



Gutachten zu ausgewählten arbeitsrechtlichen Fragestellungen zur Teilhabe von Menschen mit Beeinträchtigungen am Arbeitsmarkt.

PROJEKT:

SOZIALRAUMORIENTIERTE UND INKLUSIVE TEILHABE VON MENSCHEN MIT BEEINTRÄCHTIGUNG IN DER GRENZREGION BAYERN – TIROL

MCI | DIE UNTERNEHMERISCHE HOCHSCHULE®

Department Management & Recht
Philipp Weinkogl, BA MA

MCI - Internationale Hochschule GmbH
Universitätsstraße 15, 6020 Innsbruck, Austria
Tel: +43 512 2070 -3624
Fax: +43 512 2070 -3699
e-mail: philipp.weinkogl@mci.edu
<https://www.mci.edu/de/faculty/philipp.weinkogl>

INNSBRUCK, 28. APRIL 2021

Inhaltsverzeichnis.

I. Vorbemerkungen: Gegenstand und Aufbau des Gutachtens	3
II. Rechtlicher Rahmen von Behinderten im Arbeitsrecht.....	3
A. Rechtlicher Rahmen in Österreich.....	4
1. Begriffsdefinition „Behinderung“	4
a) Behinderungsbegriff des BEinstG	4
b) Beurteilung der Auswirkungen der Funktionsbeeinträchtigung	4
c) Behinderungsbegriff in der RL 2000/78/EG.....	5
2. Begünstigte Behinderte.....	5
a) Begriff des begünstigten Behinderten	5
b) Ausnahmen vom begünstigten Behindertenkreis.....	6
c) Nachweis der begünstigten Behinderteneigenschaft	7
d) Feststellung der begünstigten Behinderteneigenschaft	7
3. Beschäftigungspflicht.....	8
a) Definition der Beschäftigungspflicht.....	8
b) Berechnung der Pflichtzahl	9
c) Anrechnungen auf die Pflichtzahl.....	10
4. Ausgleichstaxe.....	11
a) Funktion und Zweck der Ausgleichstaxe	11
b) Höhe der Ausgleichstaxe	12
5. Prämienvergütungen aus den Mitteln des Ausgleichstaxfonds.....	12
a) Prämien für in Ausbildung stehende begünstigte Behinderte	12
b) Prämien für die Übererfüllung der Beschäftigungspflicht.....	13
c) Prämien für die Gewährung von Arbeitsaufträgen an Behinderteneinrichtungen.....	13
6. Diskriminierungsschutz.....	13
a) Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes	14
b) Unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen	14
c) Einzelne Diskriminierungstatbestände.....	15
d) Geltendmachung von Ansprüchen bei Verletzung des Diskriminierungsverbotes.....	16
7. Besonderer Kündigungsschutz.....	18
a) Zustimmungsverfahren vor dem Behindertenausschuss	18
b) Zustimmungsentscheidung des Behindertenausschusses	19
c) Eintritt der Wirkung des besonderen Kündigungsschutzes	21
d) Rechtsfolgen einer Kündigung ohne Zustimmung	21
B. Rechtlicher Rahmen in Deutschland	22
1. Begriffsdefinition „Behinderung“	22
a) Behinderungsbegriff des dSGB IX	22
b) Körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigung	22
c) Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren	23
d) Sechs-Monats-Grenze	23
e) Regelwidrigkeit des Zustandes.....	23
2. Schwerbehinderte Menschen.....	24
a) Begriff des schwerbehinderten Menschen	24
b) Grad der Behinderung.....	24
c) Festlegung des Grades der Behinderung	25
d) Berechtigte Personen	25
e) Gleichgestellte behinderte Menschen.....	26

3.	Beschäftigungspflicht.....	27
a)	Definition der Beschäftigungspflicht.....	27
b)	Begriff des Arbeitsplatzes	27
c)	Berechnung der Pflichtarbeitsplatzzahl.....	28
d)	Anrechnungen auf die Pflichtarbeitsplatzzahl	29
4.	Ausgleichsabgabe	30
a)	Funktion und Rechtsnatur der Ausgleichsabgabe	30
b)	Verpflichtung zur Zahlung der Ausgleichsabgabe.....	30
c)	Ermittlung der Ausgleichsabgabenhöhe	31
d)	Anrechnungsregel des § 223 dSGB IX.....	32
e)	Verwendung der Ausgleichsabgabe.....	32
5.	Sonderkündigungsschutz	32
a)	Funktionsweise und Zweck des Sonderkündigungsschutzes	32
b)	Gesetzliche Mindestkündigungsfrist.....	33
c)	Antrag auf Zustimmung zur Kündigung	34
d)	Zustimmung und Ermessen des Integrationsamts.....	35
e)	Zustellung der Entscheidung und Kündigungsausspruch	36
f)	Ausnahmen vom Sonderkündigungsschutz	37
g)	Außerordentliche Kündigungen.....	38
h)	Erweiterter Beendigungsschutz.....	39
III.	Empfehlungen zum bestehenden System	40
A.	Nicht rechtsändernde Empfehlung zum bestehenden System.....	40
B.	Rechtsändernde Empfehlungen zum bestehenden System	41
IV.	Literaturverzeichnis	45
V.	Normenverzeichnis	50
VI.	Materialienverzeichnis	52
VII.	Entscheidungsverzeichnis	53

*Im Sinne einer besseren Lesbarkeit des Gutachtens wurde bei personenbezogenen Hauptwörtern nur die männliche Form verwendet. Dies impliziert keinesfalls eine Benachteiligung anderer Geschlechter. Alle Geschlechter sind im Gutachten gleichermaßen angesprochen.

I. Vorbemerkungen: Gegenstand und Aufbau des Gutachtens

Das Gutachten untersucht ausgewählte arbeitsrechtliche Fragestellungen zur Teilhabe von Menschen mit Beeinträchtigungen am Arbeitsmarkt in Österreich und Deutschland. Die Auswahl der Fragestellungen erfolgte auf Basis der Ergebnisse von qualitativen Experteninterviews (n = 34) und einer qualitativen Online-Befragung (n = 51). In den Ergebnissen dieser beiden Untersuchungen stachen, was die Teilhabe von Menschen mit Beeinträchtigungen am Arbeitsmarkt betrifft, besonders die (arbeitsrechtliche) Behinderungs- und Behindertendefinition, die Beschäftigungspflicht, die Ausgleichstaxe bzw –abgabe und der erhöhte Kündigungsschutz ins Auge. Zu diesen Einzelthemen wurden in den Untersuchungsergebnissen ambivalente Ansichten geäußert, die von einer gänzlichen Beseitigung des bestehenden Systems, das durch Beschäftigungspflicht, Ausgleichstaxe bzw –abgabe und erhöhtem Kündigungsschutz gekennzeichnet ist, bis zur stärkeren Sensibilisierung und Aufklärung der Beteiligten reichen.

Im Zuge dieses Gutachtens sollen nun diese ausgewählten arbeitsrechtlichen Fragestellungen durch Erläuterung des Rechtsrahmens für Österreich und Deutschland aufgearbeitet werden und durch Vergleich und Analyse beider Rechtsrahmen Empfehlungen zum bestehenden System erarbeitet werden. Nichtbeabsichtigt ist mit diesem Gutachten, die Beurteilung von in den empirischen Untersuchungen teilweise geschilderten Einzelfällen.

Im Gutachten wird zuerst in Kapitel II. der Rechtsrahmen für Österreich (Kapitel II.A.) und Deutschland (Kapitel II.B.) dargestellt, dabei wird auf den zugrunde gelegten Behinderungsbegriffs (Kapitel II.A.1. und II.B.1.), die begünstigte Behinderten- bzw Schwerbehinderteneigenschaft (Kapitel II.A.2. und II.B.2.), die Beschäftigungspflicht (Kapitel II.A.3. und II.B.3.), die Ausgleichstaxe bzw – abgabe (Kapitel II.A.4. und II.B.4.) und den erhöhten Kündigungsschutz – besonderer Kündigungsschutz in Österreich (Kapitel II.A.7.) und Sonderkündigungsschutz in Deutschland (Kapitel II.B.5.) – näher eingegangen. Daraus werden durch Vergleich und Analyse beider Rechtsrahmen (Kapitel III.) Empfehlungen zum bestehenden System erarbeitet und erläutert. Die Empfehlungen zum bestehenden System sind zum besseren Verständnis in eine nicht rechtsändernde Empfehlung (Kapitel III.A.) und mehrere rechtsändernde Empfehlungen (Kapitel III.B.) unterteilt.

II. Rechtlicher Rahmen von Behinderten im Arbeitsrecht

Sowohl in Deutschland als auch in Österreich finden sich in den Arbeitsrechtsordnungen Schutzbestimmungen, durch die die Rechtsposition von Menschen mit Behinderungen im Arbeitsleben besonders geschützt wird. In beiden Rechtsordnungen ist der Schutz von Behinderten in der Arbeitswelt durch völkerrechtliche Verträge¹ und unionsrechtliche Primär- und Sekundärrechtsakte² beeinflusst bzw. ergänzend.

Zentraler Rechtsakt innerhalb des österreichischen Arbeitsrechts ist das Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG)³, welches allgemeine und besondere Schutzvorschriften zum Schutz von Menschen

¹Wie zB UN-Behindertenrechtskonvention(UN-BRK); für Österreich: Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen öBGBI III 2008/155; für Deutschland: Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen dBGBI II 2008/35; für die Europäische Union: Beschluss 2010/48/EG des Rates vom 26. November 2009 über den Abschluss des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch die Europäische Gemeinschaft, ABI L 2010/23, 35-61.

²Wie etwa im Bereich des Primärrechts: Art 21 Abs 1 oder Art 26 Charta der Grundrechte (GRCh), Art 10 oder Art 19 Abs 1 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV); im Bereich des Sekundärrechts RL 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABI L 2000/303, 16.

³Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG) öBGBI 1970/22 idF öBGBI I 2020/135.

mit Behinderungen normiert.⁴ In der deutschen Rechtsordnung übernimmt diese tragende Rolle das Neunte Buch des Sozialgesetzbuchs (dSGB IX)⁵, wo insbesondere (insb) in den §§ 151 ff dSGB IX Regelungen zur Teilhabe schwerbehinderter Menschen (Schwerbehindertenrecht) zu finden sind.

A. Rechtlicher Rahmen in Österreich

In Österreich enthält das BEinstG arbeitsrechtliche Vorschriften zum Schutz von Menschen mit Behinderungen. Dabei schränkt das BEinstG den Anwendungsbereich einiger dieser Vorschriften auf begünstigte Behinderte ein und schafft folglich zwei Behinderungsbegriffe, die Anknüpfungspunkt für zwei unterschiedliche, aber dennoch überlappende, Rechtsschutzsysteme sind.⁶ Nachstehend soll anhand dieses zweigeteilten Behindertenbegriffs auf die wichtigsten Schutzvorschriften eingegangen werden und eine Erläuterung dieser stattfinden:

1. Begriffsdefinition „Behinderung“

a) Behinderungsbegriff des BEinstG

Eingangs ist auf den eigenständigen Behinderungsbegriff des BEinstG näher einzugehen, da dieser für die Anwendbarkeit der enthaltenen Schutzvorschriften zentral zugrunde gelegt wird.⁷ In § 3 S 1 BEinstG wird als Behinderung „*die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen, die geeignet ist, die Teilhabe am Arbeitsleben zu erschweren*“ verstanden. Als „nicht vorübergehend“ betrachtet der Gesetzgeber nach § 3 S 2 BEinstG einen Zeitraum „*von mehr als voraussichtlich sechs Monaten*“. Diese Definition wurde durch die Gesetzesnovelle öBGBI I 2005/82 an die Definition des Behinderungsbegriffs im Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz (BGStG)⁸ sprachlich angeglichen, inhaltlich aber nicht abgeändert. Bei der Beurteilung, ob eine nicht vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung vorliegt, ist als Beginn, der Eintritt der Behinderung anzusetzen und eine ex-ante Beurteilung aufgrund des aktuellen Gesundheitszustandes vorzunehmen.⁹

b) Beurteilung der Auswirkungen der Funktionsbeeinträchtigung

Die Beurteilung der Auswirkungen der Funktionsbeeinträchtigung selbst, hat nach der Einschätzungsverordnung (EinschätzungsV)¹⁰ zu erfolgen. Gem § 2 Abs 1 S 1 EinschätzungsV ist die Auswirkung der Funktionsbeeinträchtigung als Grad der Behinderung festzustellen. Dabei wird der Grad der Behinderung laut (lt) § 2 Abs 1 S 2 EinschätzungsV „*nach Art und Schwere der Funktionsbeeinträchtigung nach festen Sätzen oder Rahmensätzen*“, die sich in der Anlage zu EinschätzungsV finden, festgelegt. Soweit Auswirkungen von Funktionsbeeinträchtigungen in der Anlage nicht erfasst sind, sieht § 2 Abs 2 EinschätzungsV vor, dass der Grad der Behinderung qua Analogie zu vergleichbaren Funktionsbeeinträchtigungen festzulegen ist. ISv § 2 Abs 3 EinschätzungsV ist der Grad der Behinderung nur in § 10% Schritten festzusetzen, wobei ein um 5% geringerer Grad der Behinderung davon mitumfasst wird. Liegen mehrere Funktionsbeeinträchtigungen vor, ist gem § 3 Abs 1 S 1 EinschätzungsV eine Einschätzung des Gesamtgrades der Behinderung vorzunehmen. Nach S 2 leg cit darf in Ermittlung des Gesamtgrades der Behinderung eine Addition der einzelnen Werte der Funktionsbeeinträchtigungen nicht vorgenommen werden. Ausschlaggebend sind vielmehr die „*Auswirkungen der einzelnen Funktionsbeeinträchtigungen in ihrer Gesamtheit*“, unter Rücksichtnahme auf wechselseitige Beziehungen zueinander.

⁴ Födermayr/Resch, Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht, kollektives Arbeitsrecht⁷ (2020) 25.

⁵Neuntes Buch Sozialgesetzbuch (dSGB IX) dBGBl I 2001/1046 idF dBGBl I 2020/2075.

⁶ Windisch-Graetz, Doppelgleisiger Rechtsschutz für Arbeitnehmer mit Behinderung, ZAS 2018, 150 (152); Potz, Bestandschutz behinderter Arbeitnehmer, ecolx 2009, 466 (466).

⁷ Födermayr/Resch, Arbeitsrecht⁷ 25.

⁸ Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz (BGStG) öBGBI I 2005/82 idF öBGBI I 2018/32.

⁹ Mayr in Neumayr/Reissner/Drs, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 3 BEinstG Rz 3.

¹⁰ Einschätzungsverordnung (EinschätzungsV) öBGBI II 2010/261 idF öBGBI II 2012/251.

Grundlage für die Einschätzung des Grades der Behinderung bildet ein ärztliches Sachverständigen-gutachten über die körperlichen, geistigen, psychischen Funktionsbeeinträchtigungen sowie Beeinträchtigungen der Sinneswahrnehmung (§ 4 Abs 1 S 1 EinschätzungsV). Im erforderlichen Ausmaß können zur ganzheitlichen Beurteilung auch Experten aus anderen Fachbereichen zugezogen werden (§ 4 Abs 1 S 2 EinschätzungsV).

c) *Behinderungsbegriff in der RL 2000/78/EG*

Für den Anwendungsbereich des Unionsrechts ist die in § 3 BEinstG enthaltene nationale Definition, mangels Definition des Behinderungsbegriffs in der RL 2000/78/EG¹¹, richtlinienkonform auszulegen und somit um die Rechtsprechung des EuGH, der diesbezüglich ein Auslegungsmonopol (Art 19 Abs 1 EUV¹²) hat, zu ergänzen.¹³ In der Rs *Chacón Navas* hat der EuGH in diesem Zusammenhang (idZ) methodisch festgehalten, dass der Begriff der Behinderung als Begriff des Unionsrechts autonom und einheitlich auszulegen und unter Berücksichtigung des Zusammenhangs der Vorschrift und des mit der Vorschrift verfolgten Ziels zu interpretieren ist.¹⁴ Dem folgend erfasst der Begriff der Behinderung in RL 2000/78/EG Einschränkungen, die „insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen“ sind, „ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben“ bilden und wahrscheinlich von langer Dauer sein werden.¹⁵

Nach der Ratifikation der UN-Behindertenrechtskonvention durch die Union modifizierte der EuGH diese Begriffsdefinition in der Rs *HK Danmark*^{16,17}. Als Behinderung ist nach der Rs *HK Danmark* eine Einschränkung zu verstehen, „die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern [können] kann“ und von langer Dauer ist.¹⁸ Durch diese Modifikation können auch heilbare sowie unheilbare Krankheiten unter den Behinderungsbegriff der RL 2000/78/EG fallen, falls die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt sind.¹⁹ Zur Begründung hebt der EuGH hervor, dass der sekundärrechtliche Behinderungsbegriff nicht nur Behinderungen erfassen will, die angeboren sind oder einem Unfall entspringen, sondern auch gegenüber Behinderungen, die durch eine Krankheit ausgelöst sind, offensteht, um eine Ungleichbehandlung durch Differenzierung je nach Ursache der Behinderung zu vermeiden.²⁰ Unerheblich für den Behinderungsbegriff iSd RL 2000/78/EG ist, in welchem Ausmaß zum Auftreten einer Behinderung vom Betroffenen allenfalls beigetragen wurde.²¹

2. Begünstigte Behinderte

a) *Begriff des begünstigten Behinderten*

Neben dem allgemeinen Behinderungsbegriff ist für die Anwendbarkeit einzelner Schutzvorschriften des BEinstG zusätzlich die Einstufung als begünstigter Behinderter erforderlich. Nach § 2 Abs 1 BEinstG sind begünstigte Behinderte österreichische Staatsbürger mit einem Grad der Behinderung von mindestens 50%. Österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt sind gemäß (gem) § 2 Abs 1 Z 1 BEinstG Unionsbürger, EWR-Staatsbürger, Staatsbürger der Schweizerischen Eidgenossenschaft sowie Familienghörige dieser vier Gruppen, die selbst nicht Staatsbürger einer der

¹¹ EuGH C-13/05, *Chacón Navas*, ECLI:EU:C:2006:456, Rn 39.

¹² Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Europäische Union, ABI C 2016/202, 13, berichtigt durch ABI C 2017/59, 1 und ABI C 2017/400, 1.

¹³ *Windisch-Graetz*, ZAS 2018, 150 (152).

¹⁴ EuGH C-13/05, *Chacón Navas*, ECLI:EU:C:2006:456, Rn 40.

¹⁵ EuGH C-13/05, *Chacón Navas*, ECLI:EU:C:2006:456, Rn 43 und 45.

¹⁶ EuGH C-335/11 und C-337/11, *HK Danmark*, ECLI:EU:C:2013:222.

¹⁷ *Laimer/Wieser*, EuGH: Anpassung des Behinderungsbegriffs und Teilzeitarbeit als verhältnismäßige Vorkehrungsmaßnahme, RdW 2013, 398 (400).

¹⁸ EuGH C-335/11 und C-337/11, *HK Danmark*, ECLI:EU:C:2013:222, Rn 38 und 41.

¹⁹ EuGH C-335/11 und C-337/11, *HK Danmark*, ECLI:EU:C:2013:222, Rn 41.

²⁰ EuGH C-335/11 und C-337/11, *HK Danmark*, ECLI:EU:C:2013:222, Rn 40.

²¹ *Windisch-Graetz*, ZAS 2018, 150 (153).

genannten Gruppen sind.²² Als Familienangehörige gelten nach den Materialien „Ehegatten, eingetragene Partner, Verwandte und Verwandte der Ehegatten oder eingetragenen Partner in gerader absteigender Linie, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder denen Unterhalt gewährt wird“. Weiters zählen zum Kreis der Familienangehörigen „Verwandte und Verwandte der Ehegatten oder eingetragenen Partner in gerader aufsteigender Linie, sofern ihnen Unterhalt gewährt wird“.²³

Lt § 2 Abs 1 Z 2 BEinstG sind Personen, denen Flüchtlingseigenschaft iSd Genfer Flüchtlingskonvention²⁴ zuerkannt worden ist, solange diese zum dauernden Aufenthalt berechtigt sind, österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Ein befristeter Aufenthaltstitel ist gem §§ 8, 12 und 13 AsylG 2005²⁵ für die Gewährung der begünstigten Behinderteneigenschaft nicht ausreichend.²⁶ In Abs 1 Z 3 leg cit werden daneben auch noch Drittstaatsangehörige, die sich berechtigt im österreichischen Hoheitsgebiet aufhalten und berechtigt einer Beschäftigung nachgehen, insoweit diese hinsichtlich den Bedingungen einer Entlassung nach EU-Recht²⁷ österreichischen Staatsbürgern gleichzustellen sind, gleichgestellt.²⁸ In der Praxis wird diesem Tatbestand ein Großteil der Personen unterfallen, die aufgrund von einem Assoziierungsabkommen und dem darin enthaltenen arbeits- und sozialrechtlichen Diskriminierungsverbot gegenüber Staatsangehörigen gleichgestellt sind, soweit diese Art 3 Abs 1 lit b und c der RL 2011/98/EU unterliegen. Beispielhaft können die Assoziierungsabkommen mit der Türkei, den Maghreb-Staaten, Albanien oder Mazedonien genannt werden.²⁹

b) Ausnahmen vom begünstigten Behindertenkreis

Vom Kreis der begünstigten Behinderten nicht erfasst, sind behinderte Personen, die sich in Schul- oder Berufsausbildung befinden (lit a), das 65. Lebensjahr überschritten haben und sich nicht mehr in Beschäftigung befinden (lit b), die dauernd erwerbs- oder berufsunfähig sind und nicht in Beschäftigung stehen (lit c) oder „nicht in einem aufrechten sozialversicherungspflichtigen Dienstverhältnis stehen und infolge des Ausmaßes ihrer Funktionsbeeinträchtigungen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auch auf einem geschützten Arbeitsplatz oder in einem Integrativen Betrieb“ nicht imstande sind (lit d) (§ 2 Abs 2 BEinstG). Auch ausgenommen vom BEinstG sind nach Judikatur (Jud) des OGH, mangels Arbeitsverhältnis (AV), Tätigkeiten von behinderten Personen, die in Gestalt von Hilfe durch geschützte Arbeit ausgeübt werden. Der OGH lehnt bei diesen Tätigkeiten, die vorwiegend zu Zwecken der Erziehung und Behandlung erbracht oder aus religiösen, karikativen und sozialen Motiven des Leistenden erfolgen, trotz Weisungsunterworfenheit sowie Bindung an einen festgelegten Arbeitsort und an eine vorgegebene Arbeitszeit, ein AV ab.³⁰ In der Literatur (Lit) wird diese Rechtsprechung von einem Teil der Lehre³¹ kritisch gesehen, da auf subjektive Motive abgestellt wird und der Diskriminierungsschutz zu wenig stark Berücksichtigung findet. IdZ ist auch fraglich, inwiefern diese

²² Vgl dazu Art 24 der RL 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABI L 2004/158, 77, geändert durch ABI L 2011/141, 1.

²³ ErläutRV 981 BlgNR 24. GP 178.

²⁴ Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (Genfer Flüchtlingskonvention) öBGBI 1955/25 i d F öBGBI 1974/78.

²⁵ Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 2005 - AsylG 2005) öBGBI I 2005/100 i d F öBGBI I 2020/146.

²⁶ Mayr in Neumayr/Reissner/Drs, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 2 BEinstG Rz 1.

²⁷ Vgl dazu RL 2011/98/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über ein einheitliches Verfahren zur Beantragung einer kombinierten Erlaubnis für Drittstaatsangehörige, sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufzuhalten und zu arbeiten, sowie über ein gemeinsames Bündel von Rechten für Drittstaatsarbeitnehmer, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, ABI L 2011/343, 1.

²⁸ ErläutRV 2163 BlgNR 24. GP 8.

²⁹ Mayr in Neumayr/Reissner/Drs³ § 2 BEinstG Rz 2.

³⁰ OGH 18.02.2010, 8 Ob A 48/09f; OGH 29.10.2009, 9 Ob A 105/09w.

³¹ ZB Kietaibl/Reiner, Kein Arbeitsrecht am zweiten und dritten Arbeitsmarkt? DRdA 2011, 526; Resch, Wirtschaftliches Eigeninteresse und Arbeitnehmerbegriff, ZAS 2011, 19.

Rechtsprechung nicht auch in Widerspruch zum Kriterium eines „aufrechten sozialversicherungspflichtigen Dienstverhältnis“ in § 2 Abs 2 lit d BEinstG steht, das mit der Nov öBGBI I 2010/211 dort Einzug gehalten hat.³²

c) *Nachweis der begünstigten Behinderteneigenschaft*

Allein das tatsächliche Vorliegen der genannten Voraussetzungen ist für die Zugehörigkeit zum Kreis der begünstigten Behinderten nicht ausreichend. Gem § 14 Abs 1 BEinstG gilt für die Zugehörigkeit zum Kreis der begünstigten Behinderten die letzte rechtskräftige Entscheidung über die Einschätzung des Grades der Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) von mindestens 50% als Nachweis. Der nachgewiesene Grad der MdE gilt idZ zugleich auch als Feststellung des Grades der Behinderung. Als Nachweis kommen nach § 14 Abs 1 BEinstG in Betracht ein Bescheid des Sozialministeriumsservice (SMS) (lit a), ein Bescheid eines Trägers der gesetzlichen Unfallversicherung bzw. ein Urteil eines nach dem Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz (ASGG)³³ zuständigen Gerichts (lit b), eine Amtsbescheinigung gem § 4 Opferfürsorgegesetz (OFG)³⁴ (lit c) oder ein Bescheid einer für die Vollziehung der landesgesetzlichen Unfallfürsorge zuständigen Stelle (lit d). Ebenfalls als Nachweis iSd § 14 Abs 1 BEinstG angesehen werden rechtskräftige Rentenbescheide nach dem Kriegsoferversorgungsgesetz 1957 (KOVG)³⁵, dem OFG und dem Heeresversorgungsgesetz (HVG)³⁶, da bei Rentenverfahren nach diesen Normen vergleichbare Einschätzungen getroffen werden.³⁷ Der Behindertenpass gem § 40 Bundesbehindertengesetz (BBG)³⁸ gilt allerdings nicht als Nachweis für die Zugehörigkeit zum begünstigten Behindertenkreis.³⁹ Bei all diesen Nachweisen erlischt die Zugehörigkeit zum Kreis der begünstigten Behinderten mit Ablauf des dritten Monats, soweit nicht innerhalb dieser Frist eine Erklärung der betroffenen Person erfolgt, weiterhin zum begünstigten Behindertenkreis gehören zu wollen. Dadurch verhindert der Gesetzgeber ein Aufzwingen der begünstigten Behinderteneigenschaft beim Betroffenen, zumal diese von diesem uU subjektiv als stigmatisierend empfunden werden kann.⁴⁰

d) *Feststellung der begünstigten Behinderteneigenschaft*

Insoweit ein derartiger Nachweis iSd § 14 Abs 1 BEinstG nicht vorliegt, erfolgt auf Antrag einer Person mit Behinderung vom für den Wohnsitz des Betroffenen zuständigen SMS nach § 3 Z 3 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG)⁴¹, unter Mitwirkung von ärztlichen Sachverständigen, eine Einschätzung des Grades der Behinderung und bei Hinzutritt der sonstigen Voraussetzungen nach § 2 Abs 1 BEinstG die Feststellung der begünstigten Behinderteneigenschaft sowie des Grades der Behinderung (§ 14 Abs 2 BEinstG). Seit Erlass der EinschätzungsV durch den Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (§ 14 Abs 1 BEinstG) und deren Inkrafttreten mit 1. 9. 2010 hat die Beurteilung des Behinderungsgrades anhand dieser Verordnung zu erfolgen.⁴² Für inhaltliche Ausführungen zur Beurteilung des Behinderungsgrades anhand der Einschätzungsverordnung kann auf die Ausführungen in Kapitel II.A.1 verwiesen werden. Im Feststellungsverfahren über die begünstigte Behinderteneigenschaft ist gem § 14 Abs 2 S 2 BEinstG die Bestimmung des § 90 KOVG auf die eingesetzten ärztlichen Sachverständigen anzuwenden. Eine Parteistellung kommt im Feststellungsverfahren nur dem begünstigten Behinderten zu, da das Recht dem begünstigten Behindertenkreis

³² Mayr in *Neumayr/Reissner/Drs*³ § 2 BEinstG Rz 6.

³³ Bundesgesetz vom 7. März 1985 über die Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit (Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz – ASGG) öBGBI I 1985/104 idF öBGBI I 2021/21.

³⁴ Bundesgesetz vom 4. Juli 1947 über die Fürsorge für die Opfer des Kampfes um ein freies, demokratisches Österreich und die Opfer politischer Verfolgung (Opferfürsorgegesetz) öBGBI 1947/183 idF öBGBI I 2020/135.

³⁵ Kriegsoferversorgungsgesetz 1957 öBGBI 1957/152 idF öBGBI I 2020/135.

³⁶ Bundesgesetz vom 5. Feber 1964 über die Versorgung der den Präsenzdienst leistenden Wehrpflichtigen und ihrer Hinterbliebenen (Heeresversorgungsgesetz - HVG) öBGBI 1964/27 idF öBGBI I 2015/162.

³⁷ ErläutRV 730 BlgNR 13. GP 9.

³⁸ Bundesgesetz vom 17. Mai 1990 über die Beratung, Betreuung und besondere Hilfe für behinderte Menschen (Bundesbehindertengesetz – BBG) öBGBI 1990/283 idF öBGBI I 2018/100.

