

I. Einleitung

Menschen mit Behinderung werden vom Arbeitsrecht einerseits und vom Sozialversicherungsrecht andererseits in verschiedener Hinsicht angesprochen.

Im vorliegenden Beitrag soll zunächst ausführlicher herausgearbeitet werden, unter welchen Voraussetzungen **Arbeitsrecht** bei der Integration von Menschen mit Behinderung ins Arbeitsleben **zur Anwendung kommt** (vgl II.). Danach soll kurz umrissen werden, wann **Sozialversicherungsrecht** in derartigen Konstellationen **heranzuziehen** ist (vgl III.). Dabei sollen auch nach geltendem Recht gegebene Grenzziehungen aus rechtsdogmatischer sowie aus rechts- und sozialpolitischer Sicht hinterfragt werden.

II. Menschen mit Behinderung und Arbeitsrecht

Im Folgenden sollen zuerst die wesentlichen Inhalte des Arbeitsrechts auf den Punkt gebracht (vgl II.A.) und danach einige zentrale Probleme der Anwendung des Arbeitsrechts auf die Arbeit von Menschen mit Behinderung beleuchtet werden (vgl II.B.).

A. Inhalte des Arbeitsrechts

Die Schutzbestimmungen des Arbeitsrechts können für die hier verfolgten Zwecke folgendermaßen untergliedert werden:

1. Arbeitsvertragsrecht

Ein wichtiger Teilbereich des Arbeitsrechts ist das Arbeitsvertragsrecht. In diesem Bereich geht es um die Rechte und Pflichten von AN und AG aus der arbeitsvertraglichen Beziehung, welche einerseits durch den Arbeitsvertrag selbst und andererseits durch zu Gunsten des AN eingreifende zwingende Normen aus (arbeitsrechtlichem) Gesetz, KV oder BV, durch sog Vertragsinhaltsnormen, geprägt ist.

Hierher gehört beispielsweise der **Entgeltsschutz**, also die Bestimmungen über die Entgeltfortzahlung bei Krankheit und Unfall (vgl § 8 Abs 1 und 2 AngG, EFZG), die Sicherung des Existenzminimums an Arbeitsentgelt gegenüber Lohnpfändungen oder Aufrechnungen (vgl §§ 290a ff, 293 Abs 3 EO), die Rückforderungssperre bei gutgläubigem Verbrauch von Überbezügen¹ oder der zwingende Anspruch auf Abfertigung usw² (zum KV s gleich II.A.2.).

Eine weitere wichtige Materie des Arbeitsvertragsrechts ist das **Urlaubsrecht**, welches einen Anspruch auf Freistellung von der Arbeit unter Fortzahlung des

1 StRsp seit dem sog Judikat 33 neu; OGH 23.4.1929, Präs 1025/28, SZ 11/86 = Arb 3893. Aus jüngerer Zeit zB OGH 27.4.2016, 8 ObA 9/16f, DRdA-infas 2016/121, 198 (*Chlestil*) = ecolex 2016/357, 814.

2 Allg dazu zB *Reissner*, Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht⁵ (2015) 225 ff mwN.

Entgelts vorsieht (vgl § 2 Abs 1 UrlG: grundsätzlich 30 Werktage pro Arbeitsjahr).

Stellvertretend für zahlreiche sonstige Inhalte des Arbeitsvertragsrechts seien noch die Regelungen über den **Kündigungs- und Entlassungsschutz** besonders schutzwürdiger Arbeitnehmergruppen (sog besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz; zB nach den §§ 10, 12, 15n MSchG, §§ 7, 8f VKG bei Mutterschaft bzw Elternkarenz oder -teilzeit, nach § 8 BEinstG bei Eigenschaft des AN als begünstigter Behinderter udgl) sowie bei Diskriminierung auf Grund des Geschlechts, insb in Bezug auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat, auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters, der sexuellen Orientierung oder auf Grund einer Behinderung (sog individueller Kündigungs- und Entlassungsschutz; vgl §§ 3 Z 7, 12 Abs 7, 17 Abs 1 Z 7, 26 Abs 7 GIBG, §§ 7b Abs 1 Z 7, 7f BEinstG) hervorgehoben.³

2. Kollektivvertragsrecht

KV sind Vereinbarungen, die zwischen kollektivvertragsfähigen Körperschaften der AG einerseits (zB WK oder freiwillige Arbeitgeberverbände wie der „Bundesverband der AG in den Gesundheits- und Sozialberufen“ [„BAGS“], jetzt: „Sozialwirtschaft Österreich“ [„SWÖ“]) und der AN andererseits (in aller Regel: ÖGB) schriftlich abgeschlossen werden (§ 2 Abs 1 ArbVG).

