit e BAG stellt dabei aber auch klar, dass das diesem Gesetz unterliegende Lehrverhältnis bei Beginn der Weiterbeschäftigungszeit beendet ist, ohne dass eine Anordnung über die arbeitsrechtliche Qualifikation des danach zu begründenden Vertragsverhältnisses getroffen wird (vgl OGH vom 27. 5. 2020, 8 ObA 31/20x). Die Weiterbeschäftigung eines Lehrlings erfolgt nicht automatisch, sondern bedarf grundsätzlich einer ausdrücklichen oder schlüssigen – wenn auch vom Lehrling einforderbaren – Vereinbarung (OGH vom 16. 12. 2005, 9 ObA 23/05f). § 18 Abs 1 BAG bewirkt nicht einen Vertragsabschluss ex lege; diese Bestimmung normiert lediglich eine einseitige Verpflichtung des Lehrberechtigten zum Abschluss eines entsprechenden Arbeitsvertrags, deren Nichtbefolgung dem Lehrling einen Anspruch auf Erfüllung, gegebenenfalls auch auf Schadenersatz gibt (OGH vom 25. 11. 2020, 9 ObA 78/20s).

Die Weiterbeschäftigung des Lehrlings nach dem Ende der Lehrzeit setzt das bestehende Arbeitsverhältnis nicht fort, sondern es wird grundsätzlich ein neues Arbeitsverhältnis begründet. Soweit daher Arbeitsrechtsnormen an Dienstzeiten anknüpfen, sind Lehrzeit und Weiterbeschäftigung gemäß § 18 BAG, auch wenn diese unmittelbar aufeinanderfolgen, getrennt zu behandeln (vgl OGH vom 23.3.2010, 8 ObS 4/10m).

Aus all dem Angeführten ergibt sich in Zusammenschau mit den Bestimmungen des § 8 Abs 6 lit b BEinstG („*wenn das Dienstverhältnis zum Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung noch nicht länger als vier Jahre bestanden hat, es sei denn...*“), dass mit dem Beginn der Weiterbeschäftigung gemäß § 18 BAG die Frist für den Beginn des Eintretens des Kündigungsschutzes gemäß § 8 BEinstG für dieses neue Arbeitsverhältnis (das an ein davor liegendes Lehrverhältnis anschließt) – neu – zu laufen beginnt.

2. Kündigungsschutz nach dem OFG

Der Kündigungsschutz im Sinne des § 6 Z 4 dritter Satz OFG steht den Inhabern einer Amtsbescheinigung oder eines Opferausweises zu, gleichgültig, ob sie nach § 2 begünstigt sind oder nicht. 9

Die Anwendbarkeit der Kündigungsschutzbestimmungen des § 8 auf Inhaber einer Amtsbescheinigung oder eines Opferausweises ergibt sich nicht etwa daraus, dass sie als begünstigte Personen im Sinne des BEinstG – als