³⁹ VwGH 26.01.2017, Ro 2014/11/0054.

⁴⁰ *Windisch-Graetz*, ZAS 2018, 150 (150).

⁴¹ Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 öBGBI 1991/51 idF öBGBI I 2018/58.

⁴² *Mayr in Neumayr/Reissner/Drs*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 14 BEinstG Rz 3.

anzugehören, ein subjektiv-öffentliches Recht des Behinderten ist. Für Arbeitgeber (AG) wird eine Parteistellung im Feststellungsverfahren, mangels subjektiv-öffentlichem Recht, abgelehnt.⁴³ Nach § 14 Abs 6 BEinstG hat ein Antragsteller (ASt) im Feststellungsverfahren aktiv mitzuwirken, was vom Gesetzgeber verneint wird, wenn schriftlichen Aufforderungen zum Erscheinen zu einer zumutbaren ärztlichen Untersuchung ohne triftigen Grund nicht Folge geleistet wird oder für die Verfahrensdurchführung unerlässliche Angaben verweigert werden. Mangelnde aktive Mitwirkung iSd Abs 6 leg cit kann zur Verfahrenseinstellung oder zum Ausspruch des Erlöschens der Zugehörigkeit zum begünstigten Behindertenkreis führen.

Im Verhältnis zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Österreich wird die in einem Staat festgestellte Behinderteneigenschaft auf Basis eines Staatsvertrages aus 1964⁴⁴ im anderen Staat wechselseitig anerkannt, wodurch ein Feststellung nach § 14 Abs 2 BEinstG bei deutschen Staatsangehörigen in Österreich nicht notwendig ist (vgl insb Art 16, Art 19 Abs 2 leg cit).⁴⁵ IdZ nicht zureichend ist der Nachweis einer Behinderung von 40%, verbunden mit einem deutschen Gleichstellungsbescheid nach § 2 Abs 3 dSGB IX, da der tatsächliche Behinderungsgrad nicht erhöht wird.⁴⁶

Generell sind bei ASt aus einem anderen EU-Mitgliedsstaat zusätzlich noch die Vorgaben des Art 44 VO (EG) 883/2004⁴⁷ und des Art 49 VO (EG) 987/2009⁴⁸ zu beachten, was bedeutet, dass im Antragsmitgliedstaat in der Feststellung des Behinderungsgrades von anderen EU-Mitgliedstaaten erhaltene „ärztliche[n] Unterlagen und Berichte sowie [die] verwaltungsmäßige[n] Auskünfte“ (Art 49 Abs 2 VO (EG) 987/2009) zu berücksichtigen sind. Allerdings kann das österreichische SMS dennoch, bei Vorliegen einer vergleichbaren Bescheinigung aus einem anderen Mitgliedstaat (Heimatstaat), eine ärztliche Untersuchung durch einen ausgewählten Arzt, zur Überprüfung der Voraussetzung einer Behinderung bei ausländischen Betroffenen anordnen. Wird auf eine ärztliche Untersuchung jedoch verzichtet, sind vergleichbare Bescheinigungen durch das SMS anzuerkennen.⁴⁹

Die Wirksamkeit der Begünstigung iSd BEinstG wird bei Zutreffen der Voraussetzungen nach diesem Bundesgesetz, frühesten aber mit dem „Tag des Einlangens des Antrages beim Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen“ begründet (§ 14 Abs 2 S 3 BEinstG). Wird der Antrag allerdings unverzüglich nach Eintritt der Behinderung gestellt, tritt die Wirkung schon mit dem Ersten des Monats, in welchem der Antrag eingelangt ist, ein (§ 14 Abs 2 S 4 BEinstG). Die Wirkung der Zugehörigkeit zum begünstigten Behindertenkreis erlischt mit Ablauf des Monats, welcher auf die Zustellung der Entscheidung folgt, durch welche der Wegfall der Zugehörigkeitsvoraussetzung rechtskräftig ausgesprochen wird (§ 14 Abs 2 letzter Satz BEinstG). Ein Wegfall der Zugehörigkeit zum Kreis der begünstigten Behinderten kann auch dadurch bewirkt werden, dass es durch eine Verbesserung des Gesundheitszustandes sowie durch eine Nachuntersuchung zu einer rechtmäßigen Aberkennung kommt.⁵⁰

3. Beschäftigungspflicht

a) Definition der Beschäftigungspflicht

In § 1 Abs 1 S 1 BEinstG ist für alle AG, die im Bundesgebiet 25 oder mehr Arbeitnehmer (AN) beschäftigten, eine Verpflichtung vorgesehen, auf je 25 AN mindestens einen begünstigten Behinderten einzustellen. Maßgebend für die Beurteilung der AG-Eigenschaft nach dieser Bestimmung ist das

⁴³ VfGH 30.09.2011, 2009/11/0009; VfGH 13.12.1988, B 639/87.

⁴⁴ Vertrag zwischen der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland über Kriegsopferversorgung und Beschäftigung Schwerbeschädigter öBGBI 1964/218.

⁴⁵ Mayr, Gilt das Behinderteneinstellungsgesetz für ausländische Arbeitnehmer? RdW 1999, 535.

⁴⁶ Mayr in Neumayr/Reissner/Drs³ § 14 BEinstG Rz 4; OGH 30.03.2011, 9 Ob A 52/10b.

⁴⁷ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Text von Bedeutung für den EWR und die Schweiz), ABI L 2004/166, 1, geändert durch ABI L 2019/186, 21.

⁴⁸ Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Text von Bedeutung für den EWR und die Schweiz), ABI L 2009/284, 1, geändert durch ABI C 2020/259, 9.

⁴⁹ Mayr in Neumayr/Reissner/Drs³ § 14 BEinstG Rz 5.

⁵⁰ VfGH 20.11.2012, 2011/11/0118.

Arbeitsvertragsrecht und nicht das Sozialversicherungsrecht.⁵¹ Im Arbeitsvertragsrecht selbst findet sich im Gegensatz zum Sozialversicherungsrecht, wo § 35 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG)⁵² den Dienstgeberbegriff einer Legaldefinition unterzieht, keine gesetzliche Definition.⁵³ Daher kann an dieser Stelle lediglich auf § 51 Abs 1 ASGG referenziert werden, indem AG und AN als *alle Personen, die zueinander in einem privat- oder öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis, in einem Lehr- oder sonstigen Ausbildungsverhältnis stehen oder gestanden sind*, bezeichnet werden. Das Vorliegen eines Betriebs iSd § 34 Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG)⁵⁴ oder einer gleichgestellten Arbeitsstätte nach § 35 ArbVG spielt in der Beurteilung der AG-Eigenschaft keine Rolle, da der AG-Begriff davon unabhängig beurteilt wird.⁵⁵

b) Berechnung der Pflichtzahl

Für die Berechnung der Pflichtzahl ist in einem ersten Schritt die Gesamtbeschäftigtenzahl eines AG im österreichischen Bundesgebiet nach § 4 Abs 2 BEinstG festzustellen. Dabei sind einem AG alle AN iSd § 4 Abs 1 BEinstG zuzuschlagen, wobei gem § 4 Abs 3 BEinstG begünstigte Behinderte und Inhaber von Amtsbescheinigungen oder Opferausweisen nicht miteinzubeziehen sind. Als AN iSd § 4 Abs 1 BEinstG gelten *„Personen, die in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt werden“* (lit a), *„Personen, die zum Zwecke der vorgeschriebenen Ausbildung für den künftigen, eine abgeschlossene Hochschulbildung erfordernden Beruf nach Abschluß dieser Hochschulbildung beschäftigt [sind] werden“* (lit b) sowie Heimarbeiter (lit c).

In lit a leg cit wurde der Dienstnehmerbegriff aus dem § 4 Abs 2 ASVG übernommen, wodurch in der Beurteilung AN-Eigenschaft, anders als im Arbeitsvertragsrecht, sowohl auf die wirtschaftliche als auch auf die persönliche Abhängigkeit abzustellen ist. Wirtschaftliche Abhängigkeit findet nach der Jud des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) *„im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel“* ihren Ausdruck.⁵⁶ Persönliche Abhängigkeit wird vom VwGH anhand des arbeitsvertragsrechtlichen Begriffsverständnisses festgestellt. Zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung werden *„als Ausdruck der weit gehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung“*, als unterscheidungskräftige Kriterien *„seine Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht“* herangezogen.⁵⁷ Bei kumulativen Vorliegen der unterscheidungskräftigen Kriterien wird die persönliche Abhängigkeit durch *„das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie zB die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeitsleistung)“* nicht ausgeschlossen.⁵⁸ Kann anhand der unterscheidungskräftigen Kriterien im Einzelfall keine abschließende Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit erfolgen, so sind *„im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung“* auch an sich nicht unterscheidungskräftige Kriterien bedeutend.⁵⁹ Schlussendlich ist die Beschäftigung anhand der genannten Kriterien einer Analyse zu unterziehen, in der auch auf die vertragliche Gestaltung der Beschäftigung Rücksicht zu nehmen ist, wobei ausschlaggebend bleibt, *„wie die in Aussicht genommene Beschäftigung konkret ausgeübt wird“*.⁶⁰ Für entgeltliche Geschäfte nimmt der VwGH an, dass

⁵¹ Widy in Behinderteneinstellungsgesetz⁸ (2016) § 1 267.

⁵² Bundesgesetz vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG) öBGBI 1955/189 idF öBGBI I 2021/22.

⁵³ Rauch, Pflichtzahl und Erfüllung der Beschäftigungspflicht nach dem BEinstG, ASok 2012, 104 (104).

⁵⁴ Bundesgesetz vom 14. Dezember 1973 betreffend die Arbeitsverfassung (Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG) öBGBI 1974/22 idF öBGBI I 2020/170.

⁵⁵ Rauch, ASok 2012, 104 (104).

⁵⁶ ZB VwGH 26.05.2004, 2001/08/0027.

⁵⁷ ZB VwGH 10.12.1986, 83/08/0200.

⁵⁸ ZB VwGH 21.02.2001, 96/08/0028.

⁵⁹ Insb VwGH 10.12.1986, 83/08/0200.

⁶⁰ VwGH 11.12.1990, 88/08/0269.

bei Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit auch zwangsläufig die wirtschaftliche Abhängigkeit als Folge der persönlichen Abhängigkeit begründet wird.⁶¹

Weder Beschäftigungsmaß noch Höhe des Entgelts sind für die Beurteilung der AN-Eigenschaft von Bedeutung, weshalb auch Teilzeitbeschäftigte und geringfügig Beschäftigte iSd § 5 Abs 2 ASVG (Geringfügigkeitsgrenze 2021: monatliche Entgelt von 475,86 €⁶²) in § 4 Abs 1 lit a BEinstG mitzuzählen sind.⁶³ Wiederum nicht mitzuzählen in § 4 Abs 1 lit a BEinstG sind Lehrlinge, diese sind aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung ausgenommen, und freie Dienstnehmer. Beide Gruppen werden trotz Vollversicherung nach § 4 Abs 1 Z 2 ASVG und § 4 Abs 4 ASVG nicht miteinberechnet. Auch unberücksichtigt bleiben AN mit Wochengeldbezug sowie AN mit alleinigem Krankengeldbezug.⁶⁴ Leih-AN die im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung überlassen werden, sind nicht dem Beschäftigungsunternehmen, sondern dem Überlassungsunternehmen zuzuschlagen.⁶⁵ Bei schwankendem Beschäftigungsstand ist iSd § 16 Abs 2 BEinstG der Beschäftigtenstand eines AG am jeweiligen Stichtag, nämlich dem Monatsersten, ausschlaggebend.⁶⁶

Um die Berechnung der Pflichtzahl abzuschließend, ist in einem zweiten Schritt, die errechnete Gesamtbeschäftigtenzahl durch 25 zu dividieren, was im Ergebnis die zu erfüllende Pflichtzahl ergibt.

c) *Anrechnungen auf die Pflichtzahl*

Für die Feststellung, inwieweit die Beschäftigungspflicht durch den einzelnen AG erfüllt wird, ist nach § 5 BEinstG eine Anrechnung bestimmter beschäftigter Personen vorzunehmen. Gem § 5 Abs 1 BEinstG sind auf die Pflichtzahl, die in Abs 1 leg cit genannten Personen anzurechnen, soweit diese vom AG eingestellt werden und beim AG beschäftigt sind sowie vom AG lt § 7 BEinstG entlohnt werden.⁶⁷ § 7 BEinstG sieht vor, dass das Entgelt, welches einem beschäftigten begünstigten Behinderten gebührt, nicht aus dem Grund der Behinderung gemindert werden darf. In § 5 Abs 1 BEinstG werden genannt: Begünstigte Beschäftigte, die bereits beim AG beschäftigt sind, begünstigte Personen nach § 2 Abs 3 BEinstG und AG, die die Voraussetzungen nach § 2 Abs 1 BEinstG erfüllen. Als begünstigte Beschäftigte, die bereits beim AG beschäftigt sind, werden an dieser Stelle auch Lehrlinge, auf welche die begünstigte Behinderteneigenschaft iSd § 2 Abs 1 BEinstG zutrifft, angerechnet.⁶⁸

Abweichend von § 5 Abs 1 BEinstG sieht Abs 2 leg cit vor, dass bestimmte beschäftigte begünstigte Personen „mit dem Doppelten ihrer Zahl“ auf die Pflichtzahl angerechnet werden. Nach Abs 2 leg cit doppelt angerechnet werden: Blinde (lit a), begünstigte Behinderte vor Vollendung des 19. Lebensjahres und darüber hinaus für die Dauer eines Ausbildungsverhältnisses (lit b und lit c), begünstigte Behinderte nach Vollendung des 50. Lebensjahres, soweit und solange der Behinderungsgrad mindestens 70% beträgt (lit d), begünstigte Behinderte nach Vollendung des 55. Lebensjahres (lit e) und begünstigte Behinderte, die auf den Gebrauch eines Krankenfahrstuhles angewiesen sind (lit f). Inhaber von Amtsbescheinigungen oder Opferausweisen nach § 4 OFG werden nach § 5 Abs 3 BEinstG vor Vollendung des 19. Lebensjahres und nach Vollendung des 55. Lebensjahres doppelt angerechnet.

⁶¹ VwGH 26.05.2004, 2001/08/0027.

⁶² Kundmachung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz über die Aufwertung und Anpassung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, dem Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz, dem Bauern-Sozialversicherungsgesetz, dem Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz sowie dem Bundespflegegeldgesetz für das Kalenderjahr 2021 öBGBI II 2020/576.

⁶³ VwGH 30.04.2014, 2013/11/0220.

⁶⁴ VwGH 01.03.1988, 87/09/0158; VwGH 18.10.1990, 90/09/0075.

⁶⁵ Mayr in *Neumayr/Reissner/Dr.*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 4 BEinstG Rz 2.

⁶⁶ VwGH 25.08.1998, 98/11/0052.

⁶⁷ Mayr in *Neumayr/Reissner/Dr.*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 5 BEinstG Rz 1.

⁶⁸ Rauch, ASok 2012, 104 (108).

4. Ausgleichstaxe

Wird nach Vornahme der Anrechnung nach § 5 BEinstG, die in der Pflichtzahl Ausdruck findende Beschäftigungspflicht nur teilweise oder gar nicht erfüllt, ist dem AG gem § 9 Abs 1 BEinstG die Entrichtung einer Ausgleichstaxe alljährlich für das abgelaufene Kalenderjahr mittels Bescheid vorzuschreiben. Für die Vorschreibung der Ausgleichstaxe örtlich und sachlich zuständige Behörde ist lt § 3 Z 2 AVG das SMS, in dessen Zuständigkeitsbereich der ausgleichstaxenpflichtige AG seinen Sitz hat.

a) Funktion und Zweck der Ausgleichstaxe

Durch die Ausgleichstaxe sollen jene wirtschaftlichen Vorteile, die mit Nichtvornahme der Pflichteinstellung von begünstigten Behinderten dem verpflichteten AG regelmäßig entstehen, ausgeglichen werden.⁶⁹ Als wirtschaftliche Vorteile werden in der Lit verminderte Krankenstände, ersparte Zusatzurlaube, eingesparte Ausstattungskosten des Arbeitsplatzes udgl angeführt.⁷⁰ Nichtsdestotrotz darf die Ausgleichstaxe weder als Steuer noch als Verwaltungsstrafe angesehen werden, sondern nur als Ausgleich für die unterbliebene Einstellung begünstigter Behinderter bei überschrittener Pflichtzahl betrachtet werden. Straf- und abgabenrechtliche Bestimmungen über Verjährungen können daher nicht zur Anwendung gebracht werden.⁷¹

Unbeachtlich für die Entrichtung der Ausgleichstaxe ist, aus welchen Gründen die Beschäftigungspflicht vom AG nicht erfüllt wurde.⁷² Folglich ist die Ausgleichstaxe nicht nur dann zu entrichten, wenn der einstellungsverpflichtete AG nach seinem subjektiven Willen die Verpflichtung zur Beschäftigung nicht erfüllt, sondern auch in jenen Konstellationen, in denen objektiv die Beschäftigungspflicht im gesetzlichen Ausmaß nicht erfüllt werden kann.⁷³ Objektiv kann die Beschäftigungspflicht im geforderten Ausmaß nicht erfüllt werden, soweit es dem AG tatsächlich und rechtlich unmöglich ist, begünstigte Behinderte gem der Pflichtzahl zu beschäftigen.⁷⁴ Beispielhaft dafür wäre etwa wenn aufgrund der Eigenart des Betriebs nur körperlich voll einsatzfähige Personen eingestellt werden können⁷⁵ oder die Entfernung zwischen dem Wohnort des Behinderten und des Betriebs des AG zu groß ist.⁷⁶ Außerdem nicht leistungsbefreiend wirken intensive Bemühungen durch den AG in Kooperation mit dem AMS und diversen Organisationen (zB Lebenshilfe, Diakonie usw), die letztlich nicht zum gewünschten Erfolg führen, da nur die tatsächliche Beschäftigung begünstigter Behinderter leistungsbefreiend wirkt.⁷⁷ Verfassungsrechtlich bestehen gegen diese Regelung keine Bedenken, da durch die Verpflichtung zur Entrichtung der Ausgleichstaxe weder eine Verletzung des verfassungsmäßig gewährleisteten Eigentumsrechts noch ein Widerspruch zum verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz aufgezeigt werden vermag.⁷⁸ Unionsrechtlich ist das Regelungskonzept des BEinstG (§§ 1 Abs 1, 4 und 9 Abs 2 leg cit) auch nicht geeignet eine Verletzung der Dienstleistungs- oder Warenverkehrsfreiheit zu verwirklichen, da nicht jede nationalstaatliche Regelung, durch die „im Ergebnis höhere Kosten bzw. eine ungünstigere Kostenstruktur für innerstaatlich wirtschaftstreibende Unternehmen im Vergleich zu den in anderen Mitgliedstaaten ansässigen und im Ausland wirtschaftlich tätigen Konkurrenzunternehmen“ bewirkt werden, deren Verletzung nach sich zieht. Auch kann darin eine diskriminierende Konzeption nicht erkannt werden, weil jeder AG, der im Inland AN beschäftigt, erfasst wird und keine Schlechterstellung von im EWR-Raum tätigen AG im Verhältnis gegenüber österreichischen AG verwirklicht wird.⁷⁹

⁶⁹ VfGH 13.06.1983, B549/79, B310/81, B311/81, B312/81, B515/82.

⁷⁰ Widy in Behinderteneinstellungsgesetz⁸ (2016) § 9 588.

⁷¹ VwGH 16.05.1995, 95/08/0051.

⁷² Mayr in Neumayr/Reissner/Drs, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 9 BEinstG Rz 1.

⁷³ Widy in Widy⁸ § 9, 588.

⁷⁴ VwGH 28.06.2001, 2001/11/0150.

⁷⁵ VwGH 02.04.2014, 2011/11/0010; VwGH 16.06.2014, 2013/11/0149.

⁷⁶ Widy in Widy⁸ § 9, 588.

⁷⁷ BVwG 19.02.2015, L518 2014538-1.

⁷⁸ VfGH 22.03.1962, B236/61; VfGH 13.06.1983, B549/79, B310/81, B311/81, B312/81, B515/82.

⁷⁹ VwGH 16.06.2014, 2013/11/0149.

b) *Höhe der Ausgleichstaxe*

Für das Kalenderjahr 2021 beträgt die Höhe der zu entrichtenden Ausgleichstaxe für jede einzelne Person, die vom AG zu beschäftigen wäre, für AG mit 25 bis 99 AN monatlich € 271,-, für AG mit 100 bis 399 AN monatlich € 381,- und für AG mit 400 oder mehr AN monatlich € 404,-.⁸⁰ Aus den unterschiedlichen Größenklassen ist erkennbar, dass mit der Gesetzesnovelle öBGBI I 2010/111, durch die gestaffelte Anpassung der Ausgleichstaxe, ein vierstufiges System geschaffen wurde, das auf der Grundannahme beruht, dass bei einer Durchschnittsbetrachtung AG mit mehr AN „aufgrund der größeren Vielfalt unterschiedlicher Arbeitsplätze besser in der Lage sein werden, Menschen unterschiedlichster Behinderungsformen auf adäquaten Arbeitsplätzen zu beschäftigen“.⁸¹ Alle diese Beträge werden gem § 9 Abs 2 BEinstG mit 1. 1. jedes Jahres mit dem im Bereich des ASVG festgesetzten Anpassungsfaktors vervielfacht. Dadurch wird eine Sicherung der Ausgleichstaxenbeträge gegen einen künftigen Wertverfall erreicht.⁸²

5. **Prämiengewährungen aus den Mitteln des Ausgleichstaxfonds**

a) *Prämien für in Ausbildung stehende begünstigte Behinderte*

Gem § 9a Abs 1 BEinstG erhalten AG aus den Mitteln des Ausgleichstaxfonds (ATF) für jeden beschäftigten begünstigten Behinderten, der in Ausbildung steht, eine Prämie in der Höhe der lt § 9 Abs 2 S 1 BEinstG festgesetzten Ausgleichstaxe. Durch diese Prämie sollen all jene AG begünstigt werden, die eine Ausbildung von begünstigte Behinderten ermöglichen. Aus den Erläuterungen geht hervor, dass durch die Prämiengewährung das Berufsangebot für behinderte Jugendliche erweitert werden soll und somit auf die Ausbildung dieser Person ein besonderes Augenmerk arbeitgeberseitig gelegt wird.⁸³

Zu den in Ausbildung stehenden begünstigten Behinderten werden nach § 9a Abs 1 BEinstG nicht nur Personen iSd § 2 Abs 3 BEinstG gezählt, sondern auch in Sonderverträgen gem Berufsausbildungsgesetz (BAG)⁸⁴ stehende auszubildende begünstigte Behinderte, soweit diese über einen Arbeitsvertrag verfügen, der Vollversicherung unterliegen und am Ende der Ausbildung als Ziel der Ausbildung die Lehrabschlussprüfung absolvieren.⁸⁵

Die bei Beschäftigung von begünstigten behinderten Auszubildenden zustehende Prämie ist lt § 9a Abs 1 aE BEinstG in Höhe der Ausgleichstaxe für AG mit 25 bis 99 AN (§ 9 Abs 2 S 1 BEinstG) zu gewähren. Die Staffelung im eingeführten vierstufigen System bleibt in Bezug auf die Prämienhöhe außer Ansatz, da die Prämie eine spezifisch für die Ausbildung abgeleitete Unterstützungsleistung ist, die unabhängig von der Betriebsgröße gewährt wird.⁸⁶ Im Kalenderjahr 2021 wäre für jeden in Ausbildung stehenden begünstigten Behinderten eine Ausgleichstaxe in der Höhe von monatlich € 271,- zu veranschlagen. Soweit Forderungen des ATF gegen den zum Empfang der Prämie berechtigten AG bestehen, ist die Prämie auf diese Forderungen gem § 9a Abs 3 BEinstG anzurechnen.

⁸⁰ Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz über die Feststellung der Ausgleichstaxe nach dem Behinderteneinstellungsgesetz für das Kalenderjahr 2021 öBGBI II 2020/572.

⁸¹ ErläutRV 981 BlgNR 24. GP 179.

⁸² *Widy* in *Widy*⁸ § 9, 596.

⁸³ ErläutRV 1104 BlgNR 15. GP 12.

⁸⁴ Bundesgesetz vom 26. März 1969 über die Berufsausbildung von Lehrlingen (Berufsausbildungsgesetz – BAG) öBGBI 1969/142 idF öBGBI I 2021/60.

⁸⁵ *Mayr* in *Neumayr/Reissner/Drs*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 9a BEinstG Rz 2.

⁸⁶ *Widy* in *Behinderteneinstellungsgesetz*⁸ (2016) § 9a 600.

b) Prämien für die Übererfüllung der Beschäftigungspflicht

Hingegen weggefallen ist die Prämiengewährung für die Übererfüllung der Beschäftigungspflicht, für die Gewährung von Arbeitsaufträgen an Behinderteneinrichtungen und für nicht einstellungspflichtige AG bei Beschäftigung von begünstigten Behinderten.⁸⁷ Bis zur Gesetzesnovelle öBGBI I 1999/17 wurde an AG, die die gesetzliche Beschäftigungspflicht übererfüllt haben, also über die Pflichtzahl hinausgehend begünstigte Behinderte eingestellt haben, eine Prämie aus den Mitteln des ATF ausbezahlt.⁸⁸ Lt Regierungsvorlage (RV) zur erwähnten Novelle war die Effizienz dieser Leistung, die einen nicht unbeträchtlichen Teil der Mittel des ATF ausmachte, zu diesem Zeitpunkt umstritten und es wurde im Zusammenhang mit (iZm) dieser Leistung von einer Leistungsgewährung iSd wenig effizienten „Gießkannenprinzips“ gesprochen.⁸⁹ Zur Begründung stützte man sich auf eine Studie des „Instituts für Berufs- und Erwachsenenbildungsforschung“, in der festgestellt wurde, dass die Gewährung der Prämie keinen wirklichen Anreiz zur Beeinflussung des Einstellungsverhaltens der AG bildet. Vielmehr stellte die gewährte Prämie nur einen Mitnahmeeffekt dar. Die durch den Entfall der Prämie freiwerdenden Mittel sollen für gezieltere Maßnahmen, etwa für Einzelförderungen zur Integration behinderter Menschen in den offenen Arbeitsmarkt, als auch für einen flächendeckenden Ausbau der Arbeitsassistenten genutzt werden.⁹⁰

c) Prämien für die Gewährung von Arbeitsaufträgen an Behinderteneinrichtungen

Die Prämie für die Gewährung von Arbeitsaufträgen an Behinderteneinrichtungen ist durch die Gesetzesnovelle öBGBI I 2002/150 entfallen. Bis zu dieser Novelle wurde an AG, „die im Rahmen ihrer Unternehmenstätigkeit Arbeitsaufträge an Einrichtungen erteil[t]en“, in welchen überwiegend Behinderte mit einem Behinderungsgrad von mindestens 50% beschäftigt waren, Prämien in Höhe von 15% „des Rechnungsbetrages der Arbeitsaufträge (abzüglich der Umsatzsteuer und der Skontobeträge)“ aus den Mitteln des ATF gewährt.⁹¹ Lt RV erforderte die Abwicklung der Prämiengewährung in solchen Fällen einen beträchtlichen administrativen Aufwand, sowohl von den ASt als auch von den Bundessozialämtern. Darüber hinaus kamen Auftraggeber erst bis zu 18 Monate nach Auftragsvergabe in den Genuss der Prämie, weil die Prämiengewährung zusammen mit einer allfälligen Vorschreibung der Ausgleichstaxe, die regelmäßig am Ende des 2. Quartals des jeweiligen Folgejahres vorgenommen wurde, erfolgte.⁹²

Abschließend entfallen ist auch jene Prämie⁹³, welche an AG gewährt wurde, die nicht einstellungspflichtig waren und trotzdem begünstigte Behinderte beschäftigt haben.⁹⁴

6. Diskriminierungsschutz

In den §§ 7a ff BEinstG wird ein umfassendes Diskriminierungsverbot zum Schutz von Behinderten im Bereich der Arbeitswelt normiert (§ 7a Abs 1 BEinstG). Hintergrund dieses umfassenden Diskriminierungsverbots zum Schutz von Behinderten im Bereich der Arbeitswelt ist die Umsetzung der RL 2000/78/EG im BEinstG im Jahr 2005.⁹⁵ Neben der RL-Umsetzung im BEinstG entschied sich der österreichische Gesetzgeber für eine noch darüber hinausreichende Umsetzung und verankert in § 2 Abs 2 BGStG das Diskriminierungsverbot auch für „Rechtsverhältnisse einschließlich deren Anbahnung und Begründung sowie für die Inanspruchnahme oder Geltendmachung von Leistungen außerhalb eines Rechtsverhältnisses, soweit es jeweils um den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen geht, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, und die unmittelbare

⁸⁷ Widy in Behinderteneinstellungsgesetz⁸ (2016) Geschichte § 9a 225.

⁸⁸ Vgl dazu § 9a Abs 1 BEinstG idF vor öBGBI 1999/17.

⁸⁹ ErläutRV 1518 BlgNR 20. GP 9.

⁹⁰ ErläutRV 1518 BlgNR 20. GP 13.

⁹¹ Vgl dazu § 9a Abs 2 BEinstG idF vor öBGBI I 2002/150.

⁹² ErläutRV 1142 BlgNR 21. GP 7.

⁹³ Vgl dazu § 9a Abs 1 S 2 BEinstG idF öBGBI 1985/567.

⁹⁴ Widy in Widy⁸ Geschichte § 9a, 225.