Das Kollektivvertragswesen ist sozial-, wirtschafts- und gesellschaftspolitisch von wesentlicher Bedeutung. KV sind die zentralen Instrumente der Lohnpolitik, die nicht von staatlicher Seite dekretiert, sondern iSd Sozialautonomie von Repräsentanten der unmittelbar betroffenen Kreise ausgehandelt werden. Durch Schaffung von durch das ArbVG **mit zwingender Wirkung ausgestatteten Mindeststandards** zu Gunsten der im individuellen gegenüber dem AG typischerweise wirtschaftlich unterlegenen AN wird ein Interessenausgleich erzielt, der es den AN ermöglicht, aus dem Arbeitsverhältnis eine ausreichende finanzielle Basis für die Bestreitung des Lebensunterhalts zu erwirtschaften. Auf einzelvertraglicher Ebene wäre dies auf Grund der Vertragsfreiheit und wegen des Wirkens der Gesetzmäßigkeiten des Marktes nicht gewährleistet. Wie gesagt ist es Hauptaufgabe des KV, angemessene **Mindestentgelte** zu Gunsten der AN festzulegen (Grundentgelte, Naturalien, 13. und 14. Monatsbezüge, Abfertigungen, Betriebspensionen usw; zum Entgeltschutz vgl auch II.A.1.). **Darüber hinaus** kann der KV aber auch all dies mit normativer Kraft regeln, was typischerweise in einem Arbeitsvertrag steht (zB Aufwandsentschädigungen, urlaubsrechtliche Fragen, Regelungen über die Beendigung von Arbeitsverhältnissen; vgl insb § 2 Abs 2 Z 2 ff ArbVG).

³ Allg dazu zB *Reissner*, Arbeitsrecht⁵ 107 f mwN. Zum Antidiskriminierungsrecht s auch den Beitrag von *Mair* auf den S 83 ff in diesem Band.

II. Individualrechtliche Beurteilung einer Antwort- bzw Informationspflicht

A. Mögliche rechtliche Grundlagen einer Antwort- bzw Informationspflicht

1. Keine ausdrückliche gesetzliche Regelung

Bevor darauf eingegangen werden kann, unter welchen Voraussetzungen eine Informationspflicht des AN oder Stellenbewerbers über eine bestehende Behinderung besteht, ist zu fragen, auf welcher **rechtlichen Grundlage** überhaupt eine derartige Verpflichtung angenommen werden kann. Wie auch der OGH in einer jüngeren Entscheidung ausdrücklich festgehalten hat,⁴ findet sich – im Gegensatz etwa zum MSchG⁵ – weder im BEinstG noch in anderen Gesetzen eine explizite Verpflichtung zur Bekanntgabe einer bestehenden (begünstigten) Behinderung. Auch eine generelle Informationspflicht des (künftigen) AN über (bestimmte) Erkrankungen – die ja vielfach eine Behinderung zur Folge haben – wird gesetzlich nicht normiert.

So bestehen etwa zwar in Bezug auf bestimmte Erkrankungen **gesetzliche Anzeigepflichten** nach dem Epidemiegesetz⁶, dem Tuberkulosegesetz⁷ oder dem AIDS-Gesetz⁸ und sind neben Ärzten, Labors, Pflegepersonal uÄ⁹ zumindest nach dem Epidemiegesetz auch bestimmte AG in Bezug auf deren Beschäftigte anzeigepflichtig.¹⁰ Eine Anzeigepflicht des AN gegenüber dem (künftigen) AG ist aber nicht vorgesehen.¹¹

Auch nach § 15 ASchG sind AN zwar ua verpflichtet, „*jeden Arbeitsunfall, jedes Ereignis, das beinahe zu einem Unfall geführt hätte, und jede von ihnen festgestellte ernste und unmittelbare Gefahr für Sicherheit oder Gesundheit sowie jeden an den Schutzsystemen festgestellten Defekt unverzüglich den zuständigen Vorgesetzten oder den sonst dafür zuständigen Personen zu melden*“ (Abs 5). Betrachtet man die genannte Bestimmung in ihrem Zusammenhang, scheint allerdings naheliegend, dass (auch) bei diesen ernstlichen und unmittelbaren Gefahren primär an solche gedacht war, die aus den Arbeitsmitteln, dem Arbeitsumfeld etc resultieren. Insofern scheint zweifelhaft, ob Gefahren, die aus der eigenen Behinderung bzw dem individuellen Gesundheitszustand eines AN resultieren, überhaupt unter § 15

