

Bundesministerium für
Arbeit, Soziales und
Konsumentenschutz
Stubenring 1
1010 Wien

per E-Mail: liselotte.rudolf@bmask.gv.at

Zl. 13/1 10/173

BMASK-40101/0014-IV/2010

**BG, mit dem das Behinderteneinstellungsgesetz, das
Bundesbehindertengesetz und das Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz
geändert werden; Budgetbegleitgesetz 2011-2014**

Referent: Dr. Roland Gerlach, Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

Mit der Novelle wird vor allem beabsichtigt, Einstellungshindernisse für begünstigte Behinderte zu reduzieren, indem für die Dauer von drei Jahren der besondere Kündigungsschutz von begünstigten Behinderten mit Ausnahmen abgeschafft werden soll. Damit wird konzidiert, dass arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz ein Einstellungshindernis sein kann. Diese Feststellung, die als Motiv der Novelle ausdrücklich zugrunde gelegt wird, hat weitreichende Folgen: Sie kann gegen den Kündigungsschutz von Müttern (Einstellungshindernis für Frauen) ebenso eingewandt werden, wie gegen den angehobenen allgemeinen Kündigungsschutz für ältere Mitarbeiter (Einstellungshindernis für diese Altersgruppe), wie für den besonderen Kündigungsschutz, der mit Elternteilzeitbeschäftigung einhergeht (Einstellungshindernis für Eltern). Schließlich kann der allgemeine Kündigungsschutz der §§ 105 f ArbVG vor dem Hintergrund dieser Logik generell als Einstellungshindernis und damit mitverantwortlich für höhere Arbeitslosenquoten qualifiziert werden. Der Gesetzgeber wird mit diesem Motiv für seine Novellen daher unvermeidbar eine allgemeine Diskussion über die Sinnhaftigkeit von Beendigungsschutzvorschriften im Arbeitsverhältnis auslösen.

Der neugefasste Absatz 7 des § 8 BEinstG nimmt grundsätzlich Dienstverhältnisse, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes begründet werden, für den Zeitraum vom 01.01.2011 bis 31.12.2013 von den besonderen Kündigungsschutzbestimmungen

aus. Offenbar soll nach diesem Zeitraum der Kündigungsschutz auch für Dienstverhältnisse, die während dieses Zeitraums begründet worden sind, automatisch wieder eintreten. Es lässt sich daher vorhersagen, dass Dienstverhältnisse von begünstigten Behinderten, die in zeitlicher Nähe zum Ablauf der Ausnahmefrist, also vor allem während des Jahres 2013, gekündigt werden, nach dem allgemeinen Kündigungsschutz vor den Arbeits- und Sozialgerichten unter Hinweis darauf bekämpft werden, die Kündigung sei nur deshalb erfolgt, weil der Arbeitgeber den Eintritt des Kündigungsschutzes nach dem Behinderteneinstellungsgesetzes verhindern wollte. Es ist damit zu rechnen, dass dieses Argument auch im Hinblick auf das allgemeine Diskriminierungsverbot gegenüber begünstigten Behinderten instrumentalisiert werden wird. Die Sinnhaftigkeit der Befristung ist nicht nur aus diesem Grund nicht recht einzusehen, wenn auch darin das Motiv in der beabsichtigten Evaluierung über die Auswirkungen der Sistierung des Kündigungsschutzes auf die Beschäftigung behinderter Menschen liegen mag. Es stünde dem Gesetzgeber ohnehin frei - etwa nach einer entsprechend enttäuschenden Evaluierung - den Kündigungsschutz wieder einzuführen. Die dreijährige Sistierung legt hingegen nahe, dass die Dienstverhältnisse begünstigter Behinderter im Regelfall so gekündigt werden, dass der Kündigungsschutz gerade nicht wieder eintritt.

Nach der zweiten Ausnahme des Abs 7 soll der besondere Kündigungsschutz dann eintreten, wenn die den besonderen Kündigungsschutz auslösende Behinderung zwischen 01.01.2011 und 31.12.2013 eintritt und die die Begünstigung auslösende Behinderung auf Grund eines unverzüglich nach dem Eintritt der Behinderung gestellten Antrages festgestellt wird. Den Erläuterungen kann dabei entnommen werden, dass für diesen Fall im Bescheid, mit dem die Zugehörigkeit zum Kreis der begünstigten Behinderten festgestellt wird, gegebenenfalls auch festzustellen sei, dass der besondere Bestandschutz des § 8 für das aktuell bestehende Dienstverhältnis zum Tragen kommt.