⁹⁵ ErläutRV 836 BlgNR 22. GP 1.

Regelungskompetenz des Bundes gegeben ist“. Anlass zu einer so weitreichenden Umsetzung bestand unionsrechtlich allerdings nicht.⁹⁶

a) *Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes*

Als zum Bereich der Arbeitswelt zählend werden in § 7a Abs 1 BEinstG nachfolgend aufgezählt: Auf privatrechtlichem Vertrag beruhende AV aller Art (Z 1), alle Formen und alle Ebenen der Berufsberatung, der Berufsausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung (Z 2), Mitgliedschaften und Mitwirkungen in Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen oder Organisationen, deren Mitglieder bestimmten Berufsgruppen zugehören (Z 3) und Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens sowie Aufnahme oder Ausweitung jeglicher anderer Art von selbstständiger Tätigkeit (Z 4). Für die in Z 2 bis Z 4 leg cit angeführten Bereiche („sonstige Arbeitswelt“⁹⁷) wird der Geltungsbereich des Diskriminierungsschutzes nach dem BEinstG durch den Umstand eingeschränkt, dass diese nur erfasst sind, soweit diese in die Regelungskompetenz des Bundes fallen. Unter auf privatrechtlichem Vertrag beruhende AV aller Art in § 7a Abs 1 Z 1 BEinstG werden AV iSd § 1151 Abs 1 1 HS Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)⁹⁸ verstanden, die durch eine vertragliche Verpflichtung der betroffenen Person zur Leistung von Diensten in persönlicher Abhängigkeit auf gewisse Zeit gekennzeichnet sind.⁹⁹ Maßgeblich ist daher, ob die betroffene Person Dienste fremdbestimmt, also insb im Rahmen einer Weisungsbindung im Hinblick auf Arbeitszeit, Arbeitsort und des arbeitsbezogenen Verhaltens erbringt.¹⁰⁰ Dieser AN-Begriff in den §§ 7a ff BEinstG ist folglich abzugrenzen vom AN-Begriff in § 4 BEinstG, der sich nicht an der arbeitsrechtlichen Definition orientiert, sondern an der sozialversicherungsrechtlichen Begriffsdefinition anknüpft.¹⁰¹ IdZ unbeachtlich ist, inwieweit der AN als Arbeiter oder Angestellte tätig ist, welches Arbeitszeitausmaß vereinbart wurde, inwiefern ein befristetes oder unbefristetes AV gegeben ist oder ob Entgeltlichkeit vorliegt oder nicht.¹⁰² Für das Diskriminierungsverbot auch als AV gewertet werden alle Lehrverhältnisse.¹⁰³ Außer Ansatz bleibt bei der Beurteilung das Ausmaß einer Behinderung, weil es nur darauf ankommt, ob eine Behinderung als Grund für eine erfolgte Diskriminierung glaubhaft gemacht werden kann. Ärztliche Begutachtungen zur Feststellung des Behinderungsgrades sind anlässlich eines Schlichtungsbegehrens mangels Erforderlichkeit nicht durchzuführen.¹⁰⁴

b) *Unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen*

Vom Diskriminierungsverbot gem § 7b Abs 1 BEinstG umfasst sind unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen, die aufgrund einer Behinderung iZm einem AV sowie in der sonstigen Arbeitswelt erfolgen. Eine unmittelbare Diskriminierung ist nach § 7c Abs 1 BEinstG immer dann gegeben, wenn „eine Person auf Grund einer Behinderung in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“. Eine mittelbare Diskriminierung wird gem § 7c Abs 2 BEinstG bewirkt, wenn „dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sowie Merkmale gestalteter Lebensbereiche Menschen mit Behinderungen gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sowie Merkmale gestalteter Lebensbereiche sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich“.

⁹⁶ Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 7a BEinstG Rz 1 (Stand 1. 1. 2009, rdb.at).

⁹⁷ Auer-Mayer in Widy, Behinderteneinstellungsgesetz⁹ (2016) § 7a 366.

⁹⁸ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie JGS 1811/946 idF öBGBI I 2020/148.

⁹⁹ Auer-Mayer in Widy⁸ § 7a, 367.

¹⁰⁰ Rebhahn in Neumayr/Reissner/Drs, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 1151 ABGB 80 ff.

¹⁰¹ Auer-Mayer in Widy⁸ § 7a, 366.

¹⁰² Auer-Mayer in Widy⁸ § 7a, 367.

¹⁰³ ErläutRV 836 BlgNR 22. GP 13.

¹⁰⁴ Auer-Mayer in Widy⁸ § 7a, 366.

c) Einzelne Diskriminierungstatbestände

Als Ausdruck dieses generalklauselartig formulierten Diskriminierungsverbots werden in den Z 1 bis 7 leg cit einzelne Diskriminierungstatbestände demonstrativ aufgezählt. Die einzelnen Diskriminierungstatbestände reichen von Diskriminierungen bei der Begründung des AV (Z 1), der Festsetzung des Entgelts (Z 2), der Gewährung freiwilliger Sozialleistungen ohne Engeltcharakter (Z 3), den sonstigen Arbeitsbedingungen (Z 6), der Beendigung des AV (Z 7) über Diskriminierungen bei Berufsberatung, Berufsausbildung, beruflichen Weiterbildung und Umschulungen außerhalb eines AV (Z 8) bis zu Diskriminierungen bei Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens sowie der Aufnahme oder Ausweitung jeglicher anderen Art von selbständiger Tätigkeit (Z 10). Ausgehend von dieser demonstrativen Aufzählung könnte man auf die Idee kommen, dass die Zuordnung eines Diskriminierungsfalls zu einem einzelnen Diskriminierungstatbestand unbeachtlich ist. Eine solche Annahme wäre aber fehlgeleitet, weil die Zuordnung zum richtigen Diskriminierungstatbestand maßgeblich für die Rechtsfolgen einer festgestellten Diskriminierung sowie die Fristen zu deren Geltendmachung ist. §§ 7e ff BEinstG normieren jeweils unterschiedliche Rechtsfolgen und unterschiedliche Fristen zu Geltendmachung abhängig vom Diskriminierungstatbestand.¹⁰⁵

Zur Illustration der Funktionsweise dieser Tatbestände werden nachfolgenden zwei Diskriminierungstatbestände (Z 1 bis Z 10 leg cit) mit besonderer Praxisrelevanz herausgegriffen und kurz genauer erläutert:

Begründung des AV (Z 1): Als Begründung werden an dieser Stelle alle Vorgänge verstanden, die iZm dem Zustandekommen eines Vertragsverhältnisses stehen.¹⁰⁶ Diskriminierungen können folglich nicht nur bei der tatsächlichen Einstellungsentscheidung, sondern auch im Rahmen der Stellenausschreibung, eines stattfindenden Vorstellungsgesprächs oder auch durch Äußerungen bzw Verhaltensweisen vor oder nach einer Stellenausschreibung sowie durch Aussagen vor einer Bewerbung erfolgen.¹⁰⁷ Es wird also der gesamte Prozess, der mit der Kontaktaufnahme mit dem Bewerber beginnt und mit der abschließenden Entscheidung über einen Vertragsabschluss endet, erfasst.¹⁰⁸ Keinen Einfluss auf die Beurteilung hat, ob bei diskriminierungsfreier Vorgehensweise die betroffene Person die Stelle tatsächlich bekommen hätte.¹⁰⁹ Ist nun ein AV infolge einer Verletzung des Diskriminierungsverbots (iSd § 7b Abs 1 Z 1 BEinstG) nicht begründet worden, ordnet § 7e Abs 1 BEinstG an, dass der AG dem Stellenwerber zum Ersatz des Vermögensschadens sowie zur Entschädigung der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung verpflichtet ist. Soweit der Stellenwerber bei diskriminierungsfreier Auswahl die Stelle erhalten hätte, beträgt der Ersatzanspruch gem § 7e Abs 1 Z 1 BEinstG mindestens zwei Monatsentgelte. Gelingt es dem AG aber nachzuweisen, dass der Schaden des Stellenwerbers durch die Diskriminierung alleine in der Verweigerung der Berücksichtigung seiner Bewerbung besteht, ist der Ersatzanspruch nach § 7e Abs 1 Z 2 BEinstG auf bis zu € 500,- zu begrenzen. Beide genannten Beträge bilden in gewisser Hinsicht die Unter- und Obergrenze für den Ersatz materieller und immaterieller Schäden innerhalb der Fallgruppe.¹¹⁰ Als Rechtsfolge nicht ableitbar ist allerdings ein Erfüllungsanspruch, der auf Einstellung des Betroffenen abzielt.¹¹¹ Diese Ansicht ist auch mit dem Unionsrecht im Einklang, da die Wahl zwischen mehreren wirksamen Sanktionen in der Freiheit der Mitgliedsstaaten belassen wurde.¹¹²

¹⁰⁵ Auer-Mayer in Widy, Behinderteneinstellungsgesetz⁸ (2016) §7b 367.

¹⁰⁶ Auer-Mayer in Widy⁸ §7b, 378.

¹⁰⁷ Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 3 GIBG Rz 11 ff (Stand 1. 1. 2009, rdb.at).

¹⁰⁸ Körber-Risak in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht. System und Praxiskommentar³⁶ (2020) Das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) und die Antidiskriminierungsbestimmungen des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinst) Rz 97.

¹⁰⁹ Auer-Mayer in Widy⁸ §7b, 379.

¹¹⁰ OGH 02.04.2009, 8 Ob A 8/09y.

¹¹¹ OGH 07.02.2008, 9 Ob A 161/07b.

¹¹² EuGH 14/83, *Von Colson und Kamann / Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1984:153, Rn 18 f; EuGH 79/83, *Harz/Deutsche Tradax*, ECLI:EU:C:1984:155, Rn 18 f.

Beendigung des AV (Z 7): Dieser Diskriminierungstatbestand kann zweifelsohne als in praxi wohl bedeutsamster Tatbestand beschrieben werden. Nach stRsp des EuGH und auch des OGH ist der Beendigungsbegriff - in den einschlägigen unionsrechtlichen Grundlagen¹¹³ wird idZ wortwörtlich von „Entlassungsbedingungen“ gesprochen – weit auszulegen und umfasst sämtliche Beendigungsarten eines AV (beispielsweise (bspw) Kündigung, Entlassung, Auflösung in der Probezeit oder Nichtverlängerung eines befristeten AV).¹¹⁴ Besondere Relevanz kommt bei diesem Diskriminierungstatbestand dem Verbot von mittelbaren Diskriminierungen zu, da von AG bei der Beendigung als Gründe der Beendigung etwa auf Leistungseinschränkungen, Arbeitsunfähigkeiten¹¹⁵ oder lange Krankenstände¹¹⁶ referenziert wird, die zwar nicht ausschließlich nur Personen mit Behinderungen betreffen, allerdings für diese besonders benachteiligend sein können. Es ist daher für eine mittelbare Diskriminierung ausreichend, wenn Maßnahmen objektiv geeignet sind, Menschen mit Behinderungen in besonderer Weise zu benachteiligen. In solchen Konstellation ist sodann immer auch zu prüfen, inwieweit die Beendigung im Einzelfall sachlich gerechtfertigt werden kann, weil sachlich ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen im Sinne des Diskriminierungsverbots jedenfalls unzulässig sind.¹¹⁷ Zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung ist im konkreten Fall zu prüfen, ob ein rechtmäßiges Ziel verfolgt wird und das eingesetzte Mittel zur Erreichung des Zieles geeignet, erforderlich und angemessen ist (§ 7c Abs 2 aE BEinstG)^{118,119} Wird nun ein AV unter Verletzung des Diskriminierungsverbots iSd § 7b Abs 1 Z 7 BEinstG beendet, sieht § 7f Abs 1 BEinstG abhängig von der gewählten Beendigungsart und der konkreten Fallkonstellation mehrerlei Rechtsfolgen vor. Wurde das AV „wegen einer Behinderung des Dienstnehmers oder wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen“ nach dem BEinstG gekündigt, vorzeitig beendet oder ein Probearbeitsverhältnis aus genannten Gründen aufgelöst, kann die Kündigung, Entlassung oder Auflösung des Probearbeitsverhältnisses, unter Beachtung der Kautelen des § 7k BEinstG, bei Gericht angefochten werden (7f Abs 1 S 1 BEinstG). Bestand hingegen mit dem AN ein befristetes AV, das auf Umwandlung in ein unbefristetes AV angelegt war, kann vom AN, unter den Voraussetzungen des § 7k BEinstG, auf Feststellung eines unbefristeten Bestehens des AV geklagt werden, wenn ein solches AV „wegen einer Behinderung des Dienstnehmers oder wegen der nicht offenbar unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen“ nach dem BEinstG durch Zeitablauf beendet wurde (7f Abs 1 S 2 BEinstG). Entscheidet sich der betroffene AN allerdings dafür, die Beendigung des AV gegen sich gelten zu lassen (Wahlrecht!), kann der betroffene AN einen Ersatz des Vermögensschadens und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung beanspruchen (§ 7f Abs 1 S 3 BEinstG).

d) *Geltendmachung von Ansprüchen bei Verletzung des Diskriminierungsverbotes*

Wird nun das umfassende Diskriminierungsverbot in den §§ 7a ff BEinstG verletzt, sind für die Geltendmachung von Ansprüche nach den §§ 7e bis 7i BEinstG¹²⁰ die Kautelen des § 7k BEinstG zu berücksichtigen. Voraussetzung für eine etwaige Geltendmachung von Ansprüchen bei den ordentlichen Gerichten ist, dass ein Schlichtungsverfahren beim SMS iSd §§ 14 ff BGStG zuvor in derselben Sache durchgeführt worden ist und nicht längstens innerhalb von 3 Monaten ab Einleitung des Schlichtungsverfahrens eine gütliche Einigung erzielt wurde (§ 7k Abs 1 S 1 BEinstG). Die Schlichtungsdauer von 3 Monaten verkürzt sich auf einen Monat, soweit eine Beendigung eines AV durch Kündigung oder Entlassung vorliegt. Dadurch soll dem besonderen Interesse von AG und AN an

¹¹³ insb RL 2000/78/EG, aber auch RL 2000/43/EG oder RL 2006/54/EG.

¹¹⁴ Als Beispiele für das weite Begriffsverständnis: EuGH C-421/92, *Habermann-Beltermann / Arbeiterwohlfahrt*, ECLI:EU:C:1994:187, Rn 15; OGH 29.09.2015, 8 Ob A 62/15y.

¹¹⁵ Etwa OGH 21.02.2013, 9 Ob A 127/12k.

¹¹⁶ Etwa EuGH C-335/11 und C-337/11, *HK Danmark*, ECLI:EU:C:2013:222, Rn 75 f; OGH 29.04.2014, 9 Ob A 165/13z.

¹¹⁷ *Auer-Mayer* in *Widy*⁸ §7b, 386.

¹¹⁸ § 7c Abs 2 aE BEinstG schreibt folglich im Einzelfall eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor.

¹¹⁹ *Auer-Mayer*, 14 Kündigung wegen langer Krankheit – Diskriminierungsverbot und Verpflichtung zu „angemessenen Maßnahmen“, DRdA 2015, 109 (112).

¹²⁰ Beispiele sind der Anspruch auf Schadenersatz nach § 7e Abs 1 BEinstG bzw nach § 7f Abs 1 S 3 BEinstG oder der Anspruch auf Feststellung des unbefristeten Bestehens des AV nach § 7f Abs 1 S 2 BEinstG.

einer raschen Klärung der Frage des aufrechten Bestandes eines AV und allfälliger Rückabwicklungsfragen Rechnung getragen werden.¹²¹ Aus teleologischen Erwägungen wird diese verkürzte Schlichtungsdauer ebenso für die anderen in § 7f BEinstG erwähnten Arten einer diskriminierende Beendigung eines AV gelten müssen, gleichwohl nur die Beendigungsarten Kündigung und Entlassung ausdrücklich im Normtext genannt werden.¹²² Anders wird sich die Rechtslage hingegen darstellen, wenn der diskriminierte AN bei diskriminierender Beendigung vom Wahlrecht Gebrauch macht und sich auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen beschränkt. Dann besteht kein besonderes Interesse an einer raschen Klärung der Frage des aufrechten Bestandes eines AV und allfälliger Rückabwicklungsfragen, womit es bei der längeren Frist von drei Monaten bleibt.¹²³ Da die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens Zulässigkeitsvoraussetzung für die Klageeinbringung bei Gericht ist, werden Klagebegehren ohne vorgeschaltetes Schlichtungsverfahren zurückgewiesen.¹²⁴ Zur Bezeugung der Durchführung des vorgeschalteten Schlichtungsverfahrens ist gem § 7k Abs 1 S 2 BEinstG dem Klagebegehren des Klägers eine Bestätigung des SMS über die Nichterreichung einer gütlichen Einigung anzuschließen. Die Bestätigung ist nach § 7k Abs 4 S 3 BEinstG auf Antrag oder bei nicht mehr zu erwartender Einigung nach Ablauf der Frist amtswegig auszustellen. Das Fehlen einer solchen Bestätigung führt zwar nicht zur Zurückweisung der Klage, hat allerdings einen Auftrag zur Verbesserung, der dem Kläger vom Gericht zu erteilen ist, zur Folge.¹²⁵ Durch die Einleitung des Schlichtungsverfahrens werden gem § 7k Abs 4 Z 1 BEinstG die Fristen zur gerichtlichen Geltendmachung nach § 7k Abs 2 BEinstG gehemmt. Wieder beendet wird die Fristenhemmung lt § 7k Abs 4 Z 2 BEinstG durch die Zustellung der Bestätigung des SMS an die betroffene Person, dass durch die Schlichtung keine gütliche Einigung erzielt werden konnte. Inwieweit diese Fristenhemmung als Fortlaufs- oder Ablaufshemmung konzipiert ist, lässt der Normtext offen, wobei sich auch aus der Lit aufgrund der unterschiedlichsten Ansichten keine unstrittige Auffassung ergibt.¹²⁶

Bringt das Schlichtungsverfahren nun keine gütliche Einigung hervor, kann von der betroffenen Person eine gerichtliche Geltendmachung erfolgen. Die gerichtliche Geltendmachung muss in Fällen nach § 7e BEinstG innerhalb von sechs Monate ab Zugang der Ablehnung der Bewerbung (§ 7k Abs 2 Z 1 BEinstG), in Fällen von Anfechtungen oder Feststellungsklagen nach § 7f Abs 1 BEinstG ab Zugang der Kündigung, Entlassung, Auflösung des Probeverhältnisses oder Beendigung eines befristeten AV durch Zeitablauf innerhalb von 14 Tagen (§ 7k Abs 2 Z 2 BEinstG) und in Fällen der Geltendmachung von Ansprüchen nach § 7f Abs 1 S 3 BEinstG (Wahlrecht auf Schadenersatz!) ab Zugang der Kündigung, Entlassung, Auflösung des Probeverhältnisses oder Beendigung eines befristeten AV durch Zeitablauf innerhalb von sechs Monaten (§ 7k Abs 2 Z 3 BEinstG) erfolgen. Zu allen diesen Fristen muss an dieser Stelle allerdings festgehalten werden, dass von der Lit die Unionsrechtskonformität dieser Fristen im Hinblick auf den unionsrechtlichen Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz, abhängig von der einzelnen Frist, mal mehr mal weniger stark bezweifelt wird.¹²⁷ Endgültig muss gem § 7k Abs 5 BEinstG der betroffenen Person nach Zustellung der Bestätigung des SMS im Fall einer Kündigung oder Entlassung – an dieser Stelle ist wieder teleologisch erweiternd, unter Mitberücksichtigung der anderen in § 7f BEinstG erwähnten Arten einer diskriminierenden Beendigung eines AV, auszulegen – jedenfalls eine Frist von 14 Tagen und in allen anderen Fällen zumindest eine Frist von drei Monaten zur Erhebung der Klage offen bleiben.¹²⁸ Fälle der Ausübung des Wahlrechts iSd § 7f Abs 1 S 3 BEinstG, die zur Beschränkung auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen führen, sind wiederum der längeren Dreimonatsfrist zuzuordnen.¹²⁹

¹²¹ ErläutRV 836 BlgNR 22. GP 15.

¹²² Potz, *ecolex* 2009, 466 (467).

¹²³ *Schrattbauer* in *Widy*, *Behinderteneinstellungsgesetz*² (2016) § 7k 448.

¹²⁴ Potz, *ecolex* 2009, 466 (467).

¹²⁵ *Schrattbauer* in *Widy*³ § 7k, 448.

¹²⁶ Für Fortlaufhemmung *Hopf/Mayr/Eichinger*, *GIBG* (2009) § 7k BEinstG Rz 6 (Stand 1. 1. 2009, rdb.at); für Ablaufhemmung *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner/Drs*, *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*² (2018) § 15 GIBG Rz 5.

¹²⁷ MwN insb *Schrattbauer* in *Widy*³ § 7k, 454 f.

¹²⁸ *Schrattbauer* in *Widy*³ § 7k, 449 f.

¹²⁹ *Schrattbauer* in *Widy*³ § 7k, 450.

7. Besonderer Kündigungsschutz

Neben dem umfassenden Diskriminierungsschutz in den §§ 7a ff BEinstG ist im § 8 BEinstG ein besonderer Kündigungsschutz zugunsten von begünstigten Behinderten geregelt. § 8 Abs 1 S 1 BEinstG sieht prinzipiell einmal vor, dass ein AV mit einem begünstigten Behinderten vom AG nur unter Einhaltung einer Frist von vier Wochen gekündigt werden kann, falls keine längere Kündigungsfrist einzuhalten ist. Ist im Rahmen des AV ein Probearbeitsverhältnis vereinbart, kann dieses nach § 2 leg cit während des ersten Monats von beiden Teilen jederzeit aufgelöst werden.

a) *Zustimmungsverfahren vor dem Behindertenausschuss*

Nach § 8 Abs 2 S 1 BEinstG darf eine Kündigung gegenüber dem begünstigten Behinderten durch den AG nur ausgesprochen werden, wenn der bei den Landesstellen des SMS angesiedelte Behindertenausschuss¹³⁰, „nach Anhörung des Betriebsrates, der Behindertenvertrauensperson (Stellvertreter) oder der Personalvertretung im Sinne des Bundes-Personalvertretungsgesetzes bzw. der entsprechenden landesgesetzlichen Vorschriften“, zugestimmt hat. Vor Einleitung eines solchen Verfahrens ist der AG gem § 12 Abs 1 S 2 BEinstG verpflichtet, „den Betriebsrat bzw. die Personalvertretung und die Behindertenvertrauensperson“ von der beabsichtigten Kündigung zu verständigen, damit dieser/diese innerhalb einer Woche eine Stellungnahme hierzu abgeben kann. Kommt der AG dieser Verpflichtung nicht nach, sieht die einschlägige Bestimmung und das BEinstG als Ganzes keine Sanktion das Unterlassen im Normtext vor. In Lehre und Jud wird daher angenommen, dass der Verletzung dieser Verpflichtung im weiteren Verlauf des Kündigungsverfahrens keinerlei Relevanz zukommt, weil vom Gesetzgeber festgehalten hätte werden müssen, wenn etwa die Verständigung eine Zulassungsvoraussetzung für einen Antrag auf Zustimmung zur Kündigung bilden hätte sollen.¹³¹ Dem begünstigten behinderten AN kommt in diesem Verwaltungsverfahren Parteistellung zu (§ 8 Abs 2 S 2 BEinstG).¹³² Auf das Verfahren vor dem Behindertenausschuss bei der örtlich zuständigen Landesstelle des SMS, das durch Antrag des kündigenden AG einzuleiten ist, gelangen die Bestimmungen des AVG zur Anwendung.¹³³ In der Antragstellung selbst ist der AG an keine bestimmte Form gebunden, soweit sich die genauen Personalien des begünstigten Behinderten sowie die Kündigungsgründe dem Antrag inhaltlich entnehmen lassen. Allgemeine Werturteile und unsachliche Angaben sind im Antrag möglichst zu vermeiden¹³⁴ Die Entscheidung des Behindertenausschusses ergeht mittels (schriftlichen) Bescheid. Gegen den Bescheid des Behindertenausschusses kann binnen zwei Wochen eine Berufung beim örtlich zuständigen SMS eingebracht werden. Über die Berufung hat das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) zu entscheiden.¹³⁵

Die Zustimmung des Behindertenausschusses ist ausschließlich bei AG-Kündigungen erforderlich, alle anderen Beendigungsarten, wie etwa einvernehmliche Auflösungen oder Entlassungen, unterfallen nicht dem Zustimmungserfordernis durch den Behindertenausschuss.¹³⁶ Erfolgt die Kündigung ohne Erteilung der Zustimmung durch den Behindertenausschuss ist diese rechtsunwirksam. In Ausnahmefällen kann durch den Behindertenausschuss nachträglich die Zustimmung erteilt werden (§ 8 Abs 2 S 3 BEinstG). Nach der Textierung des § 8 Abs 2 S 5 BEinstG liegt ein solcher Ausnahmefall jedenfalls vor, wenn dem AG zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung nicht bekannt war und auch nicht bekannt sein musste, dass der gekündigte AN dem begünstigten Behindertenpersonenkreis iSd § 2 BEinstG zugehörig ist. Vom Gesetzgeber explizit ausgeschlossen wird die Möglichkeit der Erteilung einer nachträglichen Zustimmung durch den Behindertenausschuss dann, wenn

¹³⁰ Vgl zur Einrichtung des Behindertenausschusses den Normtext der §§ 12 f BEinstG.

¹³¹ Vgl die Stellungnahme des OGH zum Ministerialentwurf: 1 Präs. 1623-5368/10p; siehe für die Jud: BVwG 06.07.2015, W133 2002227-1; siehe für die Lehre: Widy in Behinderteneinstellungsgesetz² (2016) § 8 505 f.

¹³² Selbstverständlich auch Parteistellung hat in diesem Verfahren der AG als ASt.

¹³³ Mayr in Neumayr/Reissner/Drs, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht² (2018) § 8 BEinstG Rz 10.

¹³⁴ Widy in Widy² § 8, 504 f.

¹³⁵ Mayr in Neumayr/Reissner/Drs³ § 8 BEinstG Rz 10.

¹³⁶ Mayr in Neumayr/Reissner/Drs³ § 8 BEinstG Rz 9; für Entlassung bspw OGH 26.08.1958, 4 Ob 79/58.

die Angehörigkeit zum Kreis der begünstigten Behinderten Folge eines Arbeitsunfalls iSd § 175 f ASVG ist.

b) *Zustimmungsentscheidung des Behindertenausschusses*

Bei der Entscheidung über die Erteilung einer Zustimmung zur Kündigung hat der Behindertenausschuss gem § 8 Abs 3 BEinstG die besondere Schutzbedürftigkeit des begünstigten Behinderten mitzuberücksichtigen und unter Rücksichtnahme auf § 6 BEinstG zu erwägen, inwieweit ein Verlust des Arbeitsplatzes dem AN zumutbar ist.¹³⁷ Damit normiert der Gesetzgeber eine Interessensabwägung, in der zu überlegen ist, ob eher dem AG die Aufrechterhaltung des AV zugemutet werden kann oder die Kündigung des AV dem begünstigten Behinderten eher zumutbar ist. Durch den Verweis auf § 6 BEinstG in § 8 Abs 3 BEinstG wird man in dieser Abwägung auch zu berücksichtigen haben, dass aufgrund der besonderen Fürsorgepflicht des AG lt § 6 BEinstG, die Kündigung nur als letztes Mittel nach Ausnutzung der Möglichkeiten gem § 6 BEinstG in Frage kommt.¹³⁸

Um das behördliche freie Ermessen im Zuge dieser Interessenabwägung stärker zu determinieren, wurden in § 8 Abs 4 BEinstG durch die Gesetzesnovelle öBGBI I 1999/17 nach Kritik in Lehre und Rechtsprechung einzelne Kündigungstatbestände demonstrativ aufgezählt, die bei Vorliegen von den Behörden jedenfalls in der freien Ermessenentscheidung mitzuberücksichtigen sind.¹³⁹ Diese sollen der Erhöhung der Rechtssicherheit dienen und gleichzeitig verdeutlichen, dass begünstigte Behinderte zwar einem besonderen - auch erhöhtem – Kündigungsschutz unterfallen, nichtsdestotrotz aber nicht praktisch unkündbar sind.¹⁴⁰ In der beispielhaften Aufzählung des § 8 Abs 4 BEinstG werden nachstehend genannte Tatbestände als Kündigungstatbestände genannt:

Entfall des Tätigkeitsbereichs des begünstigten Behinderten (lit a)

Unter § 8 Abs 4 lit a BEinstG ist eine Fortsetzung des AV mit einem begünstigter Behinderten dann nicht zumutbar, wenn der Tätigkeitsbereich des begünstigten Behinderten wegfällt und vom AG nachgewiesen wird, dass eine Weiterbeschäftigung des begünstigten Behinderten an einem anderen geeigneten Arbeitsplatz trotz Zustimmung ohne erheblichen Schaden unmöglich ist. Fälle, die vom Tatbestand des Wegfalls des Tätigkeitsbereichs erfasst werden, sind etwa eine dauernde Einstellung oder Einschränkung des Betriebes, die Stilllegung einzelner Betriebsabteilungen sowie Reorganisations- und Umstrukturierungsmaßnahmen.¹⁴¹ Dabei ist weder das Vorliegen des Kündigungsgrunds in der Person des zu kündigenden begünstigten Behinderten noch ein mögliches Verschulden des zu kündigenden begünstigten Behinderten maßgeblich, da rein sachliche, im Betrieb selbst gelegene Gründe an sich ausreichend sind.¹⁴² Insgesamt muss für das Zutreffen dieses Tatbestandes als abschließendes Tatbestandsmerkmal immer auch geprüft werden, inwieweit „eine Weiterbeschäftigung an einem qualifikationsbedingt in Betracht kommenden Ersatzarbeitsplatz ohne erheblichen Schaden“ unmöglich ist.¹⁴³

Arbeitsunfähigkeit des begünstigten Behinderten (lit b)

Im Einzelnen wird in § 8 Abs 4 lit b BEinstG die Fortführung eines AV als für den AG unzumutbar angesehen, soweit der begünstigte Behinderte unfähig wird, die arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeit zu erbringen, eine Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist und vom AG nachgewiesen wird, dass eine Weiterbeschäftigung

¹³⁷ VwGH 27.04.1989, 88/09/0006; ErläutRV 1518 BlgNR 20. GP 12.