4 OGH 28.9.2007, 9 Oba 46/07s, ARD 5836/2/2008 (*Adamovic*) = DRdA 2009/21, 254 (*Spitzl*).

5 BGBl 1979/221 zuletzt idF BGBl I 2015/162; vgl § 10 Abs 1 und 2 MSchG.

6 BGBl 1950/186 zuletzt idF BGBl I 2016/63.

7 BGBl 1968/127 zuletzt idF BGBl I 2016/63.

8 BGBl 1993/728 zuletzt idF BGBl I 2001/98.

9 Vgl § 3 Epidemiegesetz, § 4 Tuberkulosegesetz bzw § 2 AIDS-Gesetz.

10 Gemäß § 3 Epidemiegesetz gilt dies insb für Vorsteher öffentlicher und privater Lehranstalten und Kindergärten sowie Inhaber von Gast- und Schankgewerben.

11 So auch *Rath*, Aufklärungspflicht des Arbeitnehmers bei anzeigepflichtiger Krankheit? *eocolx* 2007, 273 (274).

Abs 5 ASchG subsumiert werden können.¹² Selbst wenn man dies bejahte, bestünde eine Meldepflicht aber jedenfalls nur unter den genannten Voraussetzungen einer ernstesten und unmittelbaren Gefahr für Sicherheit und Gesundheit. Eine **allgemeine Verpflichtung** zur Bekanntgabe einer Behinderung lässt sich auch hieraus also jedenfalls **nicht ableiten**.

(Nur) sehr punktuell – nämlich im Falle von **Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit** – ergibt sich schließlich eine „Meldepflicht“¹³ im Zusammenhang mit der gesetzlichen Entgeltfortzahlung. Gem § 8 Abs 8 AngG¹⁴ bzw § 4 Abs 1 EFZG¹⁵ ist der AN zur unverzüglichen Meldung der Arbeitsverhinderung verpflichtet und hat auf Verlangen des AG eine ärztliche Bestätigung über die voraussichtliche Dauer und die Ursache der Arbeitsunfähigkeit vorzulegen. Eine genaue Diagnose (somit die Art der Erkrankung) ist in der Krankenbestätigung aber nach hA¹⁶ (idR) nicht anzuführen, vielmehr genügt die Bescheinigung des Arztes bzw der Krankenkasse, dass der AN infolge „Krankheit“ arbeitsunfähig ist.

2. Informationspflicht auf Grundlage der „Treuepflicht“ bzw (vor-)vertraglicher Aufklärungspflichten

Der Umstand, dass eine ausdrückliche gesetzliche Regelung (weitgehend) fehlt, bedeutet freilich nicht, dass eine Informations- bzw Antwortpflicht des (künftigen) AN damit nicht besteht. Der OGH¹⁷ und Teile der Lehre¹⁸ haben als mögliche Grundlage für eine Informationspflicht des AN auf die „**Treuepflicht**“ des AN verwiesen, die diesen in bestimmten Grenzen zur Wahrung der (betrieblichen) Interessen des AG verpflichtet. Diesbezüglich ergibt sich nun zwar das Problem, dass umstritten ist, ob auch schon im Vorfeld des Vertragsabschlusses von einer Treuepflicht des AN auszugehen ist.¹⁹ Auch vor dem Abschluss eines Vertrages bestehen jedoch nach einhelliger Auffassung allgemeine **vorvertragliche Aufklärungspflichten** insoweit, als der Vertragspartner eine Aufklärung nach