Es ist nicht recht ersichtlich, worin die sachliche Rechtfertigung bestehen soll, Behinderungen, die während der dreijährigen Beobachtungsfrist entstehen, anders zu behandeln, als Behinderungen, die vor dieser Zeitspanne eingetreten sind. Das Argument, dass in einem Fall ein Einstellungshindernis vorliegen kann und im anderen Fall nicht, weil das Dienstverhältnis ohnehin schon besteht, erscheint nicht geeignet, um eine weitreichende Ungleichbehandlung ein und derselben Behinderung sachlich zu rechtfertigen. Im Übrigen ist zweifelhaft und offenbar durch Statistiken auch nicht belegt, dass der besondere Kündigungsschutz ein Einstellungshindernis für begünstigte Behinderte ist. Zweifel an diesem gesetzgeberischen Motiv sind schon deshalb angebracht, weil schon bisher der besondere Kündigungsschutz gem § 8 (6) lit b BEinstG (in der derzeit geltenden Fassung) grundsätzlich erst nach einer sechsmonatigen Dauer des Dienstverhältnisses eintritt. Da innerhalb dieses Zeitraumes auch kein allgemeiner Kündigungsschutz nach den §§ 105 f ArbVG besteht, besteht für Arbeitgeber ohnehin ausreichend Möglichkeit, das Dienstverhältnis eines begünstigten Behinderten ohne das Erfordernis der behördlichen Zustimmung innerhalb der ersten sechs Monate des Dienstverhältnisses zu lösen. Es ist daher fraglich, ob die unterschiedliche Behandlung von Behinderungen, die innerhalb der Aussetzungsfrist von drei Jahren eintreten, sachlich gerechtfertigt ist.

Soweit in den Erläuterungen darauf hingewiesen wird, dass innerhalb des Aussetzungszeitraumes von drei Jahren auch für begünstigte Behinderte lediglich die allgemeinen Kündigungsbestimmungen des Arbeitsverfassungsgesetzes gelten, wird offenbar übersehen, dass § 7 b (1) Z 7 ebenso wie § 7 f BEinstG insoweit einen weiterreichenden Kündigungsschutz von behinderten Personen vorsehen, als die Auflösung eines Dienstverhältnisses wegen einer Behinderung, einen eigenen, über den allgemeinen Kündigungsschutz hinausgehenden Anfechtungsgrund darstellen. (Begünstigte) Behinderte werden also auch in der Sistierungsphase einen gegenüber nicht behinderten Arbeitnehmern weiterreichenden Kündigungsschutz haben, wobei diese Rechtslage nicht nur innerstaatlich, sondern auch durch europarechtliche Vorgaben geboten ist.

Die Anhebung der Ausgleichstaxe auf € 226,00 ab 01.01.2011 bzw. auf € 346,00 ab demselben Zeitpunkt für Dienstgeber, die 100 oder mehr Dienstnehmer beschäftigen, ist offenbar auch als Anreiz für die Beschäftigung begünstigter Behinderter gedacht. Allerdings wird wiederum, so wie nach der derzeit geltenden Rechtslage, die Ausgleichstaxe ohne Unterschied mit diesen Beträgen festgesetzt, ob die für die Ausgleichstaxe wesentliche Kopfzahl aus Vollzeit- oder Teilzeitbeschäftigten gebildet wird. Die Festsetzung der Pflichtzahl gem § 4 (2) BEinstG ohne Berücksichtigung des Ausmaßes der Beschäftigung führt mittelbar zu einer Diskriminierung teilzeitbeschäftigter Mitarbeiter, weil Arbeitgebern damit ein Anreiz verschafft wird, vollzeit- statt teilzeitbeschäftigte Mitarbeiter zu beschäftigen. Die Diskriminierung Teilzeitbeschäftigter ist wegen der vorwiegenden Beschäftigung weiblicher Mitarbeiter als mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes anerkannt. Die Fortschreibung dieser Rechtslage mit der nun geplanten Novelle führt also dazu, dass die Berechnung der Pflichtzahl, die nun sogar zur Bezahlung einer höheren Ausgleichstaxe führen soll, als mittelbar diskriminierend und damit europarechtswidrig qualifiziert werden könnte, vor allem auch im Hinblick darauf, dass bei einer Überschreitung der Kopfzahl von 100 die Ausgleichstaxe mit einem deutlich höheren Betrag festgelegt wird. Es ist nicht recht einzusehen, worin die sachliche Rechtfertigung bestehen soll, Arbeitgeber, die mit knapp über 100 Beschäftigten vielleicht nur ein Äquivalent zu 60 bis 70 Vollzeitbeschäftigten schaffen, im Hinblick auf die Höhe der Ausgleichstaxe anders zu behandeln, als Arbeitgeber, die 60 bis 70 Vollzeit- und keine Teilzeitmitarbeiter beschäftigen. Wieder stellt sich nachdrücklich die Frage der sachlichen Rechtfertigung dieser Unterscheidung.

Wien, am 17. November 2010

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. Gerhard Benn-Ibler
Präsident