¹³⁸ Mayr in *Neumayr/Reissner/Drs*³ § 8 BEinstG Rz 13.

¹³⁹ Widy in *Widy*⁸ § 8, 520.

¹⁴⁰ ErläutRV 1518 BlgNR 20. GP 12.

¹⁴¹ Widy in *Widy*⁸ § 8, 525 ff.

¹⁴² VwGH 21.05.1954, ZI 3402/53.

¹⁴³ VwGH 20.03.2012, 2011/11/0146.

des begünstigten Behinderten an einem anderen geeigneten Arbeitsplatz trotz Zustimmung ohne erheblichen Schaden unmöglich ist. Davon erfasst können uU Krankenstände sein, die den AN laufend in einem überdurchschnittlichen Ausmaß an der Erbringung seiner Dienstleistung hindern, sodass dieser nicht mehr imstande ist seine Arbeitspflicht(en) zu erfüllen. Unerheblich ist dabei, auf welche Gründe diese berechtigten Krankenstände zurückgeführt werden können, sofern sie nicht auf ein Verhalten oder Unterlassen des AG rückführbar sind.¹⁴⁴ Grundsätzlich (grds) nicht ausreichend ist hingegen eine bloß beschränkte Arbeitsunfähigkeit eines begünstigten Behinderten, da diese alleine kein schlüssiges Argument für eine nicht mehr zumutbare Weiterbeschäftigung des betroffenen begünstigten Behinderten bietet. Führt die Einschränkung der Arbeitsfähigkeit allerdings dazu, dass diese eine entsprechende Weiterverwendung nicht mehr zulässt, kann eine Kündigung wiederum gerechtfertigt sein.¹⁴⁵

beharrliche Pflichtenverletzung durch den begünstigten Behinderten (lit c)

Im Detail ist nach § 8 Abs 4 lit c BEinstG dem AG die Fortführung des AV unzumutbar, wenn der begünstigte Behinderte beharrlich ihm obliegende Pflichten aus dem AV verletzt und einer Weiterbeschäftigung Gründe der Arbeitsdisziplin entgegenstehen. Nach der Jud des VwGH setzt der Tatbestand der beharrlichen Pflichtenverletzung in aller Regel eine Ermahnung des begünstigt behinderten AN voraus, eine Abmahnung jedes einzelnen Verhaltens, das Teil einer fortgesetzten Pflichtverletzung ist, ist hingegen nicht Voraussetzung.¹⁴⁶ Abgeleitet aus dieser Jud des VwGH, wird man bei einer beharrlichen Pflichtenverletzung nicht von einem einmaligen Geschehen ausgehen dürfen.¹⁴⁷ Lt VwGH stellt auch eine grobe, einmalige Dienstpflichtverletzung, wie etwa der Verstoß gegen die behördlichen Sicherheitsvorschriften im Flugverkehr, keine beharrliche Dienstpflichtverletzung dar. Mit Verweis auf die Rsp des OGH ist nach dem VwGH unter beharrlich „*die Nachhaltigkeit, Unnachgiebigkeit oder Hartnäckigkeit des in der Nichtbefolgung der Anordnung zum Ausdruck kommenden Willens zu verstehen*“.¹⁴⁸ Folglich ist dem AG eine Weiterbeschäftigung des begünstigten unzumutbar, wenn sich die begünstigte Person gar nicht oder nur störend in die Organisation des Betriebs, dem sie zugehört, eingliedert, ohne dass es auf eine Verschulden dieser begünstigten Person ankommt.¹⁴⁹ Als Beispiele für ein solches Verhalten finden sich in der Lit und Jud etwa die Gefährdung des Betriebsfriedens und fehlender Eingliederungswille, anhaltende Arbeitszeitverletzungen und ehrenrührige Kritik an der Betriebsleitung, menschenverachtende Behandlung anderer Mitarbeiter durch den Begünstigten als Abteilungsleiter, Beleidigungen und Drohung mit Öffentlichkeit, Gefährdung der Betriebssicherheit und Autorität sowie einer reibungslosen Zusammenarbeit oder schwerwiegende allgemeine Entlassungsgründe, wie zB Körperverletzung, Vermögensdelikte oder Beleidigungen.¹⁵⁰ Auf die Frage einer Ersatztätigkeit bzw eines Ersatzarbeitsplatzes kommt es bei lit c leg cit, abweichend von den Kündigungstatbeständen in lit a und lit b leg cit, nicht an.¹⁵¹

Durch die Gesetzesnovelle öBGBI I 2005/82 noch hinzukommend, wurde in § 8 Abs 4a BEinstG klar gestellt, dass bei der Entscheidung des Behindertenausschuss über die Zustimmung zur Kündigung auch das Diskriminierungsverbot gem § 7b Abs 1 BEinstG zu berücksichtigen ist. Insb beim Kündigungstatbestand der Arbeitsunfähigkeit (§ 8 Abs 4 lit b BEinstG) ist iZm langen Krankenständen, die Einbeziehung des Diskriminierungsverbots nach § 7b Abs 1 BEinstG von entsprechender Bedeutung, um eine Diskriminierung infolge behinderungsbedingter Krankenstände zu vermeiden. Daher sind

¹⁴⁴ VwGH 21.02.2012, 2011/11/0145.

¹⁴⁵ *Widy in Widy*⁸ § 8, 532.

¹⁴⁶ VwGH 27.07.2020, Ra 2020/11/0083; VwGH 30.04.2014, Ro 2014/11/0001; VwGH 23.05.2012, 2011/11/0147.

¹⁴⁷ VwGH 19.12.2011, 2011/11/0142.

¹⁴⁸ VwGH 19.12.2011, 2011/11/0142; OGH 22.10.2010, 9 Ob A 40/10p.

¹⁴⁹ VwGH 29.09.2005, 2004/11/0043.

¹⁵⁰ *Mayr in Neumayr/Reissner/Dr*³ § 8 BEinstG Rz 14; siehe für Jud: VwGH 25.04.1991, 90/09/0139; VwGH 21.10.2004, 2004/11/0042.

¹⁵¹ VwGH 24.01.2012, 2011/11/0152.

AG angehalten, in solchen Fällen die Findung von anderen geeigneten Arbeitsplätzen in eine entsprechende Prüfung miteinzubeziehen.¹⁵²

c) *Eintritt der Wirkung des besonderen Kündigungsschutzes*

Der Eintritt des besonderen Kündigungsschutzes ist gem § 14 Abs 2 BEinstG „frühestens mit dem Tag des Einlangens des Antrages“ beim SMS bzw mit dem Ersten des Monats, in dem der Antrag eingelangt ist, falls dieser unverzüglich nach Behinderungseintritt gestellt wird, festzulegen. Unter Beachtung des durch die Gesetzesnovelle öBGBI I 2010/111 (Budgetbegleitgesetznovelle 2011) veränderten § 8 Abs 6 lit b BEinstG, tritt die Wirkung des besonderen Kündigungsschutzes für begünstigt behinderte AN in AV, die nach dem 31.12.2010 neu begründet worden sind, für eine Wartezeit von vier Jahren nicht ein, falls bereits vor Beginn des AV Zugehörigkeit dieses AN zum Personenkreis der begünstigten Behinderten bestanden hat.¹⁵³ Diese vierjährige Wartezeit findet wiederum lt Rsp des OGH dann keine Anwendung, falls die Zugehörigkeit zum begünstigten Behindertenkreis im Zeitpunkt der Einstellung (noch) nicht bestanden hat. Hier soll es, so der OGH, bei der alten Rechtslage vor der Budgetbegleitgesetznovelle 2011 bleiben, und für AN, die im Zeitpunkt der Einstellung (noch) nicht begünstigte Behinderte sind, weiterhin nur die schon vor dieser Novelle geltende sechstmonatige Wartezeit, während der der besondere Kündigungsschutz grds nicht zum Tragen kommt, gelten.¹⁵⁴ Die sechstmonatige Wartezeit ist nach § 8 Abs 6 lit b BEinstG nur dann nicht einzuhalten, falls die Feststellung der Behinderteneigenschaft in der sechsmonatigen Wartezeit als Folge eines Arbeitsunfalls (§ 14 Abs 1 lit b BEinstG) erfolgt oder ein Arbeitsplatzwechsel innerhalb eines Konzerns vorliegt.

d) *Rechtsfolgen einer Kündigung ohne Zustimmung*

Wird nun ein begünstigter Behinderter während aufrechten besonderen Kündigungsschutzes ohne Einholung der Zustimmung des Behindertenausschusses gekündigt, ist die Kündigung durch den AG rechtsunwirksam. Der rechtsunwirksam gekündigte begünstigte Behinderte kann nun entweder mittels Feststellungsklage beim ASG auf Feststellung des aufrechten Bestands des AV klagen oder die Beendigung akzeptieren und die mit der Beendigung im Zusammenhang stehenden Ansprüche¹⁵⁵ (einschließlich Kündigungsentschädigung¹⁵⁶) begehren (Wahlrecht!).¹⁵⁷ Für die Möglichkeit der Geltendmachung des Wahlrechts wird es als erforderlich angesehen, dass vom AG, in Kenntnis der begünstigten Behinderteneigenschaft des AN, die Arbeitsbereitschaft des begünstigten Behinderten abgelehnt wurde.¹⁵⁸ Eine Form ist bei Geltendmachung des Wahlrecht nicht zu beachten, womit diese in angemessenem zeitlichen Verhältnis zur Beendigung auch außergerichtlich, schlüssig oder ausdrücklich ausgeübt werden kann.¹⁵⁹ Nach Ausübung des Wahlrechts ist der AN an die getroffene Wahl gebunden.¹⁶⁰ Falls der begünstigte Behinderte sich dafür entscheidet, die Beendigungserklärung gegen sich gelten zu lassen, ist das Ausmaß der einem begünstigten Behinderten zustehenden Kündigungsentschädigung nach der Rsp des OGH durch analoge Anwendung der Bestimmung des § 1158 Abs 3 ABGB und des § 21 AngG¹⁶¹ festzusetzen.¹⁶² Dadurch bemisst sich die Kündigungsentschädigung einerseits „unter Bedachtnahme auf eine Kündigungsfrist von sechs Monaten“, sofern

¹⁵² Mayr in Neumayr/Reissner/Drs³ § 8 BEinstG Rz 14; kritisch dazu Rauch, Kündigung wegen langer Krankenstände, ASok 2010, 10.

¹⁵³ Eine sehr gute Darstellung dieser Änderung findet sich in OGH 26.11.2013, 9 Ob A 96/13b.

¹⁵⁴ Wiederum OGH 26.11.2013, 9 Ob A 96/13b oder auch OGH 22.07.2014, 9 Ob A 72/14z.

¹⁵⁵ Beendigungsabhängige Ansprüche sind etwa anteilige Ansprüche auf Sonderzahlungen, der Anspruch auf Urlaubersatzleistung oder der Abfertigungsanspruch.

¹⁵⁶ OGH 28.11.2017, 9 Ob A 51/17s: Kündigungsentschädigung ist „ein Schadenersatzanspruch, wobei dieser gemäß § 29 AngG in Höhe der vertragsmäßigen Ansprüche auf das Entgelt für jenen Zeitraum gebührt, der bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit oder durch ordnungsgemäße Kündigung durch den Dienstgeber hätte verstreichen müssen.“

¹⁵⁷ OGH 26.05.2010, 9 Ob A 111/09b; OGH 21.09.2006, 8 Ob A 77/06s.

¹⁵⁸ Mayr in Neumayr/Reissner/Drs³ § 8 BEinstG Rz 16.

¹⁵⁹ OGH 26.05.2010, 9 Ob A 111/09b; OGH 19.06.2006, 8 Ob A 48/06a.

¹⁶⁰ OGH 29.01.2014, 9 Ob A 146/13f.

¹⁶¹ Bundesgesetz vom 11. Mai 1921 über den Dienstvertrag der Privatangestellten (Angestelltengesetz) öBGBI 1921/292 idF öBGBI I 2019/74.

¹⁶² OGH 22.10.2003, 9 Ob A 82/03d.

nicht aufgrund von Gesetz, Kollektiv- oder Dienstvertrag eine längere Kündigungsfrist besteht“ und andererseits unter Beachtung eines allfälligen Kündigungstermins.¹⁶³ In die Lit ist diese Analogie als Lösung jedoch umstritten.¹⁶⁴

B. Rechtlicher Rahmen in Deutschland

In Deutschland enthält das dSGB IX Regelungen zur Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen. Ähnlich wie im österreichischen BEinstG enthält auch das dSGB IX Vorschriften, die auf eine bestimmte Gruppe von Behinderten eingeschränkt sind. Im dSGB IX wird diese Gruppe der schwerbehinderten Menschen im Teil 3 in den §§ 151 ff dSGB IX besonderen Regelungen zur Teilhabe (Schwerbehindertenrecht) zugeführt. Nachstehend soll wiederum, wie im Kapitel A. auf die wichtigsten Schutzvorschriften eingegangen werden und eine Erläuterung dieser stattfinden.

1. Begriffsdefinition „Behinderung“

a) Behinderungsbegriff des dSGB IX

Am Beginn aller Überlegung steht wieder die Erläuterung des Behinderungsbegriffs, der für die Vorschriften des dSGB IX in § 2 Abs 1 dSGB IX zentral unter Begriffsbestimmungen legaldefiniert wird. Nach § 2 Abs 1 S 1 dSGB IX sind Mensch mit Behinderung *„Menschen, die körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate hindern können“*. In S 2 leg cit wird weiter festgehalten, dass eine Beeinträchtigung nach S 1 leg cit vorliegt, falls der *„Körper- und Gesundheitszustand von dem für das Lebensalter typischen abweicht“*. Auf die drohende Behinderung wird noch in § 2 Abs 1 S 3 dSGB IX Bezug genommen und definiert, dass Mensch von einer Behinderung bedroht sind, wenn eine Beeinträchtigung nach S 1 - mit hoher Wahrscheinlichkeit aufgrund ärztlicher oder sonstiger fachlicher Erkenntnisse¹⁶⁵ - zu erwarten ist.

Insgesamt wurde diese Definition in § 2 Abs 1 leg cit mit Wirkung zum 1.1.2018 in ihrem Wortlaut gänzlich neu gefasst und sprachlich an Art 1 Abs 2 UN-BRK angelehnt.¹⁶⁶ Schon vor dieser Neufassung wurde die alte Fassung des Abs 1 leg cit im Sinne der UN-BRK ausgelegt, weshalb durch die Neufassung keine inhaltliche Änderung beabsichtigt ist.¹⁶⁷ In der ursprünglichen Definition des Behinderungsbegriffs in § 2 Abs 1 dSGB IX wurde vom Gesetzgeber an die „International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF)“ der Weltgesundheitsorganisation (WHO) angeknüpft. Die WHO klassifiziert in dieser internationalen Klassifikation in Beeinträchtigungen von Funktionen und Strukturen des menschlichen Organismus, Beeinträchtigungen von Aktivitäten aller Art einer Person und Beeinträchtigungen der Partizipation an Lebensbereichen.¹⁶⁸

b) Körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigung

In der Legaldefinition in § 2 Abs 1 S 1 dSGB IX wird unter dem Merkmal *„körperliche Beeinträchtigung“* eine nicht nur vorübergehende Minderung der Funktionsfähigkeit infolge körperlicher Regelwidrigkeit verstanden. Davon erfasst sind etwa Personen, die durch eine Beeinträchtigung des Stütz- oder Bewegungssystems in der Bewegungsfähigkeit eingeschränkt sind, Personen, die als Folge einer Erkrankung, Schädigung oder Fehlfunktion innerer Organe oder der Haut im körperlichen Leis-

¹⁶³ OGH 28.11.2017, 9 Ob A 51/17s.

¹⁶⁴ MWn insb *Widy in Widy*⁸ § 8, 567.

¹⁶⁵ *Benedix in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann*, Kommentar zum Sozialrecht. VO (EG) 883/2004, SGB I bis SGB XII, SGG, BEEG, Kindergeldrecht (EStG), UnterhaltsvorschussG⁶ (2019) § 2 SGB IX Rz 4.

¹⁶⁶ *Benedix in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann*⁸ § 2 SGB IX Rz 1 ff.

¹⁶⁷ *Benedix in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann*⁸ § 2 SGB IX Rz 2.

¹⁶⁸ *Jabben in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben*, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 2 Rz 5.

tungsvermögen beeinträchtigt sind, Blinde, Gehörlose, Seelentaube und Hörstumme oder auch Personen mit erheblichen Stimmstörungen.¹⁶⁹ Mit dem Merkmal „*seelische Beeinträchtigungen*“ werden Minderungen der Funktionsfähigkeit infolge seelischer Störungen erfasst, die gegensätzlich zu geistigen Schwächen nicht messbar sind. Darunter fallen bspw seelische Störungen, die aus einer Erkrankung oder Verletzung des Gehirns resultieren, Persönlichkeitsstörungen, Neurosen, Suchtkrankheiten oder nicht zu geistigen Schwächen führende körperlich nicht begründbare Psychosen.¹⁷⁰ Unter „*geistige Beeinträchtigungen*“ fasst man Minderungen der Funktionsfähigkeit, die aus einer geistigen Schwäche resultieren, zusammen. Geistige Störungen sind messbar und können etwa in Form eines IQ-Test gemessen werden. Eingeordnet können hier insb werden, angeborene geistige Störungen, wie angeborene Debilität, Imbezillität oder Idiotie sowie ein vorzeitiger Abbau geistiger Kräfte, etwa in Form von Demenz, infolge frühkindlicher Hirnschädigung oder als Folge einer Infektionskrankheit des Gehirns. Weiters erfasst werden auch Schizophrenien oder zu einem geistigen Defekt führende Manien (strittig).¹⁷¹ Das Merkmale der „*Sinnesbeeinträchtigung*“ kann auch weiterhin als Unterfall der körperlichen Beeinträchtigung betrachtet und mitbehandelt werden, auch wenn diese vom Gesetzgeber durch die erwähnte Neufassung explizit genannt wurde.¹⁷²

c) *Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren*

Neben den klar medizinisch indizierten Merkmalen der körperlichen, seelischen und geistigen Beeinträchtigung, wird die Legaldefinition in § 2 Abs 1 S 1 dSGB IX mit dem Merkmal „*Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren*“, auf ein bio-psycho-soziales Modell (Partizipationsmodell) erweitert.¹⁷³ Dadurch soll nicht mehr nur eine Orientierung an Defiziten stattfinden, sondern Behinderungen als negative Wechselwirkung zwischen einer mit einem gesundheitlichen Problem beeinträchtigten Person und den Kontextfaktoren auf ihre Funktionsfähigkeit verstanden werden.¹⁷⁴ Folglich darf Behinderung iSd § 2 Abs 1 S 1 dSGB IX nicht als starres Konzept verstanden werden, sondern ist dynamisch, und von den jeweiligen Wechselbeziehungen mit umweltbezogenen und personenbedingten Kontextfaktoren abhängig, zu verstehen (vgl auch Präambel lit e UN-BRK).¹⁷⁵

d) *Sechs-Monats-Grenze*

Als zeitliches Tatbestandsmerkmal enthält die Behinderungsbegriffsdefinition in § 2 Abs 1 S 1 dSGB IX noch, dass die Beeinträchtigung „*mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate*“ andauern hat. Damit stellt der Gesetzgeber im Einklang mit Art 1 Abs 2 UN-BRK, der im Wortlaut von langfristigen körperlichen, psychischen, intellektuellen und Sinnesbeeinträchtigungen spricht, auf ein nicht nur vorübergehendes Auftreten der Beeinträchtigung ab.¹⁷⁶ Bei dieser sechsmonatigen Frist kommt es nur auf die prognostische Überschreitung an, die bisherige Dauer der Beeinträchtigung ist nicht von Bedeutung.¹⁷⁷ Keine Anwendung findet diese begrenzende Sechsmonatsfrist auf in Schüben immer wieder auftretende Leiden, auch wenn diese einzeln nur immer von kurzer Dauer sind, da diese als Dauerleiden mit anhaltender Funktionsbeeinträchtigung zu qualifizieren sind.¹⁷⁸

e) *Regelwidrigkeit des Zustandes*

Zusätzlich zu den Merkmalen in § 2 Abs 1 S 1 dSGB IX definiert S 2 leg cit, dass eine Beeinträchtigung nach S 1 leg cit Regelwidrigkeit des körperlichen, seelischen oder geistigen Zustandes erfordert und

¹⁶⁹ Jabben in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 2 Rz 8.

¹⁷⁰ Jabben in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 2 Rz 9.

¹⁷¹ Jabben in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 2 Rz 10.

¹⁷² Benedix in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann⁶ § 2 SGB IX Rz 2.

¹⁷³ Benedix in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann⁶ § 2 SGB IX Rz 2.

¹⁷⁴ Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 2 Rz 3 (Stand: 1. 9. 2020, beck-online.beck.de).

¹⁷⁵ dBSG 30.09.2015, B 3 KR 14/14 R, Rz 19.

¹⁷⁶ Jabben in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 2 Rz 11.

¹⁷⁷ dBSG 12.04.2000, B 9 SB 3/99 R, Rz 4.

¹⁷⁸ Jabben in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 2 Rz 11.

ein regelwidriger Zustand nur vorliegt, soweit dieser Zustand vom für das Lebensalter typischen Zustand abweicht. Zweck dieses Zusatzes ist es, allgemeine und generelle Alterserscheinungen typischer Art bei der Feststellung der Behinderung unberücksichtigt zu lassen. Damit will der Gesetzgeber typische Entwicklungserscheinungen von Kindern und Jugendlichen sowie typisch altersbedingte Leistungseinschränkungen und Funktionsstörungen nicht als Behinderungen beurteilt wissen. Unregelmäßig und nicht nur im höheren Alter beobachtbare Gesundheitsstörungen, dürfen wiederum nicht als allgemeine und generelle Alterserscheinung typischer Art beurteilt werden. Das gilt auch dann, wenn diese Gesundheitsstörungen erstmalig im höheren Alter in Erscheinung treten.¹⁷⁹

Schlussendlich wird in § 2 Abs 1 S 1 dSGB IX noch ein Zusammenhang zwischen der körperlich, geistigen und seelischen Beeinträchtigung und der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft als Voraussetzungen gefordert. Unbeachtlich sind die Ursache und der Grund für die Schädigung, weil eine finale Betrachtungsweise anzulegen ist. Ausreichend ist bereits die Wahrscheinlichkeit, dass ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Behinderung und der Funktionsstörung besteht.¹⁸⁰

2. Schwerbehinderte Menschen

a) Begriff des schwerbehinderten Menschen

Ergänzend zum allgemeinen Behinderungsbegriff kennt auch das dSGB IX innerhalb der Gruppe der Behinderten einen besonderen Personenkreis von Behinderten, nämlich die schwerbehinderten Menschen, die durch Sonderregelungen in den §§ 151 ff dSGB IX besonders geschützt werden. Nach § 2 Abs 2 dSGB IX sind Menschen schwerbehindert, „wenn bei ihnen ein Grad der Behinderung von wenigstens 50 vorliegt und sie ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz im Sinne des § 156 rechtmäßig im Geltungsbereich dieses Gesetzbuches haben“. Menschen, die die Voraussetzungen des Abs 2 leg cit erfüllen und folglich als schwerbehinderte Menschen gelten, werden ex lege, also unmittelbar kraft Gesetzes, geschützt und benötigen im Unterschied zu den gleichgestellten behinderten Menschen in Abs 3 leg cit keinerlei Einbeziehung in den Schutz durch Gleichstellung durch im Einzelfall ergehenden Verwaltungsakt (vgl dazu § 151 Abs 2 dSGB IX).¹⁸¹ Die Rechtswirkung, mit der die Schwerbehinderteneigenschaft begründet wird, tritt im Augenblick des Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen ein, die Entscheidung der zuständigen Behörde über die Feststellung der Schwerbehinderung wirkt nur mehr deklaratorisch und ist nur Mittel des Nachweises.¹⁸² Selbiges wird in der Lit auch für die Ausstellung des Schwerbehindertenausweises angenommen. Die Eigenschaft als Schwerbehinderter ist somit unabhängig vom Willen der Beteiligten.¹⁸³

b) Grad der Behinderung

Der Begriff des Grades der Behinderung in § 2 Abs 2 dSGB IX wird deckungsgleich mit dem Begriff der Minderung der Erwerbsfähigkeit, der sich im Recht der Unfallversicherung und im Versorgungsrecht wiederfindet, interpretiert. Dieser Schluss ergibt sich nach dem Willen des Gesetzgebers aus der gesetzlichen Begründung zu § 152 dSGB IX, der dem § 69 dSGB IX 2001¹⁸⁴ entspricht.¹⁸⁵ Die Minderung der Erwerbsfähigkeit wird nach der körperlichen und geistigen Beeinträchtigung, unter Berücksichtigung von seelischen Begleiterscheinungen und Schmerzen festgestellt (siehe auch § 30 Abs 1 Bundesversorgungsgesetz (dBVG)¹⁸⁶). Die Feststellung erfolgt anhand der zu § 30 dBVG

¹⁷⁹ Jabben in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 2 Rz 12 ff.

¹⁸⁰ Jabben in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 2 Rz 16 ff.

¹⁸¹ Grauthoff in Kossens/Heide/Maaß, SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit Behindertengleichstellungsgesetz⁴ (2015) § 2 Rz 13.

¹⁸² Grauthoff in Kossens/Heide/Maaß⁴ § 2 Rz 13; Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching⁶⁰ SGB IX § 2 Rz 10; Jabben in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 2 Rz 24.

¹⁸³ Grauthoff in Kossens/Heide/Maaß⁴ § 2 Rz 13.

¹⁸⁴ Neuntes Buch Sozialgesetzbuch 2001 (dSGB IX 2001) dBGBI I 2001/1046.

¹⁸⁵ BT-Drs. 18/9522, 307.

¹⁸⁶ Gesetz über die Versorgung der Opfer des Krieges (dBVG) dBGBI I 1982/21 idF dBGBI I 2021/335.

erlassenen Versorgungsmedizinischen Grundsätze zu § 2 der Versorgungsmedizin-Verordnung (dVersMedV)¹⁸⁷ und anhand der Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit. In diesen Versorgungsmedizinischen Grundsätzen finden sich die einzelnen Grade zu den jeweiligen Funktionsstörungen aufgelistet.¹⁸⁸

c) *Festlegung des Grades der Behinderung*

Die Feststellung des Grades der Behinderung erfolgt im Verfahren nach § 152 dSGB IX. Sachlich und örtlich zuständig für das Feststellungsverfahren iSd § 152 dSGB IX ist das Versorgungsamt, in dessen Bezirk der Wohnsitz des ASt zum Zeitpunkt der Antragsstellung gelegen ist oder dieser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (§§ 2 f dKOVfG¹⁸⁹).¹⁹⁰ Der Antrag zur Feststellung kann beim zuständigen Versorgungsamt unabhängig von einer ausgeübten Erwerbstätigkeit vom Behinderten gestellt werden, AN-Eigenschaft ist zur Antragsstellung nicht erforderlich.¹⁹¹ Auch ein besonderes Formerfordernis, wie etwa schriftliche Antragsstellung oder mündliche Antragsstellung zur Niederschrift, ist nicht einzuhalten, es gilt die allgemeine Regel der Nichtförmlichkeit des Verwaltungsverfahrens.¹⁹² Am Verfahren selbst sind neben dem ASt auch Dritte¹⁹³, auf Antrag oder von Amts wegen, zu beteiligen, insofern bei diesen ein rechtliche Interesse am Ausgang des Verfahrens besteht. Das Feststellungsverfahren wird durch Erlassung eines schriftlichen Bescheids, der zu begründen ist und eine Rechtsmittelbelehrung zu enthalten hat, abgeschlossen.¹⁹⁴

Nach § 152 Abs 2 S 1 dSGB IX ist eine Feststellung des Grades der Behinderung im Feststellungsverfahren grds nicht zu treffen, falls eine Feststellung über das „Vorliegen einer Behinderung und den Grad einer auf ihr beruhenden Erwerbsminderung schon in einem Rentenbescheid, einer entsprechenden Verwaltungs- oder Gerichtsentscheidung oder einer vorläufigen Bescheinigung der für diese Entscheidungen zuständigen Dienststellen getroffen worden ist“. Dies ist etwa der Fall in Rentenbescheiden aller Art (der Unfallversicherung, einer Sozialbehörde, der Rentenversicherung) oder in sonstigen Feststellungen der Gesundheitsbehörden, Sozialämtern oder Amtsärzten.¹⁹⁵ Insgesamt gilt eine solche Feststellung iSd § 152 Abs 2 S 1 dSGB IX dann als Feststellung des Grades der Behinderung (§ 152 Abs 2 S 2 dSGB IX). Eine erneute Feststellung im Feststellungsverfahren nach § 152 Abs 2 S 1 dSGB IX kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn der behinderte Mensch ein Interesse an einer anderweitigen Feststellung glaubhaft macht (§ 152 Abs 2 S 1 aE dSGB IX).

d) *Berechtigte Personen*

Abgesehen vom Vorliegen einer Schwerbehinderung, verlangt § 2 Abs 2 dSGB IX, dass die betroffene Person „ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz im Sinne des § 156 rechtmäßig im Geltungsbereich dieses Gesetzbuches“ hat. Als Anknüpfungspunkte ergeben sich daraus ein rechtmäßiges Wohnen, ein rechtmäßiger gewöhnlicher Aufenthalt oder eine rechtmäßige Beschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland.¹⁹⁶ Unproblematisch ist dies bei deutschen Staatsangehörigen, da diese nach dem Grundgesetz (dGG)¹⁹⁷ Freizügigkeit im ganzen Bundesgebiet genießen (Art 11 dGG) und sich als Deutsche rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten.¹⁹⁸ Neben deutschen Staatsangehörigen muss für Ausländer zwischen Angehörigen von EU-Mitgliedsstaaten und Angehörigen von Drittstaaten unterschieden werden. Angehörige von EU-

¹⁸⁷ Verordnung zur Durchführung des § 1 Abs. 1 und 3, des § 30 Abs. 1 und des § 35 Abs. 1 des Bundesversorgungsgesetzes (dVersMedV) dBGBI I 2008/2412 idF dBGBI I 2019/2652.