-
- 12 Gegen eine Mitteilungspflicht aufgrund des § 15 Abs 5 ASchG auch *Rath*, *ecolex* 2007, 273 (274).
- 13 Vgl zur Frage, inwieweit es sich dabei tatsächlich um eine „echte“ Rechtspflicht handelt, eingehend unter II.B.2.
- 14 BGBl 1921/292 zuletzt idF BGBl I 2015/152.
- 15 BGBl 1974/399 zuletzt idF BGBl I 2010/100.
- 16 Aus jüngerer Zeit etwa OGH 29.8.2011, 9 Oba 97/10w, RdW 2011/700, 685 = ARD 6175/2/2011 = wbl 2012/60, 165; vgl auch bereits OGH 19.5.1993, 9 Oba 106/93, *ecolex* 1993, 625 = SWK 1994, B 36; s exemplarisch auch *Melzer/Azodanloo* in *Löschnigg* (Hrsg), AngG I¹⁰ (2016) § 8 Erl 248; *Burger* in *Reissner* (Hrsg), AngG² (2015) § 8 Rz 37; *Drs* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht I² (2011) § 8 AngG Rz 75 mwN; *Rauch*, Kommentar zum EFZG (2006) § 4 EFZG Rz 5.
- 17 OGH 28.9.2007, 9 Oba 46/07s, ARD 5836/2/2008 (*Adamovic*) = DRdA 2009/21, 254 (*Spitzl*).
- 18 Vgl *Tinhofer*, Anm zu OGH 12.6.1997, 8 Oba 41/97f, ZAS 1999/3, 44 (45); *Widy* in *ders* (Hrsg), BEinstG⁸ (2016) § 8 Erl 85; diesem folgend *Potz*, Entlassung eines begünstigten Behinderten, RdW 2007/256, 226 (228); ähnlich *Rath*, *ecolex* 2007, 274 f, bezüglich anzeigepflichtiger Erkrankungen.
- 19 Dagegen etwa *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹² (2015) 302; *W. Schwarz/W. Holzer*, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre künftige Gestaltung (1975) 67 ff; innerhalb bestimmter Grenzen wohl dafür zB *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht³ (2016) 127 f.

den Umständen des Falles erwarten darf.²⁰ Unabhängig davon, ob man eine Verpflichtung zur Bekanntgabe bestehender Behinderungen bzw eine solche zur wahrheitsgemäßen Beantwortung entsprechender Fragen auf die „Treuepflicht“ oder auf (allgemeine) neben- bzw vorvertragliche Aufklärungspflichten stützt, ist damit an sich eine rechtliche Grundlage für die Annahme einer Informationspflicht vorhanden. In weiterer Folge fragt sich, wie diese einzugrenzen ist.

B. Reichweite und Grenzen der Informationspflicht

1. Generelle Verpflichtung zur Bekanntgabe einer bestehenden Behinderung?

Der OGH hatte sich, soweit ersichtlich, bisher nur mit der Frage der Informationspflichten „Begünstigt Behinderter“ iSd § 2 BEinstG auseinanderzusetzen. Während eine Verpflichtung, den AG (schon) über die Einleitung des Verfahrens zur Feststellung der Eigenschaft als „Begünstigter Behinderter“ zu informieren, mehrfach ausdrücklich abgelehnt wurde,²¹ hat der OGH in zahlreichen Entscheidungen festgehalten, dass der AN verpflichtet sei, dem AG die bestehende Begünstigteneigenschaft bekannt zu geben, da diese „*infolge besonderer gesetzlicher Regelungen unmittelbaren Einfluss auf die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses*“ habe.²² Der OGH scheint eine **Mitteilungspflicht** somit mit den **rechtlichen Auswirkungen** einer bestehenden „Begünstigten Behinderung“ **zu begründen**.²³ Zu denken ist hier zunächst insb an den besonderen Kündigungsschutz des § 8 BEinstG²⁴, darüber hinaus aber etwa auch an die Möglichkeit zur Anrechnung von AN auf die Zahl der gem § 1 BEinstG verpflichtend einzustellenden „Begünstigten Behinderten“²⁵ oder mögliche Förderungen und steuerliche Vergünstigungen.²⁶ Auch treffen den AG im Zusammenhang mit der Beschäftigung „Begünstigter Behinderter“ Auskunfts- und Meldepflichten (vgl § 16 BEinstG).²⁷

20 Vgl exemplarisch *Wiebe in Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON 1.02 § 861 Rz 42; s zB auch *Verschraegen in Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON 1.04 § 1061 Rz 15 (allerdings zum Kaufvertrag).

21 Vgl zB OGH 14.9.1994, 9 ObA 114/94, wbl 1995, 34 = ecolex 1995, 47 = Arb 11.241; 22.10.2003, 9 ObA 82/03d, ASoK 2004, 123 (*Stärker*) = DRdA 2005/24, 330 (*Karl*) = ZAS 2005/36, 209 (*Spitzl*).

22 Vgl OGH 21.10.1987, 9 ObA 64, 65/87, infas 1988 A 115 = ARD 4013/14/88; 12.6.1997, 8 ObA 41/97f, ZAS 1999/3, 43 (*Tinhofer*) = wbl 1997, 482 = ASoK 1997, 363; 7.6.2006, 9 ObA 30/06m, RdW 2006/707, 775 = Arb 12.606 = wbl 2007/14, 42; 19.6.2006, 8 ObA 48/06a, DRdA 2008/11, 149 (*Weiß*) = ecolex 2007/24, 53 = Arb 12.617; siehe zuletzt auch OGH 26.11.2015, 9 ObA 107/15y, DRdA 2016/38, 344 (*Pfalz*), wo allerdings (nur) von einem „berechtigten Interesse“ des AG an einer entsprechenden Information die Rede ist.

