



universität
wien

Dissertation

Titel der Dissertation

Rechtsfragen der außerordentlichen Auflösung von Lehrverhältnissen nach § 15a BAG

verfasst von

Mag. iur. Verena Pottmann

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2014

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreut von: ao. Univ.-Prof. Dr. Martin Risak

Abkürzungsverzeichnis

AA	Abänderungsantrag
aA	anderer Ansicht
AB	Ausschussbericht
Abb	Abbildung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AK	Arbeiterkammer(n)
AMSG	Arbeitsmarktservicegesetz
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
ASG	Arbeits- und Sozialgericht
B	Bündnis Zukunft Österreich
BAG	Berufsausbildungsgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BM	Bundesministerium oder Bundesminister
BNR	Beschluss des Nationalrates
BR	Bundesrat
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
DE	Durchführungserlass
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
etc	et cetera
F	Freiheitliche Partei Österreichs
f, ff	und der/die folgende/m
FLAG	Familienlastenausgleichsgesetz
G	Die Grünen
gem	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GP	Gesetzgebungsperiode
hL	herrschende Lehre
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
insb	insbesondere
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
iZw	im Zweifelsfall
Kap	Kapitel

leg cit lit	legis citatae litera
mE ME	meines Erachtens Ministerialentwurf
Nov NR	Novelle Nationalrat
ÖBM ÖGB	Österreichischer Bundesverband der Mediator/innen Österreichischer Gewerkschaftsbund
Pkt	Punkt
RGBI RL Rsp RV	Reichsgesetzblatt Richtlinie Rechtsprechung Regierungsvorlage
S Sess SN	Sozialistische Partei Österreichs Session Stellungnahme
tw	teilweise
ua UEA UrlG usw uU	unter anderem unselbständiger Entschließungsantrag Urlaubsgesetz und so weiter unter Umständen
V vgl	Österreichische Volkspartei vergleiche
WK	Wirtschaftskammer(n)
zB ZivMediatG zT	zum Beispiel Zivilrechts-Mediations-Gesetz zum Teil

1.	Einleitung	1
1.1.	Forschungsfragen	3
2.	Das Lehrverhältnis	4
2.1.	Bestandteile und Wirksamkeitsvoraussetzungen des Lehrvertrages	4
2.1.1.	Der Lehrberuf	4
2.1.2.	Der Lehrberechtigte	5
2.1.3.	Der Lehrling	5
2.1.4.	Der Lehrvertrag als Arbeitsvertrag	7
2.1.5.	Formvorschriften und weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen	9
2.2.	Historischer Überblick	11
2.2.1.	Lehrlingswesen	11
2.2.2.	Institution der Lehrlingsstellen	12
2.2.3.	Aktuelle Zahlen und Daten	15
2.3.	Besonderheiten im Vergleich zu anderen Arbeitsverhältnissen	16
2.3.1.	Der Ausbildungszweck des Lehrverhältnisses	16
2.3.2.	Dauer des Ausbildungsverhältnisses	18
2.3.3.	Schwierige Lösbarkeit des Lehrverhältnisses	19
2.3.4.	Einbindung in das staatlich organisierte Bildungswesen	19
2.4.	Beendigung des Lehrverhältnisses	21
2.4.1.	Die ex lege Beendigungsmöglichkeiten des § 14	21
2.4.2.	Die vorzeitige Auflösung des § 15	22
3.	Das Berufsausbildungsgesetz	25
3.1.	Historischer Überblick	25
3.1.1.	Das BAG 1969	27
3.1.2.	Die BAG Novelle 1978	28
3.1.3.	Die BAG Novelle 1997	30
3.1.4.	Die BAG Novelle 2003	31
3.1.5.	Zusammenfassung	32
3.2.	Die Novelle durch das BGBl 2008/82	32
3.3.	Ziele und Hintergründe der Novelle des BGBl 2008/82	34
3.3.1.	Vorparlamentarisches Verfahren	34
3.3.2.	Veränderungen in der RV aufgrund der Stellungnahmen	38
3.3.3.	Parlamentarisches Verfahren	43
3.3.4.	Überblick über die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zu § 15a diskutierten Themen und die dazu eingenommenen Positionen	45
4.	Das Verfahren und der Anwendungsbereich des § 15a	48
4.1.	Das Verfahren der außerordentlichen Auflösung	48
4.1.1.	Vereinfachtes Verfahren bei Auflösung durch den Lehrling	48