¹⁸⁸ Jabben in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 2 Rz 22 f.

¹⁸⁹ Gesetz über das Verwaltungsverfahren der Kriegsoferversorgung (dKOVfG) dBGBI I 1976/1169 idF dBGBI I 2017/626.

¹⁹⁰ Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁹⁰ SGB IX § 152 Rz 6 (Stand: 1. 9. 2020, beck-online.beck.de).

¹⁹¹ Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 152 Rz 22.

¹⁹² Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 152 Rz 23.

¹⁹³ Als Dritte kommen etwa in Betracht AG, das Integrationsamt oder die Bundesagentur für Arbeit (BA).

¹⁹⁴ Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 152 Rz 27.

¹⁹⁵ Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 152 Rz 30.

¹⁹⁶ dBSG 12.04.2017, B 13 R 15/15 R, Rz 18.

¹⁹⁷ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (dGG) dBGBI 1949/1 idF dBGBI I 2020/2048.

¹⁹⁸ Jabben in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 2 Rz 30.

Mitgliedsstaaten, die als freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger¹⁹⁹ nach § 2 Freizügigkeitsgesetz/EU (dFreizügG/EU)²⁰⁰ gelten, haben ein Recht auf Einreise und Aufenthalt. Als freizügigkeitsberechtigt gelten nach § 2 Abs 2 dFreizügG/EU insb „Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer oder zur Berufsausbildung aufhalten wollen“ (Z 1), „Unionsbürger, die sich zur Arbeitsuche aufhalten, für bis zu sechs Monate und darüber hinaus nur, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden“ (Z 1a), „Unionsbürger, wenn sie zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind“ (Z 2) oder „Unionsbürger als Empfänger von Dienstleistungen“ (Z 4). Für Angehörige von Drittstaaten, die nicht als (freizügigkeitsberechtigte) Unionsbürger gelten, ist maßgeblich, ob diese sich berechtigt aufhalten, also einen Aufenthaltstitel in Form eines Visums, einer Aufenthaltserlaubnis, einer Niederlassungserlaubnis oder eines Erlaubnisses zum Daueraufenthalt nachweisen können (vgl §§ 6 ff dAufenthG²⁰¹).²⁰² Auch erfasst von § 2 Abs 2 dSGB IX werden Grenzgänger, also AN die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben, aber in der Bundesrepublik beschäftigt sind, sofern diese ihre Tätigkeit als AN rechtmäßig ausüben (rechtmäßige Beschäftigung).²⁰³

e) Gleichgestellte behinderte Menschen

Den schwerbehinderten Menschen gleichgestellt werden nach § 2 Abs 3 dSGB IX „Menschen mit Behinderungen mit einem Grad der Behinderung von weniger als 50, aber wenigstens 30, bei denen die übrigen Voraussetzungen des Absatzes 2 vorliegen, wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz im Sinne des § 156 nicht erlangen oder nicht behalten können (gleichgestellte behinderte Menschen)“. Auch für diese gilt dann der Schutz des Teils 3 des dSGB IX. Hintergrund dieser Vorschrift ist, dass nicht nur Person, die einen Grad der Behinderung von wenigstens 50 aufweisen (Schwerbehinderte), einem besonderen Schutz bedürfen, sondern auch Menschen mit Behinderungen, die einen Behinderungsgrad von wenigstens 50 nicht erreichen, ein besonderes Schutzbedürfnis aufweisen können.²⁰⁴ Daraus resultierend, kann und darf ein Behinderungsgrad von weniger als 50 nicht mit einer uneingeschränkten und vollen Vermittelbarkeit am Arbeitsmarkt automatisch gleichgesetzt werden, weil auch ein milderer Grad der Behinderung einen besonderen Schutz zur Arbeitsmarkteingliederung erfordern kann.²⁰⁵ Voraussetzung für die Gleichstellung ist ein Behinderungsgrad von wenigstens 30, aber unterhalb von 50, ein Vorliegen der übrigen Voraussetzungen nach § 2 Abs 2 dSGB IX und das Erfordernis, dass ohne die Gleichstellung der behinderte AN als Folge seiner Behinderung keinen oder keinen geeigneten Arbeitsplatz erlangen oder auf Dauer beibehalten kann.²⁰⁶ Für die Gleichstellung erforderlich ist ein Antrag des behinderten Mensch, gegen den Willen des Behinderten ist eine Gleichstellung nicht möglich. Gem § 151 Abs 2 S 1 dSGB IX erfolgt die Gleichstellung durch die BA auf Grundlage einer Feststellung nach § 152 dSGB IX. Die Gleichstellungsentscheidung der BA wirkt konstitutiv und wird nach § 151 Abs 2 S 2 dSGB IX mit dem Tag des Eingangs des Antrags wirksam. Vom AG kann weder ein Antrag auf Gleichstellung wirksam gestellt werden, noch kann dieser die Gleichstellungsentscheidung anfechten.²⁰⁷

¹⁹⁹ Nach § 2 Abs 1 dFreizügG/EU sind auch die Angehörigen von freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern erfasst.

²⁰⁰ Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU-dFreizügG/EU) dBGBI I 2004/1950, 1986 idF dBGBI I 2020/2416.

²⁰¹ Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz - dAufenthG) dBGBI I 2008/162 idF dBGBI I 2020/2855.

²⁰² Jabben in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 2 Rz 34 f.

²⁰³ Jabben in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 2 Rz 36.

²⁰⁴ Grauthoff in Kossens/Heide/Maaß⁴ § 2 Rz 14.

²⁰⁵ Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching⁶⁰ SGB IX § 2 Rz 11.

²⁰⁶ Benedix in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann⁶ § 2 SGB IX Rz 8.

²⁰⁷ Benedix in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann⁶ § 2 SGB IX Rz 9.

3. Beschäftigungspflicht

a) Definition der Beschäftigungspflicht

Ähnlich wie in Österreich im BEinstG eine Beschäftigungspflicht für begünstigte Behinderte vorgesehen ist, normiert § 154 dSGB IX eine Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen in Deutschland. Nach dem Wortlaut des § 154 Abs 1 S 1 dSGB IX sind private und öffentliche AG „mit jahresdurchschnittlich monatlich mindestens 20 Arbeitsplätzen“ iSd § 156 dSGB IX verpflichtet, auf wenigstens 5% dieser Arbeitsplätze Schwerbehinderte zu beschäftigen. Abweichend davon, pauschalisiert S 3 leg cit für AG „mit jahresdurchschnittlich monatlich weniger als 40 Arbeitsplätzen“ diese Verpflichtung auf eine Beschäftigungspflichtzahl von jahresdurchschnittlich je Monat einem Schwerbehinderten. Weiters ist auch für AG „mit jahresdurchschnittlich monatlich weniger als 60 Arbeitsplätzen“ eine Pauschalisierung in § 154 Abs 1 S 3 dSGB IX vorgesehen, mit Wirkung, dass diese jahresdurchschnittlich je Monat zwei Schwerbehinderte beschäftigen müssen. Schwerbehinderte Frauen sind dabei besonders zu berücksichtigen (§ 154 Abs 1 S 2 dSGB IX).

Normzweck der Beschäftigungspflicht ist, AG zu verpflichten, zur Integration von schwerbehinderten Menschen in das Arbeits-, Berufs- und gesellschaftliche Leben beizutragen. Weigern sich AG Ihren Integrationsbeitrag durch Beschäftigung von Schwerbehinderten zu leisten, werden diese zur Zahlung einer Ausgleichsabgabe gem § 160 dSGB IX verpflichtet. Gleichzeitig besteht für kleine AG ein Überlastungsschutz, da die Beschäftigungspflicht erst ab einem Schwellenwert von jahresdurchschnittlich monatlich mindestens 20 Arbeitsplätzen ausgelöst wird.²⁰⁸ Durch die Pauschalisierungen in § 154 Abs 1 S 3 dSGB IX wird kleinen AG die Berechnung der Pflichtarbeitsplatzquote erspart und diese deklaratorisch in der angeführten Bestimmung ausgewiesen.²⁰⁹

Zurechnungssubjekt für die Beschäftigungspflicht ist grds der AG als Rechtsträger²¹⁰. Als AG iSd § 154 Abs 1 S 1 dSGB IX kommen private und öffentliche AG gleichermaßen in Frage.²¹¹ Unter dem Begriff des AG wird man alle Personen, die natürliche Personen auf Arbeitsplätzen gem § 156 dSGB, in einem privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis beschäftigen, subsumieren.²¹² Als private Arbeitgeber erfasst sind alle Privatrechtssubjekte und zumindest teilrechtsfähige Personenvereinigungen. Hier können als Beispiele angeführt werden natürliche Personen, juristische Personen des privaten Rechts, wie etwa Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung sowie Personengesellschaften, wie etwa Offene Handelsgesellschaften oder Kommanditgesellschaften.²¹³ Im Falle von ausländischen AG tritt die Beschäftigungspflicht dann ein, wenn diese einen Sitz im Inland haben.²¹⁴ AN, die im Wege der Arbeitnehmerüberlassung überlassen werden, sind dem Verleiher als AG zuzurechnen.²¹⁵ Für den Begriff des öffentlichen AG, mit dem jede juristische Person des öffentlichen Rechts erfasst wird, siehe genauer § 154 Abs 2 dSGB IX.²¹⁶

b) Begriff des Arbeitsplatzes

Mit dem Begriff des Arbeitsplatzes in § 156 dSGB IX wurde das Ziel verfolgt, einen einheitlichen Rechenmaßstab für die Berechnung der Mindestzahl zu Grunde zu legen.²¹⁷ Als Arbeitsplatz

²⁰⁸ Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 154 Rz 2 f.

²⁰⁹ Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 154 Rz 14.

²¹⁰ In § 154 Abs 2 dSGB IX wird dieses Prinzip für öffentliche Arbeitgeber allerdings durchbrochen.

²¹¹ Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 154 Rz 4.

²¹² Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁹⁰ SGB IX § 154 Rz 3 (Stand: 1. 9. 2020, beck-online.beck.de).

²¹³ Kossens in Kossens/Heide/Maaß, SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit Behindertengleichstellungsgesetz⁴ (2015) § 71 Rz 12; Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 154 Rz 5.

²¹⁴ Kossens in Kossens/Heide/Maaß⁴ § 71 Rz 15.

²¹⁵ Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 154 Rz 5.

²¹⁶ Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching⁹⁰ SGB IX § 154 Rz 3.

²¹⁷ Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 156 Rz 2.

iSd § 156 Abs 1 dSGB IX werden alle Stellen verstanden, „auf denen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Beamtinnen und Beamte, Richterinnen und Richter sowie Auszubildende und andere zu ihrer beruflichen Bildung Eingestellte beschäftigt werden“. AN iSv Abs 1 leg cit sind alle Personen, die auf Grundlage eines privatrechtlichen Vertrags in persönlicher Abhängigkeit zur Leistung von weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit im Dienste eines anderen verpflichtet sind (vgl auch § 611a Abs 1 dBGB²¹⁸).²¹⁹ Davon nicht erfasst werden etwa Organmitglieder einer juristischen Person, Heimarbeiter, mitarbeitende Familienangehörige, Selbstständige, Handelsvertreter oder freie Mitarbeiter.²²⁰ Grds unerheblich ist hierbei, ob eine Beschäftigung im Rahmen eines Voll- oder Teilzeitarbeitsverhältnisses vorliegt. Erheblich wird das Beschäftigungsausmaß nur, wenn dieses weniger als 18 Stunden wöchentlich beträgt, weil dann die Ausnahme nach § 156 Abs 3 dSGB IX greifen würde.²²¹ Neben den AN sind als „Auszubildende und andere zu ihrer beruflichen Bildung Eingestellte“ noch Personen erfasst, die nach dem Berufsbildungsgesetz (BBiG)²²² oder nach beamtenrechtlichen Vorschriften eine Ausbildung absolvieren.²²³ Hier können etwa angeführt werden: Lehrlinge, Anlernlinge, Volontäre und Umschüler.²²⁴ Bei Praktikanten ist die Zuordnung umstritten.²²⁵

Gem § 156 Abs 2 dSGB IX nicht als Arbeitsplatz gelten Stellen, auf welchen beschäftigt werden: Behinderte Menschen, die an Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben iSd § 49 Abs 3 Z 4 dSGB IX in Betrieben oder Dienststellen teilnehmen (Z 1), Personen, deren Beschäftigung nicht primär dem eigenen Erwerbszweck dient, sondern vorwiegend durch karitative oder religiöse Beweggründe bestimmt ist sowie Geistliche öffentlich-rechtlicher Religionsgemeinschaften (Z 2), Personen, die vorwiegend zur eigenen Heilung, Wiedereingewöhnung oder Erziehung, nicht jedoch zu deren Erwerbszweck, beschäftigt werden (Z 3), Personen, die an Arbeitsbeschaffungsmaßnahme iSd dSGB III²²⁶ teilnehmen (Z 4), Personen, die nach ständiger Übung ihre Stelle einer Wahl verdanken (Z 5) und Personen, deren Beschäftigung infolge von Wehr- oder Zivildienst, Elternzeit, unbezahlten Urlaub, Bezugs einer Rente auf Zeit oder bei Altersteilzeitarbeit in der Freistellungsphase ruht, solange eine Vertretung eingestellt ist (Z 6). Ferner nicht als Arbeitsplatz iSd § 156 Abs 1 dSGB IX gelten Stellen, die aufgrund der Natur der Arbeit oder der Parteienvereinbarung nur auf eine Dauer von höchstens acht Wochen besetzt sind und Stellen, mit einem Beschäftigungsausmaß von weniger als 18 Stunden wöchentlich (§ 156 Abs 3 dSGB IX).

c) Berechnung der Pflichtarbeitsplatzzahl

Für die Ermittlung der jahresdurchschnittlichen Zahl der Arbeitsplätze (Bemessungsgrundlage für die Pflichtquote) ist eine Jahressumme aus der Zahl der monatlichen Arbeitsplätze zu bilden und diese dann durch die Summe der Monate der Betriebstätigkeit zu dividieren.²²⁷ Innerhalb eines Monats ist diese Rechengröße mit der Zahl der beschäftigten Personen im jeweiligen Monat ident.²²⁸ In die Ermittlung nicht miteinzubeziehen sind gem § 157 Abs 1 dSGB IX Stellen, auf welchen Auszubildende iSv § 3 BBiG beschäftigt werden (Ausbildungsplätze) und Stellen, auf denen „Rechts- oder Studienreferendarinnen und -referendare“, die einen Rechtsanspruch auf Einstellung haben, ausgebildet werden.²²⁹ Auf Basis der ermittelten jahresdurchschnittlichen Zahl der Arbeitsplätze ist dann durch

²¹⁸ Bürgerliches Gesetzbuch (dBGB) dRGBI 1896/195 idF dBGBI I 2021/607.

²¹⁹ Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 156 Rz 4.

²²⁰ Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 156 Rz 4 (Stand: 1. 9. 2020, beck-online.beck.de); Kossens in Kossens/Heide/Maaß, SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit Behindertengleichstellungsgesetz (2015) § 73 Rz 6; Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 156 Rz 4.

²²¹ Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 156 Rz 5.

²²² Berufsbildungsgesetz (BBiG) dBGBI I 1969/1112 idF dBGBI I 2021/591.

²²³ Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching⁶⁰ SGB IX § 156 Rz 6.

²²⁴ Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 156 Rz 8.

²²⁵ Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching⁶⁰ SGB IX § 156 Rz 6; Kossens in Kossens/Heide/Maaß⁴ § 73 Rz 10.

²²⁶ Dritte Buch Sozialgesetzbuch (dSGB IX) dBGBI I 1997/594, 595 idF dBGBI I 2021/2.

²²⁷ Kossens in Kossens/Heide/Maaß⁴ § 71 Rz 3.

²²⁸ Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching⁶⁰ SGB IX § 156 Rz 3.

²²⁹ Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 157 Rz 3 (Stand: 1. 9. 2020, beck-online.beck.de).

Anwendung der Pflichtquote (idR die 5%-Regel) des § 154 Abs 1 S 1 dSGB IX die Pflichtarbeitsplatzzahl für schwerbehinderte Menschen zu berechnen.²³⁰ Die daraus resultierende Pflichtarbeitsplatzzahl ist unter Berücksichtigung der Rundungsregel des § 157 Abs 2 dSGB IX entsprechend zu runden. Nach § 157 Abs 2 dSGB IX ist bei sich ergebenden Bruchteilen von 0,5 und mehr aufzurunden. Hat der AG jahresdurchschnittlich weniger als 60 Arbeitsplätze wird das Ergebnis stets abgerundet. Die 5%-Regel des § 154 Abs 1 S 1 dSGB IX kann aufgrund der Verordnungsermächtigung in § 162 Z 1 dSGB IX durch Rechtsverordnung auf den „*jeweiligen Bedarf an Arbeitsplätzen für schwerbehinderte Menschen*“ angepasst werden. Durch Anpassung kann die Pflichtquote auf höchstens 10% erhöht werden oder auf bis zu 4% herabgesetzt werden. Für öffentlich AG ist es zulässig, eine höhere Pflichtquote als für private AG festzusetzen. Bei der Berechnung der Pflichtplatzzahl für öffentliche AG ist die Übergangsregelung in § 241 Abs 1 dSGB IX zu berücksichtigen. Diese kann unter den Voraussetzungen dieser Bestimmung die Anwendung der „alten“²³¹ Pflichtquote, welche bei 6% gelegen ist, bewirken.

d) *Anrechnungen auf die Pflichtarbeitsplatzzahl*

Auf die ermittelte und gerundete Pflichtarbeitsplatzzahl finden gem den Anrechnungsvorgaben des § 158 dSGB IX folgende Anrechnungen statt:

Bereits auf einem Arbeitsplatz iSd § 156 Abs 1 oder Abs 2 dSGB IX beschäftigte schwerbehinderte Menschen, werden auf die Pflichtarbeitsplatzzahl eins zu eins angerechnet (Abs 1 leg cit). Weiters werden eins zu eins angerechnet, Schwerbehinderte, die in Teilzeitbeschäftigung kürzer als betriebsüblich, aber nicht weniger als 18 Stunden wöchentlich beschäftigt werden (Abs 2 S 1 leg cit). Eine Herabsetzung der wöchentlichen Arbeitszeit unter 18 Stunden infolge von Altersteilzeit schadet einer Anrechnung nicht (Abs 2 S 2 leg cit). Nach einzelfallbezogener Prüfung kann die BA eine Anrechnung auch bei einem Beschäftigungsausmaß von weniger als 18 Stunden zulassen, wenn die „geringere Dauer“ der Teilzeitbeschäftigung aufgrund der Art oder Schwere der Behinderung erforderlich ist (Abs 2 S 3 leg cit).²³² Zudem kommt eine Anrechnung für Schwerbehinderte in Betracht, die im Zuge einer Maßnahme zur Förderung des Übergangs aus einer Werkstatt für behinderte Menschen in den allgemeinen Arbeitsmarkt übernommen werden (Abs 3 leg cit). Auch noch eins zu eins auf einen Pflichtarbeitsplatz anzurechnen sind schwerbehinderte AG (Abs 4 leg cit) und Inhaber eines Bergmannversorgungsscheins, auch wenn diese keine schwerbehinderten oder gleichgestellt behinderten Menschen sind (Abs 5 leg cit).

Abweichend von den Anrechnungsvorgaben in § 158 dSGB IX, die eine Anrechnung eins zu eins vorsehen, werden in § 159 dSGB IX Möglichkeiten einer Mehrfachanrechnung statuiert. Durch die Möglichkeit einer Mehrfachanrechnung soll ein gezielter Anreiz für AG zur Beschäftigung von Schwerbehinderten mit besonderen Schwierigkeiten bei der Teilhabe am Arbeitsleben gesetzt werden.²³³ Nach § 159 Abs 1 S 1 dSGB IX kann die BA, die Anrechnung eines Schwerbehinderten, besonders eines Schwerbehinderten iSd § 155 Abs 1 dSGB IX auf mehr als einen Pflichtarbeitsplatz zulassen, falls dessen Eingliederung ins Arbeitsleben auf besondere Schwierigkeiten stößt. Das Ermessen²³⁴ der Behörde ist, was das Anrechnungsausmaß betrifft, gesetzlich mit höchstens drei Pflichtarbeitsplätzen beschränkt. Auch für schwerbehinderte Menschen in Teilzeitbeschäftigung (nach § 158 Abs 2 dSGB IX) oder für Schwerbehinderte im „*Anschluss an eine Beschäftigung in einer*

²³⁰ Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 157 Rz 3.

²³¹ Siehe das Wort „weiterhin“ im Wortlaut des § 241 Abs 1 dSGB IX.

²³² Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 158 Rz 13.

²³³ Jabben in Rofls/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 159 Rz 2 (Stand: 1. 9. 2020, beck-online.beck.de); Kossens in Kossens/Heide/Maalß, SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit Behindertengleichstellungsgesetz¹⁴ (2015) § 76 Rz 1.

²³⁴ In der Lit wird § 159 Abs 1 dSGB IX als Ermessensvorschrift interpretiert, siehe dazu Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 159 Rz 11.

Werkstatt für behinderte Menschen“ ist eine Mehrfachanrechnung möglich (§ 159 Abs 1 S 2 dSGB IX). Gem § 159 Abs 2 S 1 dSGB IX ist eine Mehrfachanrechnung auch bei schwerbehinderten Menschen, die beruflich ausgebildet werden (schwerbehinderte Auszubildende²³⁵), vorzunehmen. Diese sind mit zwei Pflichtarbeitsplätzen anzurechnen. Eine solche Anrechnung ist auch während der Zeit einer Ausbildung iSd § 51 Abs 2 dSGB IX, welche im Betrieb oder in der Dienststelle absolviert wird, möglich (§ 159 Abs 2 S 2 dSGB IX). Nach S 3 leg cit kann die BA wiederum eine Anrechnung auch auf drei Pflichtarbeitsplätze zulassen, sofern „die Vermittlung in eine berufliche Ausbildungsstelle wegen Art oder Schwere der Behinderung auf besondere Schwierigkeiten stößt“. Erfolgt eine Übernahme des ausgebildeten Schwerbehinderten infolge abgeschlossener Ausbildung durch den ausbildenden oder einen anderen AG, ist der Schwerbehinderte im ersten Beschäftigungsjahr auf zwei Pflichtarbeitsplätze anzurechnen (§ 159 Abs 2 S 4 dSGB IX). Die Übernahme des ausgebildeten Schwerbehinderten muss in zeitlicher Nähe zum Ausbildungsabschluss passieren.²³⁶

4. Ausgleichsabgabe

a) Funktion und Rechtsnatur der Ausgleichsabgabe

Wird nach Berücksichtigung von einfach²³⁷ und mehrfach Anrechnungen die ermittelte und gerundete Pflichtarbeitsplatzzahl gem § 154 Abs 1 dSGB IX nicht erreicht, ist lt § 160 Abs 1 S 1 dSGB IX für jeden unbesetzten Pflichtarbeitsplatz eine Ausgleichsabgabe zu leisten. In der Lit wird die Ausgleichsabgabe iSd § 160 dSGB IX als Instrument aktiver staatlicher Sozialpolitik bezeichnet, wobei ihr hierbei eine doppelte Funktion zugeschrieben wird.²³⁸ Einerseits soll der Ausgleichsabgabe Ausgleichsfunktion zukommen, um den Wettbewerbsvorteil, der einem AG durch Nichterfüllung der Beschäftigungspflicht von schwerbehinderten Menschen entsteht, auszugleichen.²³⁹ Andererseits hat die Ausgleichsabgabe Antriebsfunktion, weil AG durch die drohende Sanktion der Ausgleichsabgabe angehalten werden sollen, schwerbehinderte Menschen einzustellen und zu beschäftigen.²⁴⁰ Verfassungsrechtlich wurde die Doppelfunktion der Ausgleichsabgabe in der Rsp des Bundesverfassungsgericht (dBVerfG) nicht bestanden und kann somit als verfassungsgemäß angesehen werden.²⁴¹

In ihrer Rechtsnatur ist die Ausgleichsabgabe als nichtsteuerliche öffentliche Sonderabgabe zu beurteilen, deren Zahlungsverpflichtung eine öffentlich-rechtliche ist.²⁴² Von steuerlichen Abgaben lässt sich die Ausgleichsabgabe durch ihre Zweckgebundenheit in der Verwendung in § 160 Abs 5 dSGB IX und durch ihre Nichteinhebung zur Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs, abgrenzen.²⁴³

b) Verpflichtung zur Zahlung der Ausgleichsabgabe

Die Verpflichtung zur Zahlung der Ausgleichsabgabe bei Nichterfüllung der Beschäftigungspflicht entsteht unmittelbar kraft Gesetzes.²⁴⁴ Die Feststellung mittels Feststellungsbescheid durch das zuständige Integrationsamt im Falle von säumiger Abfuhr für rückständige Beträge hat nur deklarative

²³⁵ Zum Begriff vgl Kossens in Kossens/Heide/Maaß⁴ § 76 Rz 7.

²³⁶ Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 159 Rz 15.

²³⁷ Abgestellt wird hier auf die Anrechnungsvorgaben des § 158 dSGB IX, die eine Anrechnung eins zu eins vorsehen.

²³⁸ Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 160 Rz 2 (Stand: 1. 9. 2020, beck-online.beck.de); Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 160 Rz 2.

²³⁹ Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching⁶⁰ SGB IX § 160 Rz 2.

²⁴⁰ Kossens in Kossens/Heide/Maaß, SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit Behindertengleichstellungsgesetz⁴ (2015) § 77 Rz 2.

²⁴¹ dBVerfG 26.05.1981, 1 BvL 56/78, 1 BvL 57/78, 1 BvL 58/78; dBVerfG 01.10.2004, 1 BvR 2221/03.

²⁴² Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 160 Rz 4.

²⁴³ Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching⁶⁰ SGB IX § 160 Rz 4.

²⁴⁴ Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 160 Rz 5.

Wirkung, eine konstitutive Bedeutung kommt dieser nicht zu.²⁴⁵ Vielmehr trifft den AG die Verpflichtung, die zu zahlende Ausgleichsabgabe, auf Grundlage der Meldung gem § 163 Abs 2 dSGB IX, selbst zu berechnen und an das für den Sitz des AG örtlich zuständigen Integrationsamt bei Fälligkeit abzuführen.²⁴⁶ Die Fälligkeit der Ausgleichsabgabe ergibt sich aus § 160 Abs 4 dSGB IX mit der Fälligkeit der Erstattung der Anzeige nach § 163 Abs 2 dSGB IX. Sowohl die Erstattung der Anzeige nach § 163 Abs 2 dSGB IX, als auch die Zahlung der Ausgleichsabgabe sind mit spätestens 31. März des vorangegangenen Kalenderjahres ex post fällig (§§ 160 Abs 4, 163 Abs 2 dSGB IX). Die Ausgleichsabgabe ist somit jährlich für das Vorjahr im Nachhinein vom AG aus eigenen Mittel zu zahlen, wobei eine Überwälzung auf die AN nicht gestattet ist.²⁴⁷

Gänzlich unerheblich ist für die Zahlungsverpflichtung des AG, ob diesen an der Nichterfüllung seiner Beschäftigungspflicht ein etwaiges Verschulden trifft. Weiters ist die Zahlungsverpflichtung auch unabhängig davon, inwieweit auf dem Arbeitsmarkt überhaupt ausreichend schwerbehinderte Menschen zur Beschäftigung vorhanden sind bzw von der BA nachgewiesen werden können.²⁴⁸ Gem § 160 Abs 1 S 2 dSGB IX wird die Verpflichtung des AG zur Beschäftigung von Schwerbehinderten durch die Zahlung der Ausgleichsabgabe nicht aufgehoben. Dem AG steht kein Wahlrecht zwischen der Pflicht zur Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen und der Verpflichtung zur Zahlung der Ausgleichsabgabe zu.²⁴⁹ Die Pflicht zur Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen kann gem § 238 Abs 1 Z 1 dSGB IX bei Vorliegen der Voraussetzungen dieser Bestimmung²⁵⁰ auch durch Verhängung von Bußgeldern durchgesetzt werden.

c) Ermittlung der Ausgleichsabgabenhöhe

Die Bemessung der Ausgleichsabgabenhöhe erfolgt nach § 160 Abs 1 S 3 dSGB IX auf Grundlage der jahresdurchschnittlichen Beschäftigungsquote. Die Jahresdurchschnittsbetrachtung ermöglicht es, einzelne Monate eines Kalenderjahres auszugleichen.²⁵¹ Gem § 160 Abs 2 S 1 dSGB IX beträgt die Ausgleichsabgabe je unbesetztem Pflichtarbeitsplatz € 125,- bei einer jahresdurchschnittlichen Beschäftigungsquote von 3% bis weniger als 5%²⁵² (Z 1), € 220,- bei einer jahresdurchschnittlichen Beschäftigungsquote von 2% bis weniger als 3% (Z 2) und € 320,- bei einer jahresdurchschnittlichen Beschäftigungsquote von weniger als 2% (Z 3). Abweichend von § 160 Abs 2 S 1 dSGB IX sieht § 160 Abs 2 S 2 dSGB IX für kleine AG eine Sonderregelung vor.²⁵³ Nach § 160 Abs 2 S 2 dSGB IX beträgt die Ausgleichsabgabe je unbesetztem Pflichtarbeitsplatz für AG mit jahresdurchschnittlich weniger als 40 zu berücksichtigenden Arbeitsplätzen bei einer jahresdurchschnittlichen Beschäftigung von weniger als einem Schwerbehinderten € 125,- (Z 1), für AG mit jahresdurchschnittlich weniger als 60 zu berücksichtigenden Arbeitsplätzen bei einer jahresdurchschnittlichen Beschäftigung von weniger als zwei, aber mehr als einem Schwerbehinderten € 125,- (Z 2 HS 1) und bei einer jahresdurchschnittlichen Beschäftigung von weniger als einem Schwerbehinderten € 220,- (Z 2 HS 2). Der errechnete Ausgleichsabgabenbetrag ist als monatlicher Betrag zu verstehen, sodass bei Nichterfüllung der Beschäftigungsquote in mehreren Monaten eines Jahres der Betrag zu multiplizieren ist.²⁵⁴

²⁴⁵ Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 160 Rz 6.