23 Vgl etwa auch *Tinhofer*, ZAS 1999/3, 45; idS etwa auch *Jabornegg in Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG (Loseblatt ab 2002) § 96 Rz 112, zur Zulässigkeit entsprechender Fragen.

24 Vgl dazu insb *Heinz-Ofner*, Der besondere Bestandschutz des Behinderteneinstellungsgesetzes, in diesem Buch auf den Seiten 61 ff.

25 Gem § 1 Abs 1 Satz 1 BEinstG sind alle AG, die im Bundesgebiet mindestens 25 AN beschäftigen, verpflichtet, auf je 25 AN mindestens einen „Begünstigten Behinderten“ iSd § 2 BEinstG einzustellen.

26 Vgl auch *Gerhartl*, Persönlichkeitsschutz 110 f.

27 S auch *Tinhofer*, ZAS 1999/3, 45.

Der begünstigte Behinderte kann eine **Klage auf Feststellung** des aufrechten Bestandes seines Dienstverhältnisses beim Arbeits- und Sozialgericht einbringen. Er hat aber auch die Möglichkeit, eine Kündigungsentschädigung wegen rechtswidriger Beendigung einzuklagen, wobei er an die einmal getroffene Entscheidung gebunden ist.⁴³ Dieses Wahlrecht setzt voraus, dass der AG zuerst in Kenntnis der Begünstigteneigenschaft die Arbeitsbereitschaft des AN abgelehnt hat.⁴⁴

Das Ausmaß der Kündigungsentschädigung ist laut OGH auf Basis einer Kündigungsfrist von sechs Monaten und unter Beachtung eines allfälligen Kündigungstermins zu ermitteln;⁴⁵ dazu kommen die sonstigen beendigungsabhängigen Ansprüche wie zB eine allfällige Urlaubersatzleistung. *K. Mayr* macht allerdings darauf aufmerksam, dass die Fortsetzung dieser Rechtsprechung **unzulässig** sei: Nach der Judikatur des EuGH sei eine (pauschale) Begrenzung des Schadenersatzes unzulässig. Es dürfe keine Festlegung einer Obergrenze geben.⁴⁶

K. Mayr weist auch darauf hin, dass in jenen Fällen, in denen der AG die Kündigung aussprach, ohne dass ihm die Begünstigteneigenschaft bzw der Kündigungsschutz des AN bekannt war, wohl kaum mehr Raum für das oben beschriebene Wahlrecht des AN sein wird. Hier wird der AG einen Antrag auf nachträgliche Zustimmung des Behindertenausschusses iSd letzten Satzes des § 8 Abs 2 BEinstG stellen.⁴⁷ „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 (...) angehört“.⁴⁸

V. Nachträgliche Zustimmung

Ausnahmsweise kann der Behindertenausschuss einer bereits ausgesprochenen Kündigung seine Zustimmung erteilen (§ 8 Abs 2 BEinstG: „Eine Kündigung ohne vorherige Zustimmung des Behindertenausschusses ist rechtsunwirksam, wenn nicht in Ausnahmefällen nachträglich die Zustimmung erteilt wird“).

A. Arbeitsunfall

Von vornherein ausgeschlossen ist eine solche nachträgliche Zustimmung, wenn die Zugehörigkeit zum Personenkreis der begünstigten Behinderten die Folge eines Arbeitsunfalls ist.

43 OGH 26.5.2010, 9 Oba 111/09b, ARD 6110/2/2011.

44 OGH 22.10.2003, 9 Oba 82/03d, RdW 2004/320, 352.

45 OGH 16.12.1992, 9 Ob 902-904/92, DRdA 1993/51, 466 (*Wachter*).

46 *K. Mayr* in ZellKomm I² § 8 BEinstG Rz 17; s auch die grundsätzliche Kritik an der Rsp des OGH von *Widy* in *ders* (Hrsg), BEinstG⁸ (2016) § 8 Erl 192 ff mit vielen Literaturhinweisen.

47 *K. Mayr* in ZellKomm I² § 8 BEinstG Rz 16.