4.1.2.	Mitteilung der Auflösungsabsicht	50
4.1.3.	Auswahl und Beauftragung des Mediators	51
4.1.4.	Beendigung des Mediationsverfahrens	52
4.1.5.	Auflösungserklärung	55
4.1.6.	Zugangsprinzip.....	56
4.1.7.	Nachfolgende Mitteilungspflichten	58
4.1.8.	Kostentragung und Förderwesen	59
4.1.9.	Beispiel.....	61
4.2.	Anwendungsbereich.....	63
4.3.	Rechtsfolgen einer außerordentlichen Auflösung.....	64
4.3.1.	Rechtsfolgen einer zulässigen außerordentlichen Auflösung	65
4.3.2.	Rechtsfolgen einer unzulässigen außerordentlichen Auflösung.....	65
4.3.3.	Tatsächliche Relevanz des § 15a?	68
5.	Die juristischen Aspekte des § 15a.....	70
5.1.	Auflösungstermine und -fristen	70
5.1.1.	Dauer der Lehrzeit?	71
5.1.2.	Auflösungstermine bei abweichenden Lehrzeiten?	72
5.1.3.	Mögliche Frist- und Terminkollisionen	74
5.1.4.	Frühest- und spätestmöglicher Zeitpunkt für die Ablehnungserklärung des Lehrlings?	75
5.1.5.	Zusammenfassung	77
5.2.	Schriftform- und Zustimmungserfordernisse?	78
5.2.1.	Unklare Anordnung der Schriftform.....	78
5.2.2.	Zustimmung des gesetzlichen Vertreters im Fall einer Erklärung gem § 15a Abs 6?	82
5.2.3.	Zusammenfassung	85
5.3.	Vorgehen bei Ablehnung des Mediationsauftrags durch den gem § 15a Abs 5 ermittelten Mediator?	86
5.4.	Krankenstand	87
5.4.1.	Einleitung des Auflösungsverfahrens.....	87
5.4.2.	Nach Ermittlung eines Mediators.....	88
5.4.3.	Sinnvolle Regelung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall?	91
5.4.4.	Zusammenfassung	94
5.5.	Das Problem der Verschwiegenheit der Vertrauensperson und des gesetzlichen Vertreters	95
5.5.1.	Rechtlicher Ansatz	96
5.5.2.	Wesen der Mediation.....	97
5.5.3.	Zusammenfassung	99
5.6.	Beendigung der Mediation?	100

5.6.1.	Modifikation/Ausdehnung der Beendigungsarten?.....	100
5.6.2.	Beendigungserklärung durch den Mediator	101
5.6.3.	Erklärung des Lehrlings gem § 15a Abs 6 ohne Mediation?.....	101
5.7.	Anspruch auf Postensuchtage?	103
5.8.	Einvernehmliche Lehrvertragsauflösung in der Mediation?	103
5.8.1.	Zusammenfassung	107
5.9.	Die Anwendbarkeit des GIBG	107
5.10.	Die Ausbildungsgarantie des § 38e AMSG – altersdiskriminierende Einschränkung auf Minderjährige?.....	109
5.10.1.	Entwicklung der Ausbildungsförderung jugendlicher Lehrlinge	110
5.10.2.	Wie funktioniert die Ausbildungsgarantie?	110
5.10.3.	Einschränkung der Ausbildungsgarantie.....	112
5.10.4.	Altersdiskriminierende Einschränkung auf Jugendliche – verfassungsrechtliche Aspekte.....	113
5.10.5.	Altersdiskriminierende Einschränkung auf Jugendliche – europarechtliche Aspekte.....	117
5.10.6.	Zusammenfassung.....	125
5.10.7.	Exkurs - die Ausbildungsgarantie und die außerordentliche Auflösung als Ausfluss des Flexicurity-Ansatzes?	126
6.	Im Besonderen: die außerordentliche Auflösung als Kündigung?.....	130
6.1.	Problem: Rechtsform sui generis?.....	130
6.1.1.	Abgrenzung zur Kündigung?.....	130
6.1.2.	Ergebnis: materielle Kündigung	134
6.2.	Folgeprobleme	134
6.2.1.	Ausbildungszweck	135
6.2.2.	Jugendbegriff des § 38d AMSG?	136
6.3.	Allgemeiner Kündigungsschutz.....	141
6.3.1.	Problem und Relevanz	141
6.3.2.	Allgemeines zu den Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes.....	142
6.3.3.	Anwendbarkeit auch im Falle der Auflösung nach § 15a?	143
6.3.4.	Volljährige Lehrlinge im zweiten Bildungsweg?	146
6.3.5.	Zusammenfassung	148
6.4.	Besonderer Kündigungsschutz.....	149
6.4.1.	Vom besonderen Bestandschutz des ArbVG erfasster Personenkreis?.....	149
6.4.2.	Mögliches Zeitproblem bei Anwendung der besonderen Bestandschutzvorschriften	151
6.5.	Zusammenfassung	153
7.	Die mediationstheoretischen Aspekte des § 15a.....	154
7.1.	Das Mediationsverfahren allgemein.....	155