²⁴⁶ Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching⁶⁰ SGB IX § 160 Rz 8; Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 160 Rz 6.

²⁴⁷ Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching⁶⁰ SGB IX § 160 Rz 4.

²⁴⁸ Kossens in Kossens/Heide/Maaß⁴ § 77 Rz 4.

²⁴⁹ Kossens in Kossens/Heide/Maaß⁴ § 77 Rz 5; Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 160 Rz 9.

²⁵⁰ Voraussetzung ist ein ordnungswidriges vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln, siehe im Detail § 238 dSGB IX.

²⁵¹ Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 160 Rz 11.

²⁵² Im Wortlaut der Bestimmung wird vom „geltenden Pflichtenatz“ gesprochen. Dieser beträgt gem § 154 Abs 1 S 1 dSGB IX 5%, wobei die Übergangsregelung in § 241 Abs 1 dSGB IX entsprechend zu berücksichtigen ist. Diese kann unter bestimmten Voraussetzungen zum „alten“ Pflichtenatz iHv 6% führen. Per Rechtsverordnung nach § 162 Z 1 dSGB IX kann der Pflichtenatz in § 154 Abs 1 S 1 dSGB IX erhöht oder herabgesetzt werden.

²⁵³ Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching⁶⁰ SGB IX § 160 Rz 6.

²⁵⁴ dOVG Münster 30.03.2012, 12 A 2146/11; Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 160 Rz 16.

Die gesetzlichen Ausgleichabgabenbeträge in § 160 Abs 2 dSGB IX sind gem § 160 Abs 3 dSGB IX einer Dynamisierung, die an der Lohnentwicklung orientiert ist, unterworfen.²⁵⁵ Nach § 160 Abs 3 S 1 dSGB IX erhöhen sich die Ausgleichsabgabenbeträge entsprechend der Veränderung der Bezugsgröße nach § 18 Abs 1 dSGB IV²⁵⁶. Erhöht sich diese Bezugsgröße seit der letzten Neubestimmung der Ausgleichsabgabenbeträge um wenigsten 10%, dann erhöhen sich auch die Ausgleichsabgabenbeträge (§ 160 Abs 3 S 2 dSGB IX). Die Erhöhung erfolgt dadurch, dass der Faktor für die Veränderung der Bezugsgröße mit dem jeweiligen Ausgleichsabgabenbetrag vervielfältigt wird (§ 160 Abs 3 S 3 dSGB IX). Der Erhöhungsbetrag und die angepassten Ausgleichsabgabenbeträge sind im Bundesanzeiger bekanntzugeben (§ 160 Abs 3 S 5 dSGB IX).

d) *Anrechnungsregel des § 223 dSGB IX*

Bei der Berechnung des zu entrichtenden Ausgleichabgaben(gesamt)betrags ist noch die Anrechnungsregel des § 223 dSGB IX zu berücksichtigen. Nach § 223 Abs 1 S 1 dSGB IX können AG, welche Aufträge an anerkannte Werkstätten für behinderte Menschen erteilen, „50% des auf die Arbeitsleistung der Werkstatt entfallenden Rechnungsbetrags solcher Aufträge (Gesamtrechnungsbetrag abzüglich Materialkosten)“ auf den Ausgleichabgaben(gesamt)betrag anrechnen. Ziel dieser Anrechnungsregel ist es, Werkstätten für behinderten Menschen mit Aufträgen zu fördern und diesen sinnvolle und in der Wirtschaft notwendige Aufgaben in ausreichendem Umfang zuzuleiten. Dies ist notwendig, damit die Werkstätten für behinderte Menschen ihren Aufgaben iSv § 219 dSGB IX nachkommen können und behinderte Menschen Sinn, Zweck und Notwendigkeit der eigenen Tätigkeit erfassen können.²⁵⁷ Die Voraussetzung für die Anrechnung und die Anrechnungsmodalitäten können im Detail aus § 223 dSGB IX entnommen werden.

e) *Verwendung der Ausgleichabgabe*

Die Verwendung der eingehobenen Ausgleichsabgabe ist gem § 160 Abs 5 dSGB IX zweckgebunden. Nach § 160 Abs 5 S 1 dSGB IX darf diese nur zur Finanzierung von „besondere[n] Leistungen zur Förderung der Teilhabe schwerbehinderter Menschen am Arbeitsleben einschließlich begleitender Hilfe im Arbeitsleben“ eingesetzt werden, insoweit Mittel für den gleichen Zweck nicht von anderer Seite erbracht werden oder zu erbringen sind. Die Bewilligung von Leistungen aus den Mitteln der Ausgleichsabgabe liegt im Ermessen des Integrationsamts, ein gebundener Anspruch auf bestimmte Mittel oder auf eine bestimmte Art von Mitteln besteht nicht.²⁵⁸

5. Sonderkündigungsschutz

a) *Funktionsweise und Zweck des Sonderkündigungsschutzes*

Ähnlich wie für begünstigte Behinderte in Österreich, ist in Deutschland in Kapitel 4 des dSGB IX ein „öffentlich-rechtlicher Sonderkündigungsschutz präventiver Art“²⁵⁹ für schwerbehinderte Menschen vorgesehen. Nach dem Normtext des § 168 dSGB IX bedarf die Kündigung eines AV mit einem schwerbehinderten Menschen durch den AG der vorherigen Zustimmung des Integrationsamts. Damit wird die Ausübung des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts einer präventiven staatlichen Kontrolle und öffentlich-rechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzung unterworfen, womit bereits vorgelagert

²⁵⁵ Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 160 Rz 18.

²⁵⁶ Viertes Buch Sozialgesetzbuch (dSGB IV) dBGBI I 1976/3845 idF dBGBI I 2021/274.

²⁵⁷ Pahlen in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 223 Rz 2; Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 223 Rz 1 (Stand: 1. 9. 2020, beck-online.beck.de).

²⁵⁸ dVG Saarlouis 29.05.2015, 3 K 1015/14; Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 160 Rz 36.

²⁵⁹ Vossen in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht. Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen⁶ (2021) § 168 SGB IX Rz 2.

zur Kündigung die besonderen Schutzinteressen des Schwerbehinderten berücksichtigt werden müssen und mit dem Schutzzweck der Norm unvereinbare Kündigungen verhindert werden.²⁶⁰ Durch diese rechtliche Konstruktion einer Kombination zwischen Verbot und Erlaubnisvorbehalt wird eine eigentlich privatrechtliche Frage durch öffentliches Recht überlagert. Der Zustimmungsentscheidung des Integrationsamts kommt die Wirkung eines privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts zu.²⁶¹

Generelle Intention des Sonderkündigungsschutzes ist es, schwerbehinderte Menschen vor den besonderen Gefahren, denen diese aufgrund ihrer Behinderung am Arbeitsmarkt ausgesetzt sind, zu schützen. Dadurch soll gewährleistet werden, dass Schwerbehinderte im Vergleich zu anderen AN am Arbeitsmarkt nicht in eine (noch) ungünstigere Position gelangen.²⁶² Weiters dürfte es Intention des Gesetzgebers gewesen sein, seine besonderen Anstrengungen, schwerbehinderte Menschen eine den Kenntnissen und Fähigkeiten angemessenen Tätigkeit zu verschaffen, abzusichern, um zu verhindern, dass sich AG der auferlegten Eingliederungspflicht wieder durch Kündigung entledigen können.²⁶³

Nicht bezwecken werden soll mit dem Sonderkündigungsschutz hingegen eine zweigleisige arbeitsrechtliche Kontrolle von AG-Kündigungen. Vom Integrationsamt soll insb nicht geprüft werden, inwieweit die Vorgaben des Kündigungsgesetzes (dKSchG)²⁶⁴ eingehalten wurden und die beabsichtigte Kündigung iSd dKSchG sozial gerechtfertigt ist. Diese Kontrolle bleibt als originäre Aufgabe der Arbeitsgerichte diesen selbst vorbehalten.²⁶⁵

b) Gesetzliche Mindestkündigungsfrist

Für arbeitgeberseitige (ordentliche) Kündigungen legt nun § 169 dSGB IX eine gesetzliche Mindestkündigungsfrist²⁶⁶ von vier Wochen fest. Von dieser Mindestkündigungsfrist von vier Wochen erfasst werden sowohl (ordentliche) Änderungs- als auch Beendigungskündigungen durch den AG.²⁶⁷ Gem § 174 Abs 1 dSGB IX davon ausdrücklich ausgenommen sind außerordentliche Kündigungen, auf diese findet § 169 dSGB IX keine Anwendung. Auch gilt die vierwöchige Mindestkündigungsfrist nicht für Kündigungen des AN, da Kapitel 4 des dSGB IX nur Schutzbestimmungen zugunsten des schwerbehinderten AN enthält.²⁶⁸ Die Mindestkündigungsfrist hat einseitig zwingenden Charakter, womit von dieser weder durch Einzelarbeitsvertrag noch kollektivvertraglich durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung zu Lasten des schwerbehinderten AN abgegangen werden kann.²⁶⁹ Nicht dadurch beschränkt wird aber die Anwendung von längeren Kündigungsfristen, die einzel- oder kollektivvertraglich in Betracht kommen können, da diese dem § 169 dSGB IX vorgehen.²⁷⁰ Die vierwöchige Mindestkündigungsfrist beginnt, wie jede andere (ordentliche) Kündigungsfrist auch, gem § 187 Abs 1 dBGB mit dem Tag nach dem Zugang der Kündigung zu laufen, nachdem die Zustimmung durch das Integrationsamt zur Kündigung erteilt wurde.²⁷¹ Der Fristenlauf endet lt § 188 Abs 2 dBGB mit Ablauf des Tages der durch seine Benennung dem Tag, an dem die Kündigung zugeht, entspricht.²⁷² Kündigungstermine werden von § 169 dSGB IX nicht mitgeregelt, weshalb die

²⁶⁰ Rofls in Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht²¹ (2021) § 168 SGB IX Rz 1; Vossen in Ascheid/Preis/Schmidt⁶ § 168 SGB IX Rz 2.

²⁶¹ Gutzeit in Rofls/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 168 Rz 3 (Stand: 1. 3. 2021, beck-online.beck.de).

²⁶² dBAG 16.2.2012, 6 AZR 553/1, Rz 21; dBVerwG 02.07.1992, 5 C 51.90.

²⁶³ Gutzeit in Rofls/Giesen/Kreikebohm/Udsching⁶⁰ SGB IX § 168 Rz 5.

²⁶⁴ Kündigungsschutzgesetz (dKSchG) dBGBI I 1951/499 idF dBGBI I 2020/2112.

²⁶⁵ Neumann in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 168 Rz 6; Gutzeit in Rofls/Giesen/Kreikebohm/Udsching⁶⁰ SGB IX § 168 Rz 6.

²⁶⁶ Vossen in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht. Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen⁶ (2021) § 169 SGB IX Rz 1.

²⁶⁷ Rofls in Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht²¹ (2021) § 169 SGB IX Rz 1.

²⁶⁸ Vossen in Ascheid/Preis/Schmidt⁶ § 169 SGB IX Rz 3; Kossens in Kossens/Heide/Maaß, SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit Behindertengleichstellungsgesetz⁴ (2015) § 86 Rz 9; aA Neumann in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 169 Rz 4.

²⁶⁹ Rofls in Müller-Glöge/Preis/Schmidt²¹ § 169 SGB IX Rz 1.

²⁷⁰ Vossen in Ascheid/Preis/Schmidt⁶ § 169 SGB IX Rz 3.

²⁷¹ Neumann in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 169 Rz 7.

²⁷² Vossen in Ascheid/Preis/Schmidt⁶ § 169 SGB IX Rz 4.

gesetzlich geregelten oder tarif- bzw einzelvertraglich vereinbarten Kündigungstermine zur Anwendung gelangen.²⁷³

c) *Antrag auf Zustimmung zur Kündigung*

Beabsichtigt nun ein AG einen schwerbehinderten AN zu kündigen, muss dieser vor dem Ausspruch der Kündigung das Antragsverfahren gem § 170 dSGB IX durchlaufen und die Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung beantragen.²⁷⁴ Nach § 170 Abs 1 dSGB IX kann ausschließlich der AG um Zustimmung zur Kündigung eines schwerbehinderten AN per Antrag ersuchen. Ein amtswegiges Tätigwerden durch Eröffnung eines entsprechenden Verfahrens durch das Integrationsamt ist ausgeschlossen, selbst wenn das Integrationsamt von dritter Seite von der Kündigungsabsicht des AG erfährt.²⁷⁵ Der Antrag selbst ist „bei dem für den Sitz des Betriebes oder der Dienststelle“ örtlich zuständigen Integrationsamt einzubringen. Für Betriebe ist das örtlich zuständige Integrationsamt jenes, in dessen Bezirk sich der Sitz des Betriebes befindet.²⁷⁶ Wird der Antrag bei einem unzuständigen Integrationsamt gestellt, hat das unzuständige Integrationsamt den Antrag an das zuständige Integrationsamt unverzüglich weiterzuleiten (vgl dazu § 16 Abs 2 dSGB I²⁷⁷).²⁷⁸ Die Antragsstellung durch den AG muss entweder schriftlich oder elektronisch erfolgen. Schriftlichkeit des Antrags wird regelmäßig nur dann gewahrt sein, wenn der Antrag eigenhändig durch Namensunterschrift bzw mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet ist.²⁷⁹ Nach überwiegender Ansicht auch ausreichend erscheint, wenn der Antrag via Telegramm, Telefax oder Scan eingebracht wird. Hingegen als unzureichend erachtet wird eine mündliche oder telefonische Antragstellung. Gleichfalls nicht ausreichend ist eine (schriftliche) Antragstellung mit Faksimilestempel.²⁸⁰ Erfolgt die Antragsstellung formwidrig, liegt kein wirksamer Antrag vor und das Integrationsamt darf das Zustimmungsverfahren nicht einleiten. Einer förmlichen Zurückweisung des Antrags durch die Behörde bedarf es nicht, wobei diese den antragsstellenden AG dann allerdings schon über die Verletzung der gesetzlichen Formvorschriften zu unterrichten hat.²⁸¹ Hat das Integrationsamt trotz Formfehlers im Antrag ihre Zustimmung erteilt, ist strittig, ob eine Heilung in Betracht kommt.²⁸²

Inhaltlich muss der Antrag hinreichend bestimmt sein, was erfordert, dass im Antrag eindeutig der Wille des AG zum Ausdruck kommt, den betroffenen schwerbehinderten AN kündigen zu wollen. Als notwendige Informationen für die Behörde müssen folgende Angaben im Antrag enthalten sein: Name und Anschrift des betroffenen Schwerbehinderten, Name und Anschrift des AG, Sitz des Beschäftigungsbetriebes, Dauer des Beschäftigungsverhältnisses, Art der Tätigkeit, beabsichtigter Kündigungstermin, Kündigungsfrist und Kündigungsart (ordentlich/außerordentlich).²⁸³ Einer näheren Begründung bedarf der Antrag inhaltlich nicht, mindestens müssen allerdings die Gründe für die Kündigung benannt werden. Freilich empfiehlt es sich zur Verfahrensbeschleunigung den Antrag mit einer eingehenderen Begründung zu versehen. In praxi existieren idZ auch einfache Antragsformulare²⁸⁴ auf den jeweiligen Internetseiten der Integrationsämter.²⁸⁵

²⁷³ Vossen in *Ascheid/Preis/Schmidt*⁶ § 169 SGB IX Rz 3.

²⁷⁴ *Rolfs* in *Müller-Glöge/Preis/Schmidt*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht²¹ (2021) § 170 SGB IX Rz 1.

²⁷⁵ dOVG Lüneburg 16.08.2013, 4 LA 155/12; *Gutzeit* in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 170 Rz 4 (Stand: 1. 3. 2021, beck-online.beck.de).

²⁷⁶ *Rolfs* in *Müller-Glöge/Preis/Schmidt*²¹ § 170 SGB IX Rz 2.

²⁷⁷ Erste Buch Sozialgesetzbuch (dSGB I) dBGBl I 1975/3015 idF dBGBl I 2021/239.

²⁷⁸ *Gutzeit* in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*⁶⁰ SGB IX § 170 Rz 13.

²⁷⁹ Vossen in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht. Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen⁶ (2021) § 170 SGB IX Rz 4; *Gutzeit* in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*⁶⁰ SGB IX § 170 Rz 10.

²⁸⁰ *Kossens* in *Kossens/Heide/Maaß*, SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit Behindertengleichstellungsgesetz⁴ (2015) § 87 Rz 4 f.

²⁸¹ Vossen in *Ascheid/Preis/Schmidt*⁶ § 170 SGB IX Rz 4.

²⁸² Dafür: *Neumann* in *Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben*, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 170 Rz 1; dagegen: Vossen in *Ascheid/Preis/Schmidt*⁶ § 170 SGB IX Rz 5.

²⁸³ *Kossens* in *Kossens/Heide/Maaß*⁴ § 87 Rz 6; *Gutzeit* in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*⁶⁰ SGB IX § 170 Rz 6.

²⁸⁴ für Bayern: https://www.zbfs.bayern.de/imperia/md/content/blvf/integrationsamt/formulare/formular_nr11_kusch_antrag.pdf

²⁸⁵ *Gutzeit* in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*⁶⁰ SGB IX § 170 Rz 7.

Nach Einlangen des Antrags auf Zustimmung beim Integrationsamt, hat dieses gem § 170 Abs 2 dSGB IX „eine Stellungnahme des Betriebsrats oder Personalrates und der Schwerbehindertenvertretung“ einzuholen und den schwerbehinderten Menschen anzuhören. Beides hat durch das Integrationsamt von Amts wegen zu erfolgen und dient der weiteren Sachverhaltsermittlung und Feststellung der innerbetrieblichen Situation.²⁸⁶ Kommt es zur Verletzung dieser Verfahrensvorschriften durch die Behörde, ist die Entscheidung des Integrationsamts durch Widerspruch oder allenfalls Klage aufgrund des zwingenden Charakters von § 170 Abs 2 dSGB IX bekämpfbar, soweit die Verletzung der Verfahrensvorschrift nicht zu keiner anderen Entscheidung in der Sache führen hätte können.²⁸⁷ Insgesamt hat das Integrationsamt in jeder Lage des Verfahrens gem § 170 Abs 3 dSGB IX auf eine gütliche Einigung hinzuwirken. Eine solches Hinwirken auf eine gütliche Einigung kann in der Fortsetzung des AV zu abgeänderten Bedingungen, in der Auflösung des AV gegen Abfindung oder generell im Abschluss eines Aufhebungsvertrags liegen. Nichtsdestotrotz sollen die Einigungsbemühungen der Behörde nicht zu einer Verzögerung der Entscheidung selbst führen.²⁸⁸

d) *Zustimmung und Ermessen des Integrationsamts*

Nach § 171 Abs 1 dSGB IX hat das Integrationsamt seine Entscheidung, falls notwendig, auf Basis einer mündlichen Verhandlung, innerhalb eines Monats vom Tag des Einlangens des Antrags auf Zustimmung zur Kündigung zu fällen. Die Frist von einem Monat darf durch das Integrationsamt nur in außergewöhnlichen Fällen überschritten werden, was insb der Fall ist, wenn über den Antrag des betroffenen AN auf Anerkennung des Schwerbehindertenstatus oder Zuerkennung einer Gleichstellung noch keine Entscheidung getroffen wurde.²⁸⁹ Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung liegt im freien, pflichtgemäßen Ermessen der Behörde.²⁹⁰ Zweck der mündlichen Verhandlung ist es, die Sachverhaltsaufklärung zu befördern und ein Forum für den Versuch einer gütlichen Einigung zu bieten. Regelmäßig wird daher in der Praxis eine mündliche Verhandlung durchgeführt, um schnellere Ergebnisse - verglichen mit dem rein schriftlichen Verfahren - zu erzielen.²⁹¹

Die Entscheidung des Integrationsamts hat dieses nach seinem freien, pflichtgemäßen Ermessen zu treffen und entweder die Zustimmung zur Kündigung zu erteilen oder zu verweigern.²⁹² In der Ausübung des freien, pflichtgemäßen Ermessens ist das Integrationsamt durch die Vorgaben in § 172 dSGB IX teilweise erheblich eingeschränkt.²⁹³ Gem § 172 Abs 1 S 1 dSGB IX ist die Zustimmung zur Kündigung jedenfalls „bei Kündigungen in Betrieb und Dienststellen, die nicht nur vorübergehend eingestellt oder aufgelöst werden“ zu erteilen, wenn zwischen dem Tag der Kündigung und dem Tag, bis zu welchem Gehalt oder Lohn gezahlt wird, mindestens drei Monate liegen (Einstellung oder Auflösung). Hier muss das Integrationsamt die Zustimmung zur Kündigung erteilen, ein Ermessensspielraum steht der Behörde bei diesem Tatbestand nicht zu.²⁹⁴ Weiters soll das Integrationsamt lt § 172 Abs 1 S 2 dSGB IX unter denselben Voraussetzungen „bei Kündigungen in Betrieben und Dienststellen, die nicht nur vorübergehend wesentlich eingeschränkt werden“ die Zustimmung zur Kündigung erteilen, soweit die Gesamtzahl der forthin beschäftigten Schwerbehinderten zur Erfüllung der Beschäftigungspflicht iSd § 154 dSGB IX ausreicht (Einschränkung). Bei diesem Tatbestand hat das Integrationsamt regelmäßig die Zustimmung zu erteilen, außer es liegt ein atypischer Fall

²⁸⁶ Neumann in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben¹⁴ § 170 Rz 19; Gutzeit in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching⁶⁰ SGB IX § 170 Rz 18.

²⁸⁷ Rolfs in Müller-Glöge/Preis/Schmidt²¹ § 170 SGB IX Rz 4; Kossens in Kossens/Heide/Maaß⁴ § 87 Rz 17.

²⁸⁸ Gutzeit in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching⁶⁰ SGB IX § 170 Rz 21; Rolfs in Müller-Glöge/Preis/Schmidt²¹ § 170 SGB IX Rz 4.

²⁸⁹ Rolfs in Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht²¹ (2021) § 171 SGB IX Rz 1.

²⁹⁰ Vossen in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht. Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen⁶ (2021) § 171 SGB IX Rz 3.

²⁹¹ Gutzeit in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 171 Rz 3 (Stand: 1. 3. 2021, beck-online.beck.de).

²⁹² Neumann in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 171 Rz 1.

²⁹³ Neumann in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 172 Rz 2; Rolfs in Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht²¹ (2021) § 172 SGB IX Rz 4.

²⁹⁴ Kossens in Kossens/Heide/Maaß, SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit Behindertengleichstellungsgesetz⁴ (2015) § 89 Rz 9.

vor, indem die Verweigerung zur Zustimmung vom pflichtgemäßen Ermessen getragen wäre.²⁹⁵ Ergänzend zu § 172 Abs 1 S 1 und S 2 dSGB IX sieht § 172 Abs 1 S 3 dSGB IX vor, dass S 1 und S 2 nicht zur Anwendung kommen, falls der Schwerbehinderte mit seinem Einverständnis auf einem anderen Arbeitsplatz desselben Betriebs oder derselben Dienststelle bzw auf einem freien Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb oder einer anderen Dienststelle weiterbeschäftigt werden kann und diese für den AG zumutbar ist (Weiterbeschäftigung). Mit dieser Ergänzung möchte der Gesetzgeber die Erhaltung des Arbeitsplatzes des schwerbehinderten AN auch in Einstellungs-, Auflösungs- und Einschränkungsfällen fördern. Die generelle Ermessensreduktion des Integrationsamts²⁹⁶, die in diesen Fallkonstellationen, über § 172 Abs 1 S 1 und S 2 dSGB IX stattfindet, wird dadurch wieder aufgeweicht und ermöglicht dem Integrationsamt dann im freien, pflichtgemäßen Ermessen, unter Berücksichtigung der Zumutbarkeit für den AG und des Einverständnisses des schwerbehinderten AN, zu entscheiden.²⁹⁷ Neben den Ermessenseinschränkungen in § 172 Abs 1 dSGB IX findet sich eine weitere Ermessensreduktion in § 172 Abs 2 dSGB IX, die eine Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung vorsieht, wenn ein anderer angemessener und zumutbarer Arbeitsplatz dem schwerbehinderten AN gesichert wird. Dieser Tatbestand findet vor allem bei vom AG beabsichtigten Änderungskündigungen Anwendung.²⁹⁸ Das Ermessen des Integrationsamts ist insoweit eingeschränkt, dass dieses bei Sicherstellung eines angemessenen und zumutbaren Arbeitsplatzes die Zustimmung zu erteilen hat.²⁹⁹ Auch hier gilt wieder die Ausnahme des atypischen Falls, wie bei der Einschränkungskonstellation in § 172 Abs 1 S 2 dSGB IX.³⁰⁰ In § 172 Abs 3 dSGB IX sind noch weitere Ermessensschränken für die Entscheidung des Integrationsamts für Sachverhalte, in denen es zu einer Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des AG gekommen ist, vorgesehen. § 172 Abs 3 Z 1 bis 3 dSGB IX enumeriert kumulativ die einzelnen Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die Zustimmung durch das Integrationsamt zur beabsichtigten Kündigung im Insolvenzfall zu erteilen ist.³⁰¹

e) *Zustellung der Entscheidung und Kündigungsausspruch*

Wurde nun vom Integrationsamt über den Antrag auf Zustimmung zur Kündigung entschieden, ist die Entscheidung gem § 171 Abs 2 S 1 dSGB IX dem AG und dem schwerbehinderten AN förmlich zuzustellen. Eine Abschrift der Entscheidung ist auch der BA zu übersenden (§ 171 Abs 2 S 2 dSGB IX). Die förmliche Zustellung bedingt, dass die Entscheidung des Integrationsamts schriftlich zu ergehen hat und sowohl Begründung als auch Rechtsmittelbelehrung enthalten muss.³⁰² Die Zustellung der Entscheidung kann mittels Posturkunde durch die Post, eingeschriebenen Briefs, gegen Empfangsbekanntnis durch die Behörde oder mittels Vorlage der Urschrift durch die Behörde umgesetzt werden.³⁰³ Soweit die Zustellung der Entscheidung beim AG nicht erfolgt ist, trifft diesen eine Kündigungssperre, deren sperrende Wirkung nach überwiegender Ansicht mit Zustellung beseitigt wird.³⁰⁴ Bloß fernmündliche Mitteilungen des Integrationsamts an den AG über die erteilte Zustimmung und den auf dem Postweg befindlichen Zustimmungsentscheid, beseitigen die Sperrwirkung der Kündigungssperre nicht.³⁰⁵

Ist eine positive Zustimmungsentscheidung dem AG wirksam zugestellt worden, hat dieser gem § 171 Abs 3 dSGB IX die Kündigung innerhalb eines Monats, gerechnet ab Zustellung, gegenüber dem schwerbehinderten AN zu erklären. Für die Wahrung dieser einmonatigen Ausschlussfrist ist

²⁹⁵ Gutzeit in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*, BeckOK SozR⁹⁰ SGB IX § 172 Rz 4 (Stand: 1. 3. 2021, beck-online.beck.de); Neumann in *Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben*¹⁴ § 172 Rz 3.

²⁹⁶ „Muss“ in § 172 Abs 1 S 1 dSGB IX und „soll“ in § 172 Abs 1 S 2 dSGB IX.

²⁹⁷ Neumann in *Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben*¹⁴ § 172 Rz 25.

²⁹⁸ Rolfs in *Müller-Glöge/Preis/Schmidt*²¹ § 172 SGB IX Rz 9.

²⁹⁹ Neumann in *Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben*¹⁴ § 172 Rz 27.