48 Näheres dazu unter V.B.

B. Unkenntnis von der Begünstigteneigenschaft

Der besondere Kündigungsschutz besteht **unabhängig** davon, ob dem AG die Begünstigteneigenschaft des Betroffenen bei Ausspruch der Kündigung bekannt war oder er erst später davon Kenntnis bekam.⁴⁹ Letztere Konstellation wird von § 8 Abs 2 BEinstG ausdrücklich als Beispiel für einen solchen Ausnahmefall, der die Zustimmung zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung rechtfertigt, genannt: Hier erfolgte die Kündigung, ohne dass es dem AG bekannt war oder es ihm bekannt hätte sein müssen, dass der AN dem Personenkreis der begünstigten Behinderten angehört. Die Unkenntnis darf dem AG idS nicht vorwerfbar sein. Ist die Begünstigteneigenschaft nicht auf einem Arbeitsunfall begründet und liegt mit der Kündigung keine Diskriminierung vor, hat der AG in diesem Fall die Möglichkeit, nach dem Ausspruch der rechtsunwirksamen Kündigung nachträglich die Zustimmung des Behindertenausschusses zu erhalten. Die in Unkenntnis des Kündigungsschutzes ausgesprochene Kündigung ist schwebend unwirksam bis zum Vorliegen der Zustimmung und wirkt sodann *ex tunc*.⁵⁰

Dieser Passus wurde gemeinsam mit der Vierjahresklausel für den Beginn des Kündigungsschutzes eingeführt.⁵¹ Laut den EB soll der „Verschweigung einer bereits seit längerem bestehenden Begünstigteneigenschaft gegenüber dem Dienstgeber, der im Übrigen aus der Beschäftigung auch materielle Vorteile ziehen kann (zB Entfall der Kommunalsteuer und des Dienstgeberbeitrages zum Familienlastenausgleichfonds) entgegengewirkt“ werden. Ausdrücklich erwähnt wird in diesem Zusammenhang aber, dass sich an der auf den Antragszeitpunkt zurückwirkenden Feststellung der Begünstigteneigenschaft dadurch nichts ändere.⁵²

Die **sonstigen Erfordernisse** iSd § 8 Abs 4 BEinstG für die Zustimmung seitens des Behindertenausschusses müssen aber wie sonst auch vorliegen, auch die Interessenabwägung iSd Abs 3 *leg cit* ist vorzunehmen.

Wenn nun seitens des Behindertenausschusses nachträglich die Zustimmung zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung erfolgt, erfährt die vorerst schwebend rechtsunwirksame Auflösungserklärung Rechtswirksamkeit. Da dies *ex tunc* geschieht, hat der AN für den inzwischen vergangenen Zeitraum nach dem Auslaufen der Kündigungsfrist **keinen Entgeltanspruch** mehr.⁵³

Angesichts dieser Rechtslage ist begünstigt behinderten AN nach sechsmonatiger Dauer des Arbeitsverhältnisses jedenfalls zu raten, ihre Behinderteneigenschaft

49 Etwa OGH 26.6.1984, 4 Ob 21/84, ZAS 1986/3, 16 (Steinbauer); vgl auch Potz, RdW 2007/256, 229 und OGH 26.11.2015, 9 ObA 107/15y, DRdA2016/38, 344 (Pfalz) = Arb 13.278.

50 OLG Wien 23.10.1998, 9 Ra 237/98h, ARD 5020/8/99; K. Mayr in ZellKomm P² § 8 BEinstG Rz 15.

51 BGBl I 2010/111.

52 ErlRV 981 BlgNR 24. GP 179.

53 Zur damit einhergehenden Verschlechterung für den begünstigten Behinderten mit BGBl I 2010/111 s Heinz-Ofner in Wachter/Burger, Aktuelle Entwicklungen 46.

dem AG zu melden bzw – wenn die Kündigungsabsicht bekannt wird – auf ein allenfalls anhängiges Verfahren auf Unterschutzstellung hinzuweisen.

Wenn ein Betrieb seiner Einstellungspflicht nicht nachkommt und deshalb einen Ausgleichstaxenbescheid erhält, kann davon ausgegangen werden, dass der AG Kenntnis vom Kündigungsschutz betroffener MitarbeiterInnen hat, da die begünstigten Behinderten im Bescheid angeführt sind. Ist die Behinderung offensichtlich, so zB bei Rollstuhlfahrern oder Blinden, ist auch davon auszugehen, dass der AG von der Begünstigteneigenschaft zumindest hätte wissen müssen.⁵⁴ In Fällen wie diesen sollte eine Kündigung ohne vorherige Einholung der Zustimmung des Behindertenausschusses regelmäßig rechtsunwirksam bleiben, außer es liegt einer der im Folgenden beschriebenen weiteren Ausnahmefälle vor.