7.2. Das Mediationsverfahren nach § 15a BAG – Fragen der gesetzlichen Anordnung	159
7.2.1. Ablauf.....	160
7.2.2. Freiwilligkeit und gesetzlich angeordnete Mediation?.....	161
7.2.3. Die gesetzliche Gestaltung der Auswahl und Beauftragung des Mediators sowie die einseitige Kostentragungspflicht	165
7.2.4. Gesetzlich begrenzter Zeitraum, der für die Mediation zur Verfügung steht? ..	170
7.2.5. Zusammenfassung	172
7.3. Das Mediationsverfahren des § 15a – Fragen, die sich aus der Anwendbarkeit des ZivMediatG ergeben	173
7.3.1. Welchen mediationstheoretischen Zugang hat das ZivMediatG?.....	173
7.3.2. Was ist innerhalb dieses Zugangs zulässig?	176
7.3.3. Konsequenzen?	181
7.4. An der Schnittstelle zwischen Recht und Mediation	181
7.4.1. Wie ist das Fehlen einer Verpflichtung zur aktiven Teilnahme der Parteien am Mediationsverfahren zu bewerten?	181
7.4.2. Ist der Schutzzweck des BAG durch das in § 15a integrierte Mediationsverfahren ausreichend abgesichert?	188
7.4.3. Ist das Erfordernis der Einholung einer gerichtlichen Zustimmung im Falle einer außerordentlichen Auflösung bei besonderem Bestandschutz des Lehrlings nach der Durchführung einer Mediation eine sinnvolle Konstruktion?.....	190
7.4.4. Zusammenfassung	193
7.5. Sinnvolle Gestaltung der Lehrlingsmediation?	194
7.5.1. Anpassung an die rechtlichen Notwendigkeiten	195
7.5.2. Konkrete Vorschläge zur Umgestaltung.....	196
8. Ergebnis	200
8.1. Beantwortung der Forschungsfragen	200
8.1.1. Forschungsfrage 1.....	200
8.1.2. Forschungsfrage 2.....	211
8.2. Ausblick	218
8.3. Zusammenfassung	222
9. Literaturverzeichnis	227
10. Anhang	234
10.1. Abstract Deutsch	234
10.2. Abstract English	235
10.3. Curriculum Vitae	236

1. Einleitung

Seit seiner Einführung im Jahre 2008 ist § 15a BAG¹ immer wieder Gegenstand von Diskussionen in der Fachliteratur. Mit dem sogenannten „Ausbildungsübertritt“ hielt nämlich zum einen eine gänzlich **neue Form der Beendigung von Lehrverhältnissen** Einzug in den österreichischen Rechtsbestand – bis dahin konnte das Lehrverhältnis einseitig nur in der Probezeit oder danach bei vorliegen wichtiger, in § 15 Abs 3 lit a – g BAG taxativ aufgezählter Entlassungsgründe gelöst werden; zum anderen wurde damit auch die **erste gesetzlich zwingend angeordnete Durchführung eines Mediationsverfahrens** eingeführt.