³⁰⁰ Rolfs in *Müller-Glöge/Preis/Schmidt*²¹ § 172 SGB IX Rz 4; Vossen in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht. Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen⁶ (2021) § 172 SGB IX 17a.

³⁰¹ Kossens in *Kossens/Heide/Maaß*⁴ § 89 Rz 39.

³⁰² Rolfs in *Müller-Glöge/Preis/Schmidt*²¹ § 171 SGB IX Rz 2.

³⁰³ Neumann in *Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben*¹⁴ § 171 Rz 7.

³⁰⁴ Gutzeit in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*⁶⁰ SGB IX § 171 Rz 11.

³⁰⁵ Rolfs in *Müller-Glöge/Preis/Schmidt*²¹ § 171 SGB IX Rz 2.

der wirksame Zugang der Kündigungserklärung beim schwerbehinderten AN entscheidend.³⁰⁶ Verabsäumt es der AG eine wirksame Kündigungserklärung innerhalb der Ausschlussfrist abzugeben, ist die (verspätete) Kündigung rechtsunwirksam, da es sich bei der einmonatigen Frist um eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist handelt.³⁰⁷ Durch diese Regelung möchte man den schwerbehinderten AN vor zu langer Unklarheit, ob der AG von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht oder nicht, schützen.³⁰⁸ Wird gegen die Entscheidung des Integrationsamts Widerspruch bzw Anfechtungsklage erhoben, kommen diesen Rechtsmitteln keine aufschiebende Wirkung zu (§ 171 Abs 4 dSGB IX). Die Zustimmungsentscheidung der Behörde ist sofort wirksam und sofort vollziehbar.³⁰⁹ Für Fälle der Einstellung oder Auflösung nach § 172 Abs 1 S 1 dSGB IX und der Insolvenz nach § 172 Abs 3 dSGB IX wird die Zustimmung fingiert (Zustimmungsfiktion³¹⁰), soweit das Integrationsamt nicht innerhalb der einmonatigen Frist gem § 171 Abs 1 dSGB IX über den Antrag des AG auf Zustimmung zur Kündigung eine Entscheidung erlässt (vgl im Detail § 171 Abs 5 dSGB IX).

f) *Ausnahmen vom Sonderkündigungsschutz*

In § 173 dSGB IX werden nun zeitliche, persönliche und sachliche Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Sonderkündigungsschutzes definiert.³¹¹ In all diesen Fällen findet das Zustimmungserfordernis des § 168 dSGB IX keine Anwendung und folglich bedarf die Kündigung eines AV mit einem schwerbehinderten AN keiner Zustimmung durch das Integrationsamt.³¹² Ziel dieser Ausnahmen ist einerseits die Verbesserung der Einstellungschancen schwerbehinderter Bewerber sowie andererseits die Möglichkeit schwerbehinderte AN, die sozial abgesichert sind, gegebenenfalls mit deren Einwilligung, auch ohne Zustimmung des Integrationsamts zu kündigen.³¹³ Gem § 173 Abs 1 Z 1 dSGB IX findet der Sonderkündigungsschutz auf Schwerbehinderte keine Anwendung, deren AV bis zum Zugang der Kündigungserklärung ohne Unterbrechung noch nicht länger als sechs Monate bestanden hat. Damit will der Gesetzgeber die Einstellungsbereitschaft der AG erhöhen und diesen die Erprobung eines AV mit einem schwerbehinderten AN ohne Beschäftigungsrisiko ermöglichen.³¹⁴ Innerhalb dieser sechsmonatigen Frist kann der AG den schwerbehinderten AN ohne Einholung der Zustimmung des Integrationsamts und ohne Beachtung der Mindestkündigungsfrist des § 169 dSGB IX kündigen.³¹⁵ Die Kündigungserklärung des AG muss dem Schwerbehinderten spätestens am letzten Tag der Sechs-Monats-Frist zugehen.³¹⁶ Ebenfalls greift der Sonderkündigungsschutz lt § 173 Abs 1 Z 2 dSGB IX nicht ein, für Personen, die auf Stellen iSd § 156 Abs 2 Z 2 bis 5 dSGB IX³¹⁷ beschäftigt werden. Weiters vom Kündigungsschutz ausgenommen sind nach § 173 Abs 1 Z 3 lit a dSGB IX schwerbehinderte AN deren AV durch Kündigung beendet wird, die das 58. Lebensjahr vollendet haben und eine Abfindung, Entschädigung oder ähnliche Leistung aus einem Sozialplan beanspruchen können. Ferner AN, die Anspruch auf eine Knappschaftsausgleichsleistung iSd dSGB VI³¹⁸ oder auf Anpassungsgeld für entlassene AN des Bergbaues haben (§ 173 Abs 1 Z 3 lit b dSGB IX). Für beide Tatbestände des § 173 Abs 1 Z 3 dSGB IX ist Voraussetzung, dass der AG den betroffenen schwerbehinderten AN seine Kündigungsabsicht rechtzeitig mitgeteilt hat und diese der beabsichtigten Kündigung bis zu deren Ausspruch nicht widersprochen haben (siehe § 173 Abs 1 Z 3 aE dSGB IX). Daneben noch ausgeschlossen vom Sonderkündigungsschutz

³⁰⁶ Gutzeit in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*⁶⁰ SGB IX § 171 Rz 16.

³⁰⁷ Vossen in *Ascheid/Preis/Schmidt*⁶ § 171 SGB IX Rz 10.

³⁰⁸ Rolfs in *Müller-Glöße/Preis/Schmidt*²¹ § 171 SGB IX Rz 3.

³⁰⁹ Gutzeit in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*⁶⁰ SGB IX § 171 Rz 17.

³¹⁰ Rolfs in *Müller-Glöße/Preis/Schmidt*²¹ § 171 SGB IX Rz 5.

³¹¹ Gutzeit in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 173 Rz 3 (Stand: 1. 3. 2021, beck-online.beck.de).

³¹² Kossens in *Kossens/Heide/Maaß*, SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit Behindertengleichstellungsgesetz⁴ (2015) § 90 Rz 1.

³¹³ Gutzeit in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*⁶⁰ SGB IX § 173 Rz 3.

³¹⁴ Kossens in *Kossens/Heide/Maaß*⁴ § 90 Rz 2.

³¹⁵ Rolfs in *Müller-Glöße/Preis/Schmidt*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht²¹ (2021) § 173 SGB IX Rz 1.

³¹⁶ Gutzeit in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*⁶⁰ SGB IX § 173 Rz 8.

³¹⁷ siehe dazu welche Stellen betroffen sind Kapitel II.B.3.

³¹⁸ Sechste Buch Sozialgesetzbuch (dSGB VI) dBGBI I 1989/2261 idF dBGBI I 2021/591.

sind Kündigungen, die aus Witterungsgründen³¹⁹ erfolgen und mit einer verbindlichen Wiedereinstellungszusage durch den AG verbunden sind (§ 173 Abs 2 dSGB IX) sowie Kündigungen, die schwerbehinderte AN betreffen, bei denen die Schwerbehinderteneigenschaft zum Zeitpunkt der beabsichtigten Kündigung nicht nachgewiesen ist oder durch das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist iSd § 152 Abs 1 S 3 dSGB IX wegen fehlender Mitwirkung des Schwerbehinderten nicht festgestellt werden konnte (§ 173 Abs 3 dSGB IX). Für Einstellungen auf Probe und Kündigungen von schwerbehinderten AN innerhalb der ersten sechs Monat des AV³²⁰ trifft den AG eine Anzeigepflicht mit vier-tägiger Frist (§ 173 Abs 4 dSGB IX). Die viertägige Frist beginnt bei Einstellungen auf Probe mit der tatsächlichen Einstellung bzw dem Tag der vereinbarten Arbeitsaufnahme zu laufen, bei Kündigungen innerhalb der ersten sechs Monat mit der tatsächlichen Beendigung des AV (nicht Tag des Zu-gangs der Kündigungserklärung)³²¹. Die Anzeigepflicht des AG nach § 173 Abs 4 dSGB IX ist als sank-tionslose Nebenpflicht zu qualifizieren, ein Verstoß gegen diese Pflicht hat nicht die Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge.³²²

g) Außerordentliche Kündigungen

Abgesehen von ordentlich AG-Kündigungen finden die Bestimmung über den Sonderkündigungs-schutz in den §§ 168 ff dSGB IX gem § 174 Abs 1 dSGB IX mit Ausnahme von § 169 dSGB IX – modifiziert durch die Bestimmungen in § 174 Abs 2 bis 6 dSGB IX – auch auf alle³²³ außerordentlichen Kündigungen durch den AG Anwendung. Als außerordentliche Kündigung wird idZ jede arbeitgeber-seitige Kündigung aus wichtigem Grunde verstanden.³²⁴ Für solche außerordentlichen arbeitgeber-seitigen Kündigungen sind nun folgende Modifikationen zum Sonderkündigungsschutz bei ordentli-chen arbeitgeberseitigen Kündigungen zu berücksichtigen:

Nach § 174 Abs 2 dSGB IX muss der AG innerhalb von zwei Wochen, nachdem dieser Kenntnis von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen erlangt hat, einen Antrag auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung beim Integrationsamt stellen. Für die Antragsstellung gelten die Ausführungen zu § 170 dSGB IX entsprechend.³²⁵ Für die Wahrung der zweiwöchigen Aus-schlussfrist ist der Eingang des Antrags beim Integrationsamt maßgebend. Anträge die nach Ab-lauf der Ausschlussfrist verspätet beim Integrationsamt einlangen, sind wegen Fristverletzung unzulässig zurückzuweisen.³²⁶

Die Entscheidung über den Antrag des AG auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung ist vom Integrationsamt innerhalb von zwei Wochen vom Tag des Eingangs des Antrags zu treffen (§ 174 Abs 3 dSGB IX). Trifft das Integrationsamt innerhalb dieser Frist keine Entscheidung, gilt die Zustimmung als erteilt (Zustimmungsfiktion)³²⁷. Maßgebend für die Beurteilung, ob die Zu-stimmung von der Behörde rechtzeitig erteilt wurde, ist, dass die Entscheidung innerhalb der zweiwöchigen Frist den Machtbereich des Integrationsamts verlassen hat.³²⁸ Inhaltlich muss die

³¹⁹ Unter Witterungsgründe werden verstanden: atmosphärische Einwirkungen (bzw äußere Einflüsse), wie etwa Schnee, Regen, Frost, Eis oder Nässe; siehe dazu in der Lit *Gutzeit in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*⁶⁰ SGB IX § 173 Rz 17; *Kossens in Kos-sens/Heide/Maalß* § 90 Rz 13.

³²⁰ Hier wird im exakten Normtext auf den Tatbestand des § 173 Abs 1 Z 1 dSGB IX verwiesen.

³²¹ *Vossen in Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht. Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhält-nissen⁶ (2021) § 173 SGB IX Rz 13; aA *Kossens in Kossens/Heide/Maalß* § 90 Rz 32.

³²² *Gutzeit in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*⁶⁰ SGB IX § 173 Rz 29.

³²³ Mitumfasst werden sowohl Beendigungs- als auch Änderungskündigungen, unabhängig davon, ob diese fristlos oder mit so-zialer Auslaufzeit ausgesprochen werden.

³²⁴ *Neumann in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben*, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Men-schen¹⁴ (2020) § 174 Rz 2.

³²⁵ *Vossen in Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht. Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhält-nissen⁶ (2021) § 174 SGB IX Rz 6.

³²⁶ *Rolfs in Müller-Glöge/Preis/Schmidt*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht²¹ (2021) § 174 SGB IX Rz 4.

³²⁷ *Neumann in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben*¹⁴ § 174 Rz 19.

³²⁸ *Rolfs in Müller-Glöge/Preis/Schmidt*²¹ § 174 SGB IX Rz 5.

Entscheidung endgültig sein, unzulässig wäre etwa eine Ablehnung eines Antrags auf Zustimmung mit der Begründung, es war der Behörde innerhalb der kurzen zweiwöchigen Frist nicht möglich, das Begehren genau zu prüfen.³²⁹

Im Rahmen der materiellen Prüfung des Antrags auf Zustimmung wird das freie, pflichtgemäße Ermessen des Integrationsamts durch § 174 Abs 4 dSGB IX eingeschränkt.³³⁰ Gem § 174 Abs 4 dSGB IX soll das Integrationsamt die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung erteilen, falls die außerordentliche Kündigung „aus einem Grund erfolgt, der nicht im Zusammenhang mit der Behinderung steht“. Steht die Kündigung also nicht iZm der Behinderung muss das Integrationsamt regelmäßig die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung erteilen.³³¹ Darauf hat der AG grds auch einen Anspruch, welchen dieser bei negativer Entscheidung mittels Rechtsmittel durchsetzen kann. Das Integrationsamt darf in solchen Fällen die Zustimmung nur verweigern, wenn ganz besondere, eine Ausnahme rechtfertigende Gründe vorliegen. Denkbar sind etwa ein einmaliger Vorfall und besonders schwierige Unterbringungsmöglichkeiten des betroffenen schwerbehinderten AN.³³²

§ 174 Abs 5 dSGB IX regelt das Verhältnis zu § 626 Abs 2 S 1 dBGB.³³³ § 626 Abs 2 S 1 dBGB sieht vor, dass die Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen erfolgen kann. Diese Frist wird bei einer außerordentlichen Kündigung eines schwerbehinderten AN regelmäßig verstrichen sein, da zuvor noch die Zustimmung des Integrationsamts einzuholen ist.³³⁴ Daher lässt § 174 Abs 5 dSGB IX eine außerordentliche Kündigung auch nach Ablauf der zweiwöchigen Frist des § 626 Abs 2 S 1 dBGB zu, wenn diese unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung durch das Integrationsamt vom AG erklärt wird.

Abschließend, aber praktisch nahezu bedeutungslos, regelt § 174 Abs 6 dSGB IX, dass schwerbehinderten AN, die aus Anlass eines Streiks oder einer Aussperrung fristlos gekündigt worden sind, ein Anspruch auf Wiedereinstellung nach Beendigung des Streiks oder der Aussperrung zusteht.³³⁵

h) Erweiterter Beendigungsschutz

Am Ende des Kapitel 4 über den Sonderkündigungsschutz ist in § 175 dSGB IX noch eine Ausnahmeregelung zum erweiterten Beendigungsschutz vorgesehen, die die Anwendung des Zustimmungserfordernisses des § 168 dSGB IX, über die Beendigung des AV durch ordentlich oder außerordentlich arbeitgeberseitige Kündigung hinaus, auf andere Beendigungsfälle ausweitet.³³⁶ Nach § 175 S 1 dSGB IX bedarf die Beendigung eines AV mit einem schwerbehinderten AN auch der vorherigen Zustimmung durch das Integrationsamt, wenn diese durch Eintritt einer teilweisen Erwerbsminderung, einer Erwerbsminderung auf Zeit, einer Berufsunfähigkeit oder Erwerbsunfähigkeit auf Zeit ohne Kündigung erfolgt. Die Bestimmungen über den Sonderkündigungsschutz gem §§ 168 ff dSGB IX sind entsprechend anzuwenden (§ 175 S 2 dSGB IX).

³²⁹ Vossen in *Ascheid/Preis/Schmidt*⁶ § 174 SGB IX Rz 11.

³³⁰ Rolfs in *Müller-Glöge/Preis/Schmidt*²¹ § 174 SGB IX Rz 6.

³³¹ Vossen in *Ascheid/Preis/Schmidt*⁶ § 174 SGB IX Rz 17.

³³² Neumann in *Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben*¹⁴ § 174 Rz 21.

³³³ Gutzeit in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 174 Rz 14 (Stand: 1. 3. 2021, beck-online.beck.de).

³³⁴ Kossens in *Kossens/Heide/Maaß*⁴, SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit Behindertengleichstellungsgesetz⁴ (2015) § 91 Rz 33.

³³⁵ Rolfs in *Müller-Glöge/Preis/Schmidt*²¹ § 174 SGB IX Rz 10; Gutzeit in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*⁶⁰ SGB IX § 174 Rz 20; Kossens in *Kossens/Heide/Maaß*⁴ § 91 Rz 42.

³³⁶ Rolfs in *Müller-Glöge/Preis/Schmidt*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht²¹ (2021) § 175 SGB IX Rz 1.

III. Empfehlungen zum bestehenden System

Aus dem vorstehend skizzierten österreichischen und deutschen Rechtsrahmen können gesamtheitlich, durch Abgleich mit den Fragestellungen, die diesem Gutachten zugrunde gelegt sind, folgende Empfehlungen ausgesprochen werden:

A. Nicht rechtsändernde Empfehlung zum bestehenden System

Nachfolgende Empfehlung zielt auf keinerlei Rechtsänderungen im bestehenden System ab, sondern versucht bei einer verstärkten Information aller Beteiligten am Arbeitsmarkt anzusetzen, um die Teilhabe von Menschen mit Beeinträchtigungen zu stärken.

Beseitigung des potenziell bestehenden Informationsdefizits im Hinblick auf den besonderen Kündigungsschutz in Österreich (§ 8 BEinstG) und den Sonderkündigungsschutz in Deutschland (§§ 168 ff dSGB IX)

Auf Basis der im Kapitel I. aufgeworfenen Fragestellungen scheint es am Arbeitsmarkt immer wieder Informationsdefizit zu geben, was die genaue Ausgestaltung des besonderen Kündigungsschutzes in Österreich (§ 8 BEinstG) und des Sonderkündigungsschutzes in Deutschland (§§ 168 ff dSGB IX) betrifft. Dies findet seinen Ausdruck in Aussagen, wie etwa, dass „Menschen mit Beeinträchtigungen unkündbar wären“, „der Kündigungsschutz zu streng sei“ oder „der Kündigungsschutz hinderlich sei und eine nachhaltige Arbeitsmarktintegration verhindere“.

Eingangs muss, erstens, eine Klarstellung getroffen werden, wer überhaupt vom erhöhten Kündigungsschutz erfasst ist. In Österreich werden vom besonderen Kündigungsschutz nur begünstigte Behinderte erfasst (§ 8 BEinstG). Dies sind in Österreich regelmäßig Personen mit einem Grad der Behinderung von mindestens 50% (§ 2 BEinstG). In Deutschland findet der Sonderkündigungsschutz nur auf schwerbehinderte Menschen und Menschen, die schwerbehinderten Menschen gleichgestellt sind, Anwendung (§ 151 Abs 1 dSGB IX). Als schwerbehindert gilt man mit einem Grad der Behinderung von wenigstens 50 (§ 2 Abs 2 dSGB IX). Den Schwerbehinderten gleichgestellte Personen sind Menschen, mit einem Grad der Behinderung von weniger als 50, aber wenigstens 30, wenn ohne Gleichstellung aufgrund der Behinderung ein geeigneter Arbeitsplatz nicht erlangt oder nicht beibehalten werden kann (§ 2 Abs 3 d dSGB IX). Demzufolge wird sowohl in Österreich als auch in Deutschland nur ein Teil aller Menschen mit Beeinträchtigungen vom erhöhten Kündigungsschutz erfasst, womit nur für diese Personen die besonderen Vorschriften des (erhöhten) Kündigungsschutzes bei Beendigung des AV durch arbeitgeberseitige Kündigung zur Anwendung gelangen. Für alle anderen Menschen mit Beeinträchtigungen finden diese Sondervorschriften keine Anwendung.

Zweitens darf der erhöhte Kündigungsschutz nicht mit der Unkündbarkeit gleichgesetzt werden. Durch den erhöhten Kündigungsschutz wird die Möglichkeit einer arbeitgeberseitigen Kündigung in Österreich und Deutschland nicht vollkommen ausgeschlossen, aber einer behördlichen Zustimmung unterworfen, die grds ex-ante eingeholt werden muss (§ 8 Abs 2 S 1 BEinstG, § 168 dSGB IX). Ohne Zustimmung der Behörde ist die AG-Kündigung rechtsunwirksam. In Österreich ist die behördliche Zustimmung für eine AG-Kündigung eines begünstigten Behinderten an die Zustimmung des Behindertenausschusses, der bei jeder Landesstelle des SMS eingerichtet ist, gebunden (§ 8 Abs 2 S 1 BEinstG). In Deutschland muss für eine arbeitgeberseitige Kündigung von schwerbehinderten AN (und diesen gleichgestellten Personen) die Zustimmung des zuständigen Integrationsamts eingeholt werden (§ 168 dSGB IX). Materiell ist die Entscheidung über die Zustimmung zur Kündigung durch die jeweils zuständigen Behörden in beiden Staaten als Ermessensentscheidung ausgestaltet. Es liegt also grds im freien, pflichtgemäßen Ermessen der Behörde über die Zustimmung zu entscheiden. Allerdings wird dieses behördliche Ermessen in beiden Staaten durch zahlreiche gesetzliche Bestimmungen (in Deutschland insb §§ 172, 174 dSGB IX, in Österreich schwerpunktmäßig § 8 Abs 3 bis 4a BEinstG) näher determiniert und folglich eingeschränkt.

Weiters ist, drittens, herauszuheben, dass in beiden staatlichen Regelungsregimen Möglichkeiten zum gegenseitigen Kennenlernen zugelassen sind. In Österreich kann, wie prinzipiell mit jedem anderen AN auch, am Beginn des AV ein AV auf Probe vereinbart werden, das von beiden Teilen während des ersten Monates jederzeit gelöst werden kann (§ 8 Abs 1 S 2 BEinstG). Neben der Möglichkeit ein jederzeit lösbares AV auf Probe zu vereinbaren, ist in Österreich bereits ex lege grds eine Wartefrist von mindestens sechs Monat vorgesehen, in der die Wirkungen des besonderen Kündigungsschutzes nicht eintreten. Diese Wartefrist verlängert sich auf vier Jahre, wenn das AV nach dem 31. 12. 2010 begründet wurde und bereits vor Beginn des AV Zugehörigkeit dieses AN zum Personenkreis der begünstigten Behinderten bestanden hat (§ 8 Abs 6 lit b BEinstG). In Deutschland findet der Sonderkündigungsschutz für schwerbehinderte AN (und diesen gleichgestellten Personen) keine Anwendung, falls das AV bis zum Zugang der Kündigungserklärung ohne Unterbrechung noch nicht länger als sechs Monate bestanden hat (§ 173 Abs 1 Z 1 dSGB IX). Innerhalb dieses Zeitraums kann der AG das AV durch arbeitgeberseitige Kündigung ohne Zustimmung des Integrationsamts und ohne Beachtung der Mindestkündigungsfrist lösen. Den AG trifft idZ allerdings eine Anzeigepflicht gegenüber dem Integrationsamt mit viertägiger Frist (§ 173 Abs 4 dSGB IX). Damit kann auch in Deutschland im Zuge eines AV mit einer schwerbehinderten Person ein AV auf Probe zu Beginn des AV vereinbart werden. Insgesamt muss in beiden Staaten bei der Beendigung von AV mit Menschen mit Beeinträchtigungen immer auch das vorhandene Antidiskriminierungsrecht mitberücksichtigt werden (in Österreich insb §§ 7a ff BEinstG, für Deutschland zentral § 164 Abs 2 dSGB IX mit Verweis auf das Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (dAGG)³³⁷).

Viertens und letztens, sei noch erwähnt, dass in Deutschland und in Österreich spürbare Ausnahmen vom erhöhten Kündigungsschutz in den einschlägigen nationalen Vorschriften vorgesehen sind. In Österreich prominent ist die durch die Budgetbegleitgesetznovelle 2011 eingefügt vierjährige Wartefrist (siehe auch im Absatz zuvor), die bei Vorliegen der Voraussetzungen, begünstigt behinderte AN aus dem Anwendungsbereich des besonderen Kündigungsschutzes, zumindest zeitweise, ausnimmt (§ 8 Abs 6 lit b BEinstG). Für Deutschland können die Sechs-Monats-Frist am Beginn des AV (§ 173 Abs 1 Z 1 dSGB IX) oder die Ausnahme für Personen, welche das 58. Lebensjahr vollendet haben, vom AG die Kündigungsabsicht rechtzeitig mitgeteilt bekommen haben, keinen Widerspruch zur beabsichtigen Kündigung erhoben haben und einen Anspruch auf eine Abfindung, Entschädigung oder Ähnliches haben (§ 173 Abs 1 Z 3 dSGB IX) beispielhaft angeführt werden.

B. Rechtsändernde Empfehlungen zum bestehenden System

Neben der nicht rechtsändernden Empfehlung, das potenziell bestehende Informationsdefizit im Hinblick auf den erhöhten Kündigungsschutz in Österreich und Deutschland zu beseitigen, können rechtsändernde Empfehlungen zu Reformen im bestehenden System angeregt werden.

Prämie für die Einstellung von begünstigten Behinderten in Österreich und Schwerbehinderten in Deutschland für nicht-einstellpflichtige AG

In Österreich war in § 9a Abs 1 S 2 BEinstG (idF öBGBI 1985/567) vorgesehen, dass AG, die nicht der Beschäftigungspflicht für begünstigte Behinderte unterfielen, also im Bundesgebiet weniger als 25 AN beschäftigten, Prämien aus dem ATF für jeden beschäftigten begünstigten Behinderten erhielten. Diese Prämienregelung wurde im Zuge einer Gesetzesnovelle im Rahmen der zahlreichen Gesetzesnovellen zum BEinstG abgeschafft und befindet sich zum heutigen Tag nicht mehr im Rechtsbestand des BEinstG. Im deutschen Rechtsbestand des dSGB IX ist eine Regelung, die dieser Regelung ähnlich ist, offenkundig auch nicht vorzufinden. Daher kann aufgrund der Vielzahl von kleineren AG in Österreich und Deutschland überlegt werden, eine dem alten § 9a Abs 1 S 2 BEinstG (idF öBGBI 1985/567) nachgebildete Prämienregelung (wieder)einzuführen, um die Teilhabe von be-

³³⁷ Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (dAGG) dBGBl I 2006/1897 idF dBGBl I 2013/610.

günstigen Behinderten bzw Schwerbehinderten am Arbeitsmarkt noch weiter zu stärken. Für Österreich wurde eine Wiedereinführung bereits im Rahmen des Endberichts zum Projekt „Evaluierung der Auswirkungen der Novelle zum Behinderteneinstellungsgesetz (BGBl. I Nr. 111/2010)“³³⁸ angeregt. Vor Einführung sollte das Potential und die Auswirkung einer solchen neu- bzw wiedereingeführten Regelung empirisch entsprechend (nochmals) validiert werden.

Prämie für die Übererfüllung der Pflichtzahl an zu beschäftigenden begünstigten Behinderten in Österreich und Schwerbehinderten in Deutschland

Auch im österreichischen Rechtsbestand existent war bis zur Gesetzesnovelle öBGBI I 1999/17 eine Prämie, die für die Übererfüllung der gesetzlichen Beschäftigungspflicht, also für die Einstellung von über die Pflichtzahl hinausgehenden begünstigten Behinderten, aus den Mitteln des ATF ausbezahlt wurde. Diese Regelung war in § 9a Abs 1 S 1 BEinstG (idF vor öBGBI I 1999/17) verankert. Mit der Gesetzesnovelle öBGBI I 1999/17 wurde diese Vorschrift mit der Begründung beseitigt, dass diese Leistung keinen Anreiz zur Beeinflussung des Einstellungsverhaltens der AG bot und nur einen bloßen Mitnahmeeffekt darstellte. Es würde durch diese Leistung zu einer Leistungsgewährung iSd wenig effizient „Gießkannenprinzips“ kommen.³³⁹ Im dSGB IX ist eine mit dieser Bestimmung vergleichbare Vorschrift für Deutschland nicht vorzufinden. Daher kann auch zu dieser Regelung angeregt werden, zu überprüfen, inwieweit eine Neueinführung bzw Wiedereinführung einer solchen Prämienvorschrift sinnvoll und geeignet sein kann, die Teilhabe von begünstigten Behinderten bzw Schwerbehinderten am Arbeitsmarkt zusätzlich zu fördern. Für Österreich wurde eine Wiedereinführung wiederum bereits im Zuge des Endberichts zum Projekt „Evaluierung der Auswirkungen der Novelle zum Behinderteneinstellungsgesetz (BGBl. I Nr. 111/2010)“³⁴⁰ befürwortet. Eine mögliche Neu- bzw Wiedereinführung einer solchen Prämienbestimmung sollte jedoch abermals im Hinblick auf Potential und Auswirkung entsprechend empirisch überprüft werden.

Rechtsangleichung zwischen den Bestimmungen des BEinstG in Österreich und den Vorschriften des dSGB IX in Deutschland zur Förderung von (grenzüberschreitender) Inklusion am Arbeitsmarkt

Durch die Darstellung des deutschen und österreichischen Rechtsrahmens im Zuge dieses Gutachtens zeigen sich teilweise erhebliche Abweichungen zwischen den Vorschriften des österreichischen BEinstG und des deutschen dSGB IX, die eine (grenzübergreifende) Inklusion von Menschen mit Beeinträchtigungen am Arbeitsmarkt erschweren. Folgende demonstrative Empfehlungen könnten zur Inklusionsförderung beitragen:

Angleichung der Grundlagen zur Beurteilung des Grades der Behinderung

Die Beurteilung des Grades der Behinderung für die Vorschriften des BEinstG erfolgt in Österreich auf Basis eines ärztlichen Sachverständigengutachtens, das nach den Bestimmungen der EinschätzungsV zu erstellen ist. In der Anlage zur EinschätzungsV sind für die Beurteilung des Grades der Behinderung nach Art und Schwere der Funktionsbeeinträchtigung Fest- oder Rahmensätze niedergelegt.³⁴¹ Ähnlich erfolgt die Beurteilung auch in Deutschland für das dSGB IX. Dort wird das ärztliche Gutachten anhand der zu § 30 dVBG erlassenen Versorgungsmedizinischen Grundsätze zu § 2 der dVersMedV und anhand der Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit erstellt.³⁴² Vergleicht man nun diese Rechtsgrundlagen miteinander und zieht Stichproben zu identen Funktionsbeeinträchtigungen, ergeben


³³⁸ Danzer/Lechner/Wetzel, Endbericht zum Projekt ‚Evaluierung der Auswirkungen der Novelle zum Behinderteneinstellungsgesetz‘ (BGBl. I Nr. 111/2010), sozialministerium.at (Stand Juli 2014).