C. Andere Ausnahmefälle

Die (nicht vorwerfbare) Unkenntnis von der Behinderteneigenschaft wird in § 8 Abs 2 BEinstG als Beispiel für einen Ausnahmefall, der eine nachträgliche Zustimmung erlaubt, angeführt. Daher sind auch andere Sachverhalte denkbar, die ausnahmsweise eine **nachträgliche Zustimmung** ermöglichen.

Seit der neuen Rechtslage mit Jänner 2011⁵⁵ ist in § 8 BEinstG nur mehr von „Ausnahmefällen“ die Rede, während es nach dem alten Gesetzestext noch „besondere Ausnahmefälle“ waren, die eine nachträgliche Zustimmung erlaubten.

Im alten § 8 BEinstG war die Möglichkeit einer nachträglichen Zustimmung nur allgemein erwähnt: „Eine Kündigung ohne vorhergehende Zustimmung des Behindertenausschusses ist rechtsunwirksam, wenn dieser nicht in besonderen Ausnahmefällen nachträglich die Zustimmung erteilt“. Nach früherer Rechtslage waren es „besondere Ausnahmefälle“, im aktuellen Gesetzestext ist nur noch von „Ausnahmefällen“ die Rede und die Hervorhebung „besondere“ fehlt.

- Noch zur früheren Rechtslage wurden etwa folgende Sachverhalte als „besondere“ Ausnahmefälle gewertet:⁵⁶ Eine unvorhergesehene behördliche Betriebsschließung, eine gänzliche Arbeitsunfähigkeit ohne Aussicht auf Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit und sonstige Fälle der Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz des AG.
- Nicht als solchen besonderen Ausnahmefall wertete der VwGH die Einschätzung durch den Steuerberater des AG, der auf einen deutlichen Umsatzrückgang in den ersten sieben Monaten des kommenden Jahres hinwies.⁵⁷ Auch ein langer Krankenstand oder das Fehlen eines Ersatzarbeitsplatzes genügte

54 Vgl *Widy in ders* (Hrsg), BEinstG⁸ § 8 Erl 152.

55 BGBl I 2010/111.

56 Vgl dazu die Entscheidungsnachweise in *K. Mayr* in ZellKomm I² § 8 BEinstG Rz 15.

57 VwGH 4.10.2000, 99/11/0078, LVaktuell 2001 H 4, 4 = ZASB 2001, 26.

nicht: Besteht für das Unternehmen auch nicht die Gefahr eines schweren wirtschaftlichen Nachteiles, der geeignet wäre, es in seiner Existenz zu bedrohen, kann allein in dem Umstand, für einen nicht mehr arbeitsfähigen AN weiter Gehalt zahlen zu müssen, kein „besonderer Ausnahmefall“ erblickt werden.⁵⁸

Die ursprünglich doppelte Hervorhebung des Ausnahmecharakters wurde mittlerweile zwar gestrichen, mE dürfen die Gerichte aber trotz der abgeschwächten Neuformulierung nachträgliche Zustimmungen weiterhin nur **restriktiv** zulassen. Gerade die Verpflichtung, vor der Kündigung eines begünstigten Behinderten die Zustimmung des Behindertenausschusses einzuholen, ist es, was das Kernstück des besonderen Bestandschutzes dieser Personengruppe ausmacht. Solange der AG von der Begünstigteneigenschaft weiß oder zumindest wissen müsste, soll er weiterhin idR vor dem Ausspruch einer Kündigung die Erlaubnis des Behindertenausschusses einholen müssen. Wenn er hingegen von der Begünstigteneigenschaft nichts wusste oder nichts wissen musste, ist die nachträgliche Zustimmung nunmehr ohnedies ausdrücklich erlaubt bzw. vorgesehen.

Hofer/Iser weisen darauf hin, dass von der nachträglichen Zustimmung in der Praxis nur sehr selten Gebrauch gemacht werde.⁵⁹

VI. Vorgehen nach einer Kündigung in Unkenntnis der Begünstigteneigenschaft

Wird ein begünstigter Behinderter gekündigt, ohne dass im Vorfeld der Behindertenausschuss zugestimmt hat, hat er mit dem Hinweis auf die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung⁶⁰ die **Bereitschaft zur Fortsetzung** des Arbeitsverhältnisses aufzuzeigen. Es ist davon auszugehen, dass der AG die Kündigung in Kenntnis der Begünstigung nicht ausgesprochen hätte, dies bis zum Beweis des Gegenteils.