Die zu bestimmten Terminen und unter Einhaltung besonderer Fristen mögliche außerordentliche Auflösung des Lehrverhältnisses – welche nach den Materialien² eine Beendigungsform sui generis ist – kann sowohl vom Lehrling als auch vom Lehrberechtigten erklärt werden. Nur im zweiten Fall ist hierzu ein vorher durchzuführendes **Mediationsverfahren** erforderlich. Nach dem Ministerialentwurf³ ist der Zweck dieses Mediationsverfahrens *„insbesondere die Problemlage für die Beteiligten nachvollziehbar darzustellen, weiters die Erörterung, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Fortsetzung des Lehrverhältnisses möglich ist“*⁴. Wird nach Durchführung der Mediation das Lehrverhältnis dennoch gelöst, so stellt § 38e AMSG⁵ als flankierende Maßnahme zu § 15a BAG sicher, dass ein jugendlicher Lehrling vom AMS binnen dreier Monate einen neuen Ausbildungsplatz zugewiesen bekommt (sog „Ausbildungsgarantie“).

Beschäftigt man sich mit den einschlägigen Gesetzesmaterialien, den Stellungnahmen im Vorfeld und der weiteren Literatur zum § 15a BAG, so wird schnell deutlich, dass die Meinungen über die neue Institution des Ausbildungsübertrittes sowie des vorangehenden Mediationsverfahrens unterschiedlicher nicht sein könnten. Von manchen wurde die neue außerordentliche Auflösungsmöglichkeit und das vorangehende Mediationsverfahren anfangs sprichwörtlich in den Himmel gelobt: man sehe darin eine Chance für Lehrling und Lehrberechtigten, Fehler zu erkennen

¹ BGBl 2008/82; ebenso Art 1 § 135 LAG.

² ErläutRV 505 BlgNR 23. GP.

³ 162 BlgME 23. GP.

⁴ 162 BlgME 23. GP 6.

⁵ BGBl 2008/82.

und aus ihnen zu lernen, um so mangelnde Produktivität im Unternehmen zu verhindern, ja sogar kosteneinsparend durch erhöhte Motivation und eine Veränderung der Konfliktkultur in Unternehmen könne diese wirken.⁶ Andere wiederum stellten den § 15a BAG durchaus in Frage und übten teils scharfe Kritik an der Ausgestaltung der Fristen, verschiedenen Punkten des Mediationsverfahrens sowie offen gelassenen Einzelfragen.⁷ Vor allem bestehe keinerlei Verpflichtung zur aktiven Teilnahme des Lehrberechtigten am Mediationsverfahren, die derzeitige Ausgestaltung des § 15a BAG biete dem Mediationsverpflichteten sogar einen starken ökonomischen Anreiz, die Mediation überhaupt scheitern zu lassen.⁸

Neben der kontroversen Bearbeitung der außerordentlichen Auflösung in der Literatur erscheint aufgrund der Tatsache, dass die neue Auflösungsform **in der Praxis kaum Anwendung** findet – nur 0,3 % aller Lehrvertragsauflösungen erfolgen jährlich im Wege des § 15a BAG⁹ – eine bis dato fehlende grundlegende rechts- und mediationstheoretische Befassung mit dem Thema erforderlich.

Das **Ziel** dieser Arbeit ist es, die gesetzlichen Rahmenbedingungen des Ausbildungsübertrittes und seines Mediationsverfahrens sowie die sich daraus ergebenden Fragen und Probleme ausführlich darzustellen, zu diskutieren und zu hinterfragen. Ebenso soll dargestellt werden, wo die mediationstheoretischen und praktischen Probleme der Lehrlingsmediation liegen und wie eine sinnvolle Eingliederung des Mediationsverfahrens in ein solches Vertragsauflösungsverfahren erfolgen könnte. Die bisher verstreut aufzufindenden Kritikpunkte beider Disziplinen sollen in dieser Arbeit zusammengefasst, um bisher nicht beachtete, aber bedeutende Denkansätze und Problemkonstellationen ergänzt und einander vor ihrem politischen Hintergrund sinnvoll gegenübergestellt werden.

⁶ Koch, Neu: Lehrvertragsauflösung nach Mediation gesetzlich verankert, taxlex 2008, 393.