³³⁹ Vgl dazu FN 89 und 90.

³⁴⁰ Danzer/Lechner/Wetzel, Endbericht zum Projekt ‚Evaluierung der Auswirkungen der Novelle zum Behinderteneinstellungsgesetz‘ (BGBl. I Nr. 111/2010), sozialministerium.at (Stand Juli 2014).

³⁴¹ Siehe hierzu FN 10.

³⁴² Vgl an dieser Stelle FN 187.



sich in den Sätzen zur Ermittlung des Grades der Behinderung auffällige Unterschiede. Bspw wird für den Grad der Behinderung bei Verlust einer Ohrmuschel in Österreich 10% bzw in Deutschland 20, bei Verlust eines Daumens in Österreich 30% bzw in Deutschland 25 oder bei einer schnappenden Hüfte in Österreich 10% bzw in Deutschland 0-10 angenommen. Diese Abweichungen bei identer Funktionsbeeinträchtigung zeigen, dass in diesem Punkt Harmonisierungsbedarf besteht. Daher sollten die zentralen rechtlichen Grundlagen für die Beurteilung des Grades der Behinderung überprüft und gegebenenfalls stärker angeglichen werden.

Gleichstellungsvorschrift nach § 2 Abs 3 dSGB IX auch für das BEinstG

Weiterer Spielraum für Angleichungen entsteht durch die in § 2 Abs 3 dSGB IX vorgesehene Kategorie der den schwerbehinderten Menschen gleichgestellten behinderten Menschen. Auf diese finden die besonderen Regelungen für schwerbehinderte Menschen im dSGB IX mit Ausnahme des § 208 dSGB IX und des Kapitels 13 Anwendung. In Österreich gibt es eine solche Gleichstellung im BEinstG nicht, weshalb in Österreich für alle Regelungen, die begünstigte Behinderte betreffen, immer der Status als begünstigter Behinderter Voraussetzung ist. Möchte jetzt nun ein in Deutschland gleichgestellter Behinderter in Österreich den Status als begünstigter Behinderter erlangen, muss dieser einen Grad der Behinderung von 50% nachweisen können und diesen feststellen lassen. Die deutsche Gleichstellung nach § 2 Abs 3 dSGB IX ist als Nachweis nicht ausreichend, da durch die Gleichstellung der tatsächliche Behinderungsgrad nicht erhöht wird.³⁴³ Deshalb kann angeregt werden zu überprüfen, ob eine Gleichstellung nach deutschem Modell nicht auch für das österreichische BEinstG angedacht werden kann. Neben einer verbesserten grenzübergreifenden Inklusion am Arbeitsmarkt, hätte dies den Vorteil, dass auch Menschen, die einen Behinderungsgrad von 50% nicht erreichen und ein besonderes Schutzbedürfnis aufweisen, den besonderen Schutz eines begünstigten Behinderten bekommen würden.

Wartezeitmodell nach § 8 Abs 6 lit b BEinstG auch für das dSGB IX

In Österreich wurde mit der Budgetbegleitgesetznovelle 2011 in § 8 Abs 6 lit b BEinstG eine Wartezeit von vier Jahren eingeführt, die für alle nach dem 31. 12. 2010 begründeten AV gilt und dann zur Anwendung gelangt, wenn bereits vor Beginn des AV die Zugehörigkeit des begünstigten Behinderten zum begünstigten Behindertenkreis besteht.³⁴⁴ Die Intention dieser vierjährigen Wartezeit ist es, die durch den besonderen Kündigungsschutz von begünstigten Behinderten am Arbeitsmarkt wahrgenommene Einstellungshemmnis abzubauen, und die Einstellung von begünstigten Behinderten zu fördern.³⁴⁵ In einer zu dieser Novelle begleitenden Evaluierung aus dem Jahr 2014 konnte allerdings „kein signifikanter Effekt der Verbesserung der Arbeitsmarktintegration von Menschen mit Behinderungen“ festgestellt werden.³⁴⁶ In Deutschland findet sich im Sonderkündigungsschutz der §§ 168 ff d SGB IX keine wirklich vergleichbare Wartezeit, sondern nur eine sechsmonatige Ausnahme von der Anwendung des Sonderkündigungsschutzes für schwerbehinderte AN, falls das AV bis zum Zugang der Kündigungserklärung ohne Unterbrechung noch nicht länger als sechs Monate bestanden hat (§ 173 Abs 1 Z 1 dSGB). Unbeschadet der Evaluierungsergebnisse aus Österreich, die keinen signifikanten Effekt zeigten, kann nichtsdestotrotz angeregt werden, für Deutschland die Einführung eines solchen Wartezeitmodells zu überprüfen, da der Nachbeobachtungszeitraum in der Evaluierung relativ kurz ausgefallen ist.³⁴⁷ Für Österreich könnte

³⁴³ Siehe FN 46.

³⁴⁴ Siehe FN 153.

³⁴⁵ ErläutRV 981 BlgNR 24. GP 179.

³⁴⁶ *Danzer/Lechner/Wetzel*, Endbericht zum Projekt ‚Evaluierung der Auswirkungen der Novelle zum Behinderteneinstellungsgesetz‘ (BGBl. I Nr. 111/2010), sozialministerium.at (Stand Juli 2014).

³⁴⁷ Von den Studienautor*innen selbst in der Studie angesprochen: *Danzer/Lechner/Wetzel*, Endbericht zum Projekt ‚Evaluierung der Auswirkungen der Novelle zum Behinderteneinstellungsgesetz‘ (BGBl. I Nr. 111/2010), sozialministerium.at (Stand Juli 2014).

im gleichen Atemzug angedacht werden, neuerlich eine Nachbeobachtung zu machen, um zu verifizieren, inwieweit sich die Ergebnisse bei einem längeren Beobachtungszeitraum verändern würden.

Reformierung des offensichtlich sanktionslosen § 12 Abs 1 S 2 BEinstG

In § 12 Abs 1 S 2 BEinstG hat der Gesetzgeber eine Verpflichtung des AG vorgesehen, den Betriebsrat bzw die Personalvertretung und die Behindertenvertrauensperson, vor Stellung eines Antrags auf Zustimmung zur Kündigung, von der beabsichtigten Kündigung zu verständigen, damit dieser/diese innerhalb einer Woche eine Stellungnahme abgeben kann. Für den Fall der Verletzung dieser Verpflichtung durch den AG sieht weder die einschlägige Bestimmung noch das BEinstG als Ganzes eine Sanktion für den AG vor. Von Lehre und Jud wird daher angenommen, dass der Verletzung im weiteren Kündigungsverfahren keinerlei Relevanz zukommen soll, weil vom Gesetzgeber hätte festgelegt werden müssen, wenn die Verletzung dieser Verpflichtung als Zulassungsvoraussetzung für den Antrag auf Zustimmung zur Kündigung gewertet werden soll.³⁴⁸ Es wird daher angeregt, diese Regelung zu überprüfen und erforderlichenfalls auch zu reformieren.

Staffelung der Ausgleichstaxe in Österreich nach dem Erfüllungsgrad

In Deutschland ist in § 160 Abs 2 S 1 dSGB IX eine Staffelung der Ausgleichsabgabe, abhängig von der Erfüllung der Beschäftigungsquote, vorgesehen. Im Detail beträgt die Ausgleichsabgabe in Deutschland je unbesetztem Pflichtarbeitsplatz € 125,- bei einer jahresdurchschnittlichen Beschäftigungsquote von 3% bis weniger als 5%, € 220,- bei einer jahresdurchschnittlichen Beschäftigungsquote von 2% bis weniger als 3% und € 320,- bei einer jahresdurchschnittlichen Beschäftigungsquote von weniger als 2%. Für kleinere AG sieht § 160 Abs 2 S 2 dSGB IX eine abweichende Sonderregelung vor. Die Pflichtquote für die Beschäftigung von schwerbehinderten AN ist in Deutschland für private und öffentliche AG mit jahresdurchschnittlich monatlich mindestens 20 Arbeitsplätzen mit wenigstens 5% dieser Arbeitsplätze festgelegt. Durch diese Staffelung werden AG, die die Beschäftigungspflicht besonders gravierend verletzen stärker belastet als AG, die die Beschäftigungspflicht lediglich in einem geringeren Ausmaß nicht erfüllen. Dies soll die Antriebsfunktion der Ausgleichsabgabe verstärken und (positive) Bemühungen von AG in Erfüllung der Beschäftigungspflicht anerkennen.³⁴⁹ Ein solche Staffelung könnte auch für die österreichische Ausgleichstaxe in § 9 BEinstG angedacht werden, um stärker in der Erfüllung der Beschäftigungspflicht zu differenzieren und positive Anreize für Erfüllungsbemühungen zu setzen.³⁵⁰ Falls eine Staffelung der Ausgleichstaxe nach Erfüllungsgrad in Österreich angedacht wird, muss eine Ausnahme für kleinere AG, ähnlich wie in Deutschland in § 160 Abs 2 S 2 dSGB IX, mitgedacht werden, um diese durch die Stafflung nicht unverhältnismäßig stark zu belasten.³⁵¹

³⁴⁸ Siehe FN 131.

³⁴⁹ Ähnlich lautende Argumentation in BT-Drs. 18/9522, 307.

³⁵⁰ Siehe dazu auch *Danzer/Lechner/Wetzel*, Endbericht zum Projekt ‚Evaluierung der Auswirkungen der Novelle zum Behinderten-einstellungsgesetz‘ (BGBl. I Nr. 111/2010), sozialministerium.at (Stand Juli 2014).

³⁵¹ Vgl zur Begründung der Ausnahme in § 160 Abs 2 S 2 dSGB IX in Deutschland: BT-Drs. 18/9522, 17.

IV. Literaturverzeichnis

Auer-Mayer, 14 Kündigung wegen langer Krankheit – Diskriminierungsverbot und Verpflichtung zu „angemessenen Maßnahmen“, DRdA 2015, 109.

Auer-Mayer in Widy, Behinderteneinstellungsgesetz⁸ (2016) § 7a.

Auer-Mayer in Widy, Behinderteneinstellungsgesetz⁸ (2016) §7b.

Benedix in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht. VO (EG) 883/2004, SGB I bis SGB XII, SGG, BEEG, Kindergeldrecht (EStG), UnterhaltsvorschussG⁶ (2019) § 2 SGB IX.

Danzer/Lechner/Wetzel, Endbericht zum Projekt ‚Evaluierung der Auswirkungen der Novelle zum Behinderteneinstellungsgesetz‘ (BGBl. I Nr. 111/2010), sozialministerium.at.

Kossens/Heide/Maaß, SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit Behindertengleichstellungsgesetz⁴ (2015).

Födermayr/Resch, Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht, kollektives Arbeitsrecht⁷ (2020).

Grauthoff in Kossens/Heide/Maaß, SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit Behindertengleichstellungsgesetz⁴ (2015) § 2.

Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 152.

Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 154.

Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 156.

Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 157.

Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 158.

Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 159.

Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 160.

Gutzeit in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 168 (Stand: 1. 3. 2021, beck-online.beck.de).

Gutzeit in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 170 (Stand: 1. 3. 2021, beck-online.beck.de).

Gutzeit in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 171 (Stand: 1. 3. 2021, beck-online.beck.de).

Gutzeit in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 172 (Stand: 1. 3. 2021, beck-online.beck.de).

Gutzeit in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 173 (Stand: 1. 3. 2021, beck-online.beck.de).

Gutzeit in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 174 (Stand: 1. 3. 2021, beck-online.beck.de).

Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 7a BEinstG (Stand 1. 1. 2009, rdb.at).

Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 3 GIBG (Stand 1. 1. 2009, rdb.at).

Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 7k BEinstG (Stand 1. 1. 2009, rdb.at).

Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 152 (Stand: 1. 9. 2020, beck-online.beck.de).

Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 154 (Stand: 1. 9. 2020, beck-online.beck.de).

Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 156 (Stand: 1. 9. 2020, beck-online.beck.de).

Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 157 (Stand: 1. 9. 2020, beck-online.beck.de).

Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 159 (Stand: 1. 9. 2020, beck-online.beck.de).

Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 160 (Stand: 1. 9. 2020, beck-online.beck.de).

Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 2 (Stand: 1. 9. 2020, beck-online.beck.de).

Jabben in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK SozR⁶⁰ SGB IX § 223 (Stand: 1. 9. 2020, beck-online.beck.de).

Jabben in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 2.

Kietaibl/Reiner, Kein Arbeitsrecht am zweiten und dritten Arbeitsmarkt? Zur Bedeutung von Nutzenverteilung und Interessenlage für den Arbeitnehmerbegriff, DRdA 2011, 526.

Körper-Risak in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht. System und Praxiskommentar³⁵ (2020) Das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) und die Antidiskriminierungsbestimmungen des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinst).

Kossens in Kossens/Heide/Maaß, SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit Behindertengleichstellungsgesetz⁴ (2015) § 71.

Kossens in Kossens/Heide/Maaß, SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit Behindertengleichstellungsgesetz⁴ (2015) § 73.

Kossens in Kossens/Heide/Maaß, SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit Behindertengleichstellungsgesetz⁴ (2015) § 76.

Kossens in Kossens/Heide/Maaß, SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit Behindertengleichstellungsgesetz⁴ (2015) § 77.

Kossens in Kossens/Heide/Maaß, SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit Behindertengleichstellungsgesetz⁴ (2015) § 86.

Kossens in Kossens/Heide/Maaß, SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit Behindertengleichstellungsgesetz⁴ (2015) § 87.

Kossens in Kossens/Heide/Maaß, SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit Behindertengleichstellungsgesetz⁴ (2015) § 89.

Kossens in Kossens/Heide/Maaß, SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit Behindertengleichstellungsgesetz⁴ (2015) § 90.

Kossens in Kossens/Heide/Maaß, SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit Behindertengleichstellungsgesetz⁴ (2015) § 91.

Laimer/Wieser, EuGH: Anpassung des Behinderungsbegriffs und Teilzeitarbeit als verhältnismäßige Vorkehrungsmaßnahme, RdW 2013, 398–401.

Mayr, Gilt das Behinderteneinstellungsgesetz für ausländische Arbeitnehmer? RdW 1999, 535.

Mayr in Neumayr/Reissner/Drs, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 14 BEinstG.

Mayr in Neumayr/Reissner/Drs, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 2 BEinstG.

Mayr in Neumayr/Reissner/Drs, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 3 BEinstG.

Mayr in Neumayr/Reissner/Drs, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 4 BEinstG.

Mayr in Neumayr/Reissner/Drs, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 5 BEinstG.

Mayr in Neumayr/Reissner/Drs, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 8 BEinstG.

Mayr in Neumayr/Reissner/Drs, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 9 BEinstG.

Mayr in Neumayr/Reissner/Drs, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 9a BEinstG.

Mayr in Neumayr/Reissner/Drs, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) 7a BEinstG.

Neumann in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 168.

Neumann in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 169.

Neumann in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 170.

Neumann in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 171.

Neumann in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 172.

Neumann in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 174.

Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ Band X (2020).

Pahlen in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁴ (2020) § 223.

Potz, Bestandschutz behinderter Arbeitnehmer, ecolex 2009, 466.

Rauch, Kündigung wegen langer Krankenstände. Eine Kündigung, die mit häufigen bzw langen Krankenständen begründet wird, ist nicht diskriminierend, ASok 2010, 10.

Rauch, Pflichtzahl und Erfüllung der Beschäftigungspflicht nach dem BEinstG. Karenzierung und Krankengeldbezug steht der Anrechnung behinderter Arbeitnehmer bei der Beschäftigungspflicht nicht entgegen, ASok 2012, 104.

Rebhahn in Neumayr/Reissner/Drs, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 1151 ABGB.

Resch, Wirtschaftliches Eigeninteresse und Arbeitnehmerbegriff. Modifiziert der OGH den Arbeitnehmerbegriff? ZAS 2011, 19.

Rolfs in Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht²¹ (2021) § 168 SGB IX.

Rolfs in Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht²¹ (2021) § 169 SGB IX.

Rolfs in Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht²¹ (2021) § 170 SGB IX.

Rolfs in Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht²¹ (2021) § 171 SGB IX.

Rolfs in Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht²¹ (2021) § 172 SGB IX.

Rolfs in Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht²¹ (2021) § 173 SGB IX.

Rolfs in Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht²¹ (2021) § 174 SGB IX.

Rolfs in Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht²¹ (2021) § 175 SGB IX.

Schrattbauer in Widy, Behinderteneinstellungsgesetz⁸ (2016) § 7k.

Vossen in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht. Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen⁶ (2021) § 168 SGB IX.

*Vossen in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht. Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*⁶ (2021) § 169 SGB IX.

*Vossen in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht. Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*⁶ (2021) § 170 SGB IX.

*Vossen in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht. Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*⁶ (2021) § 171 SGB IX.

*Vossen in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht. Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*⁶ (2021) § 172 SGB IX.

*Vossen in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht. Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*⁶ (2021) § 173 SGB IX.

*Vossen in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht. Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*⁶ (2021) § 174 SGB IX.

*Widy in Widy, Behinderteneinstellungsgesetz*⁸ (2016) § 1.

*Widy in Widy, Behinderteneinstellungsgesetz*⁸ (2016) § 8.

*Widy in Widy, Behinderteneinstellungsgesetz*⁸ (2016) § 9.

*Widy in Widy, Behinderteneinstellungsgesetz*⁸ (2016) § 9a.

*Widy in Widy, Behinderteneinstellungsgesetz*⁸ (2016) Geschichte § 9a.

*Windisch-Graetz in Neumayr/Reissner/Drs, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*³ (2018) § 15 GIBG.

Windisch-Graetz, Doppelgleisiger Rechtsschutz für Arbeitnehmer mit Behinderung, ZAS 2018, 150.

V. Normenverzeichnis

Rechtsquellen Deutschland:

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (dAGG) dBGBI I 2006/1897 idF dBGBI I 2013/610.

Berufsbildungsgesetz (BBiG) dBGBI I 1969/1112 idF dBGBI I 2021/591.

Bürgerliches Gesetzbuch (dBGB) dRGBI 1896/195 idF dBGBI I 2021/607.

Dritte Buch Sozialgesetzbuch (dSGB IX) dBGBI I 1997/594, 595 idF dBGBI I 2021/2.

Erste Buch Sozialgesetzbuch (dSGB I) dBGBI I 1975/3015 idF dBGBI I 2021/239.

Gesetz über das Verwaltungsverfahren der Kriegsopferversorgung (dKOVVfG) dBGBI I 1976/1169 idF dBGBI I 2017/626.

Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz - dAufenthG) dBGBI I 2008/162 idF dBGBI I 2020/2855.

Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU-dFreizügG/EU) dBGBI I 2004/1950, 1986 idF dBGBI I 2020/2416.

Gesetz über die Versorgung der Opfer des Krieges (dBVG) dBGBI I 1982/21 idF dBGBI I 2021/335.

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (dGG) dBGBI 1949/1 idF dBGBI I 2020/2048.

Kündigungsschutzgesetz (dKSchG) dBGBI I 1951/499 idF dBGBI I 2020/2112.

Neuntes Buch Sozialgesetzbuch (dSGB IX) dBGBI I 2001/1046 idF dBGBI I 2020/2075.

Neuntes Buch Sozialgesetzbuch 2001 (dSGB IX 2001) dBGBI I 2001/1046.

Sechste Buch Sozialgesetzbuch (dSGB VI) dBGBI I 1989/2261 idF dBGBI I 2021/591.

Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen dBGBI II 2008/35

Verordnung zur Durchführung des § 1 Abs. 1 und 3, des § 30 Abs. 1 und des § 35 Abs. 1 des Bundesversorgungsgesetzes (dVersMedV) dBGBI I 2008/2412 idF dBGBI I 2019/2652.

Vierte Buch Sozialgesetzbuch (dSGB IV) dBGBI I 1976/3845 idF dBGBI I 2021/274.

Rechtsquellen Europäische Union:

Beschluss 2010/48/EG des Rates vom 26. November 2009 über den Abschluss des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch die Europäische Gemeinschaft, ABI L 2010/23, 35-61

Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Europäische Union, ABI C 2016/202, 13, berichtigt durch ABI C 2017/59, 1 und ABI C 2017/400, 1.

RL 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABI L 2000/303, 16.

RL 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABI L 2004/158, 77, geändert durch ABI L 2011/141, 1.

RL 2011/98/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über ein einheitliches Verfahren zur Beantragung einer kombinierten Erlaubnis für Drittstaatsangehörige, sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufzuhalten und zu arbeiten, sowie über ein gemeinsames Bündel von Rechten für Drittstaatsarbeitnehmer, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, ABI L 2011/343, 1.

Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Text von Bedeutung für den EWR und die Schweiz), ABI L 2004/166, 1, geändert durch ABI L 2019/186, 21.

Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Text von Bedeutung für den EWR und die Schweiz), ABI L 2009/284, 1, geändert durch ABI C 2020/259, 9.

Rechtsquellen Österreich:

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie JGS 1811/946 idF öBGBI I 2020/148.

Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 öBGBI 1991/51 idF öBGBI I 2018/58.

Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG) öBGBI 1970/22 idF öBGBI I 2020/135.

Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz (BGStG) öBGBI I 2005/82 idF öBGBI I 2018/32.

Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 2005 - AsylG 2005) öBGBI I 2005/100 idF öBGBI I 2020/146.

Bundesgesetz vom 11. Mai 1921 über den Dienstvertrag der Privatangestellten (Angestelltengesetz) öBGBI 1921/292 idF öBGBI I 2019/74.

Bundesgesetz vom 14. Dezember 1973 betreffend die Arbeitsverfassung (Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG) öBGBI 1974/22 idF öBGBI I 2020/170.

Bundesgesetz vom 17. Mai 1990 über die Beratung, Betreuung und besondere Hilfe für behinderte Menschen (Bundesbehindertengesetz – BBG) öBGBI 1990/283 idF öBGBI I 2018/100.

Bundesgesetz vom 26. März 1969 über die Berufsausbildung von Lehrlingen (Berufsausbildungsgesetz – BAG) öBGBI 1969/142 idF öBGBI I 2021/60.

Bundesgesetz vom 4. Juli 1947 über die Fürsorge für die Opfer des Kampfes um ein freies, demokratisches Österreich und die Opfer politischer Verfolgung (Opferfürsorgegesetz) öBGBI 1947/183 idF öBGBI I 2020/135.

Bundesgesetz vom 5. Feber 1964 über die Versorgung der den Präsenzdienst leistenden Wehrpflichtigen und ihrer Hinterbliebenen (Heeresversorgungsgesetz - HVG) öBGBI 1964/27 idF öBGBI I 2015/162.

Bundesgesetz vom 7. März 1985 über die Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit (Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz – ASGG) öBGBI I 1985/104 idF öBGBI I 2021/21.

Bundesgesetz vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG) öBGBI 1955/189 idF öBGBI I 2021/22.

Einschätzungsverordnung (EinschätzungsV) öBGBI II 2010/261 idF öBGBI II 2012/251.

Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (Genfer Flüchtlingskonvention) öBGBI 1955/25 idF öBGBI 1974/78.

Kriegsopferversorgungsgesetz 1957 öBGBI 1957/152 idF öBGBI I 2020/135.

Kundmachung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz über die Aufwertung und Anpassung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, dem Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz, dem Bauern-Sozialversicherungsgesetz, dem Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz sowie dem Bundespflegegeldgesetz für das Kalenderjahr 2021 öBGBI II 2020/576.

Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen öBGBI III 2008/155

Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz über die Feststellung der Ausgleichstaxe nach dem Behinderteneinstellungsgesetz für das Kalenderjahr 2021 öBGBI II 2020/572.

Vertrag zwischen der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland über Kriegsopferversorgung und Beschäftigung Schwerbeschädigter öBGBI 1964/218.

VI. Materialienverzeichnis

1 Präs. 1623-5368/10p.

BT-Drs. 18/9522.

ErläutRV 1104 BlgNR 15. GP.

ErläutRV 1142 BlgNR 21. GP.

ErläutRV 1518 BlgNR 20. GP.

ErläutRV 2163 BlgNR 24. GP.

ErläutRV 730 BlgNR 13. GP.

ErläutRV 836 BlgNR 22. GP.

ErläutRV 981 BlgNR 24. GP.

VII. Entscheidungsverzeichnis

Entscheidungen des Gerichtshofes der Europäischen Union:

EuGH 14/83, *Von Colson und Kamann / Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1984:153.

EuGH 79/83, *Harz/Deutsche Tradax*, ECLI:EU:C:1984:155.

EuGH C-13/05, *Chacón Navas*, ECLI:EU:C:2006:456.

EuGH C-335/11 und C-337/11, *HK Danmark*, ECLI:EU:C:2013:222.

EuGH C-421/92, *Habermann-Beltermann / Arbeiterwohlfahrt*, ECLI:EU:C:1994:187.

Entscheidungen nationaler Gerichte Deutschland:

dBAG 16.2.2012, 6 AZR 553/1.

dBSG 12.04.2000, B 9 SB 3/99 R, Rz 4.

dBSG 12.04.2017, B 13 R 15/15 R, Rz 18.

dBSG 30.09.2015, B 3 KR 14/14 R, Rz 19.

dBVerfG 01.10.2004, 1 BvR 2221/03.

dBVerfG 26.05.1981, 1 BvL 56/78, 1 BvL 57/78, 1 BvL 58/78.

dBVerwG 02.07.1992, 5 C 51.90.

dOVG Lüneburg 16.08.2013, 4 LA 155/12.

dOVG Münster 30.03.2012, 12 A 2146/11.

dVG Saarlouis 29.05.2015, 3 K 1015/14.

Entscheidungen nationaler Gerichte Österreich:

Entscheidungen des BVwG:

BVwG 06.07.2015, W133 2002227-1.

BVwG 19.02.2015, L518 2014538-1.

Entscheidungen des OGH:

OGH 02.04.2009, 8 Ob A 8/09y.

OGH 07.02.2008, 9 Ob A 161/07b.

OGH 18.02.2010, 8 Ob A 48/09f.

OGH 19.06.2006, 8 Ob A 48/06a.

OGH 21.02.2013, 9 Ob A 127/12k.

OGH 21.09.2006, 8 Ob A 77/06s.

OGH 22.07.2014, 9 Ob A 72/14z.

OGH 22.10.2003, 9 Ob A 82/03d.

OGH 22.10.2010, 9 Ob A 40/10p.

OGH 26.05.2010, 9 Ob A 111/09b.

OGH 26.05.2010, 9 Ob A 111/09b.

OGH 26.08.1958, 4 Ob 79/58.

OGH 26.11.2013, 9 Ob A 96/13b.

OGH 26.11.2013, 9 Ob A 96/13b.

OGH 28.11.2017, 9 Ob A 51/17s.

OGH 28.11.2017, 9 Ob A 51/17s.

OGH 29.01.2014, 9 Ob A 146/13f.

OGH 29.04.2014, 9 Ob A 165/13z.

OGH 29.09.2015, 8 Ob A 62/15y.

OGH 29.10.2009, 9 Ob A 105/09w.

Entscheidungen des VfGH:

VfGH 13.06.1983, B549/79, B310/81, B311/81, B312/81, B515/82.

VfGH 13.06.1983, B549/79, B310/81, B311/81, B312/81, B515/82.

VfGH 13.12.1988, B 639/87.

VfGH 22.03.1962, B236/61.

Entscheidungen des VwGH:


VwGH 01.03.1988, 87/09/0158.

VwGH 02.04.2014, 2011/11/0010.

VwGH 10.12.1986, 83/08/0200.

VwGH 10.12.1986, 83/08/0200.

VwGH 11.12.1990, 88/08/0269.



VwGH 16.05.1995, 95/08/0051.
VwGH 16.06.2014, 2013/11/0149.
VwGH 16.06.2014, 2013/11/0149.
VwGH 18.10.1990, 90/09/0075.
VwGH 19.12.2011, 2011/11/0142.
VwGH 19.12.2011, 2011/11/0142.
VwGH 20.03.2012, 2011/11/0146.
VwGH 20.11.2012, 2011/11/0118.
VwGH 21.02.2001, 96/08/0028.
VwGH 21.02.2012, 2011/11/0145.

VwGH 21.05.1954, ZI 3402/53.

VwGH 21.10.2004, 2004/11/0042.

VwGH 23.05.2012, 2011/11/0147.

VwGH 24.01.2012, 2011/11/0152.

VwGH 25.04.1991, 90/09/0139.

VwGH 25.08.1998, 98/11/0052.

VwGH 26.01.2017, Ro 2014/11/0054.

VwGH 26.05.2004, 2001/08/0027.

VwGH 26.05.2004, 2001/08/0027.

VwGH 27.04.1989, 88/09/0006.

VwGH 27.07.2020, Ra 2020/11/0083.

VwGH 28.06.2001, 2001/11/0150.

VwGH 29.09.2005, 2004/11/0043.

VwGH 30.04.2014, 2013/11/0220.

VwGH 30.04.2014, Ro 2014/11/0001.

VwGH 30.09.2011, 2009/11/0009.