Den rechtsunwirksam Gekündigten trifft eine **Aufgriffsobliegenheit**: Ein AN, der seine Eigenschaft als begünstigter Behinderter bewusst verschweigt, nimmt damit die Beendigung des Dienstverhältnisses in Kauf. Er selbst hat zu verantworten, dass er seine Dienstleistung nicht erbringen kann. Der OGH wertet ein derartiges Verhalten dahingehend, dass der AN in Wahrheit zur Erbringung seiner Leistung nicht bereit ist.⁶¹ Setzt der AN den AG nicht binnen angemessener Zeit von seinem Kündigungsschutz in Kenntnis, verliert er seinen Anspruch auf

58 VwGH 26.2.2002, 99/11/0250, ARD 5335/12/2002.

59 *Hofer/Iser* in *Hofer*, Alltag mit Behinderung¹⁰ 86.

60 *Weiß*, DRdA 2010/9, 130.

61 OGH 19.12.2002, 8 ObA 154/02h, DRdA 2003/50, 551 (*Weiß*) = ARD 5397/6/2003 = ASoK 2003, 420 = RdW 2003/336, 401.

Entgeltfortzahlung. Dies ändert allerdings an der Unwirksamkeit der Kündigung nichts.⁶² *Widy* geht von einer Aufgriffsobliegenheit innerhalb von vier Wochen aus.⁶³

Verweigert der AG die Entgegennahme der Arbeitsleistung trotzdem, kann der AN neben dem Bestehen auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses auch dessen Auflösung akzeptieren. Damit kann er einen **Schadenersatzanspruch** geltend machen.⁶⁴

Ermöglicht der AG dem AN die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, so gilt die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses als dem AN **zumutbar**. Dieser kann aber auch noch in diesem Stadium die Beendigung akzeptieren und seine sonstigen Ansprüche aus der Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend machen, nicht jedoch die Kündigungsentschädigung.⁶⁵

Seit der Novelle 2011 ist diesbezüglich eine **Schlechterstellung** des begünstigten Behinderten eingetreten. Dem AG wurde ja ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, nach einer Kündigung in Unkenntnis der Begünstigteigenschaft die nachträgliche Zustimmung des Behindertenausschusses einzuholen. Ist er erfolgreich, wird die Kündigung (*ex tunc*) rechtswirksam und weder der Fortsetzungsanspruch noch der Schadenersatzanspruch bestehen.

VII. Interessenabwägung

Der **Behindertenausschuss** hat zu entscheiden, ob er der (geplanten) Kündigung seine Zustimmung erteilt oder nicht. Dabei hat er die besondere Schutzbedürftigkeit des begünstigten Behinderten zu beachten und zu prüfen,⁶⁶ ob ihm der Verlust seines Arbeitsplatzes zugemutet werden kann.

§ 8 Abs 4 BEinstG listet in einer **demonstrativen Aufzählung**⁶⁷ Beispiele auf, die dem AG die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen: der Entfall des Tätigkeitsbereiches ohne die Möglichkeit eines Ersatzarbeitsplatzes (§ 8 Abs 4 lit a BEinstG), die Unfähigkeit des begünstigten Behinderten, die vertraglich vereinbarte Arbeit zu leisten, wobei keine Aussicht auf Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit in absehbarer Zeit gegeben sein und kein Ersatzarbeitsplatz zur Verfügung stehen darf (§ 8 Abs 4 lit b BEinstG), und die beharrliche Pflichtenverletzung (§ 8 Abs 4 lit c BEinstG).

62 OGH 28.9.2007, 9 ObA 46/07s, DRdA 2009/21, 254 (*Spitzl*); vgl auch OGH 7.6.2006, 9 ObA 30/06m, RdW 2006/707, 775; *Weiß*, Der besondere Bestandschutz von Arbeitsverhältnissen (2002) Rz 242.

63 *Widy in ders* (Hrsg), BEinstG⁸ § 8 Erl 85.

64 S auch OGH 28.9.2007, 9 ObA 46/07s, DRdA 2009/21, 254 (*Spitzl*) mit Verweisen auf die einschlägige Literatur.

65 OGH 22.10.2003, 9 ObA 82/03d, RdW 2004/320, 352; *Widy in ders* (Hrsg), BEinstG⁸ § 8 Erl 87.

66 Unter Beachtung des § 6 BEinstG: „Angemessene Vorkehrungen und Förderungsmaßnahmen“.

67 „Insbesondere“.