⁷ Burger, 10 Stolpersteine auf dem Weg zum Ausbildungsübertritt, ZAS 2010, 162.

⁸ Risak, Die Mediation im Arbeitsrecht, ÖJZ 2012, 395.

⁹ WK Wien (Hrsg), Lehrlinge in Wien 2009 (2010) 12; WK Wien (Hrsg), Lehrlinge in Wien 2010 (2011) 14; WK Wien (Hrsg), Lehrlinge in Wien 2011 (2012) 14.

1.1. Forschungsfragen

Forschungsfrage 1: „Welche juristischen Probleme ergeben sich aus der konkreten Ausgestaltung des § 15a BAG im Hinblick auf das Rechtsinstitut der außerordentlichen Auflösung und das darin vorgesehene Mediationsverfahren und welche Möglichkeiten zu deren Beseitigung gibt es?“

Forschungsfrage 2: „Welche Schwierigkeiten ergeben sich aus mediationstheoretischer Sicht aus der gesetzlichen Anordnung eines Mediationsverfahrens und der konkreten Ausgestaltung des Mediationsverfahrens in § 15a BAG und wie kann eine sinnvolle Eingliederung erfolgen?“

Alle nachfolgenden Paragraphen ohne Gesetzesangabe entstammen dem BAG.

Zur leichteren Lesbarkeit dieser Arbeit wurde auf gendergerechte Formulierungen (zB der/die MediatorIn) verzichtet, gemeint sind aber jeweils in gleicher Weise Frauen und Männer.

2. Das Lehrverhältnis

Das Lehrverhältnis ist im Bundesgesetz über die Berufsausbildung von Lehrlingen (Berufsausbildungsgesetz – BAG)¹⁰ normiert. Es ist ein befristetes Arbeitsverhältnis, während dessen Dauer der Lehrling gem § 1 in einem in der Lehrberufsliste angeführten Lehrberuf fachlich ausgebildet und im Rahmen dieser Ausbildung auch verwendet werden soll. Vor allem seine Eingliederung in das staatlich organisierte Bildungswesen unterscheidet es – wie unter Pkt 2.3. noch deutlich aufgezeigt wird – durch eine Reihe von Besonderheiten von anderen Arbeitsverhältnissen.

2.1. Bestandteile und Wirksamkeitsvoraussetzungen des Lehrvertrages

Durch Unterzeichnen des Lehrvertrages zwischen Lehrling und Lehrberechtigtem kommt das Lehrverhältnis zustande. § 12 enthält die grundlegenden **Wirksamkeitsvoraussetzungen** des Lehrvertrages und normiert in seinem ersten Absatz zunächst folgendes: *„Das Lehrverhältnis wird durch den Eintritt des Lehrlings in die fachliche Ausbildung und Verwendung begründet und durch den Lehrvertrag geregelt. Der Lehrvertrag ist unter Bedachtnahme auf den Zweck der Ausbildung in einem in der Lehrberufsliste angeführten Lehrberuf zwischen dem Lehrberechtigten und dem Lehrling schriftlich abzuschließen. Der Abschluss des Lehrvertrages eines minderjährigen Lehrlings bedarf der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Lehrlings.“*

2.1.1. Der Lehrberuf

Der Lehrvertrag muss demnach enthalten, in welchem konkreten Lehrberuf der Lehrling ausgebildet werden soll. Als Lehrberufe gelten nur jene Berufe, die in der sogenannten **Lehrberufsliste** angeführt sind. Diese Liste wird gem § 7 durch Verordnung des Bundesministers für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft festgesetzt und muss die Kriterien der §§ 5-6 für die Eignung der konkreten Berufe als Lehrberuf, die Dauer der Lehrberufe und das Ausmaß eventueller Anrechnungszeiten erfüllen. Zuletzt wurde die Lehrberufsliste durch die Verordnung BGBl II 413/2013 geändert und enthält derzeit 200 gewerbliche, industrielle und dienstleistungsorientierte Lehrberufe, welche jeweils durch Ausbildungsordnungen

¹⁰ BGBl 1969/142 idgF.

detailliert geregelt sind.¹¹ Soll ein Auszubildender nicht zu einem in der Lehrberufsliste angeführten Lehrberuf ausgebildet werden, so ist er nicht als Lehrling iSd BAG anzusehen.¹²

2.1.2. Der Lehrberechtigte

§ 2 legt fest, welche natürlichen und juristischen Personen als **Lehrberechtigte** in Frage kommen. Dies sind insbesondere die Inhaber eines Gewerbes iSd Gewerbeordnung¹³ sowie sonstige im BAG angeführte Betriebe und Einrichtungen, zB die Post, Sozialversicherungsträger, Apotheker, Ärzte, Notare, Rechtsanwälte oder Wirtschaftstreuhänder. Besitzt der Lehrberechtigte selbst nicht die nötigen Fachkenntnisse für die Ausbildung von Lehrlingen (§ 2 Abs 2 lit c), etwa weil der Gewerbeinhaber eine juristische Person ist oder Art und Umfang des Unternehmens eine fachliche Ausbildung unter Aufsicht des Lehrberechtigten nicht zulassen (zB bei Filialbetrieben oder bei sehr vielen Lehrlingen)¹⁴, so ist gem § 3 ein **Ausbilder** für die Lehrlingsausbildung zu bestellen. Dies kann jede fachlich geeignete Person mit absolvierter Ausbilderprüfung oder bestandenem Ausbilderkurs sein; die Ausbilderprüfung wird grundsätzlich im Rahmen der Meisterprüfung abgelegt.¹⁵

2.1.3. Der Lehrling

Nach § 1 sind „Lehrlinge im Sinne dieses Bundesgesetzes (...) Personen, die auf Grund eines

- Lehrvertrages (§ 12)
- zur Erlernung eines in der Lehrberufsliste (§ 7) angeführten Lehrberufes
- bei einem Lehrberechtigten (§ 2)
- fachlich ausgebildet und im Rahmen dieser Ausbildung verwendet (§ 9) werden“.

Liegen diese **Voraussetzungen für die Qualifikation** als Lehrling (Lehrvertrag, Lehrberuf laut Lehrberufsliste, fachliche Ausbildung und Verwendung im Rahmen der Ausbildung) nicht vor, so liegt auch kein Lehrverhältnis vor. Ein solches

¹¹ Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft, <http://www.bmwfw.gv.at/Berufsausbildung/LehrberufeInOesterreich/Seiten/default.aspx> [19.03.2014].

¹² VwGH 16.05.1995, 93/08/0141, VwSlg 14252 A/1995.

¹³ BGBl 1994/194.

¹⁴ Uher, Handbuch zur Lehrlingsausbildung³ (2003) 2.

¹⁵ Uher, Handbuch³, 2.

Dienstverhältnis, bei dem die Ausbildung des Lehrlings eine nur sehr untergeordnete Rolle spielt, ist als Hilfsarbeiterverhältnis zu qualifizieren.¹⁶ Keine Lehrlinge iSd § 1 sind weiters Anlernlinge, Volontäre sowie Praktikanten, wenn auch der Ausbildungszweck bei all diesen Tätigkeiten im Zentrum steht. Bei diesen fehlt zumindest ein Tatbestandsmerkmal des § 1, regelmäßig sogar mehrere.

Anlernlinge sind Arbeitnehmer, die eine kurze Ausbildung für ihre vorgesehene berufliche Verwendung erhalten, also neue Mitarbeiter in der Einschulungsphase. Auch während dieser Einschulungsphase, die trotz ihres Ausbildungscharakters bereits Teil eines regulären Arbeitsverhältnisses ist, unterliegen Anlernlinge nicht den Bestimmungen des BAG. Insbesondere unterliegt daher die Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht den Beschränkungen des BAG. Anlernlinge haben auch keinen Rechtsanspruch auf eine bestimmte Ausbildung, es trifft sie jedoch aus dem Arbeitsvertrag eine Arbeitspflicht. Auch haben sie aus diesem einen Entgeltanspruch.¹⁷

Volontäre stehen zwar so wie Lehrlinge in einem Ausbildungsverhältnis, dieses ist jedoch meist nur ein kurzfristiges. Volontär ist nach der Rsp, *„wer in einem Betrieb mit Erlaubnis des Betriebsinhabers die dort bestehenden maschinellen oder sonstigen Einrichtungen kennen lernen will und sich gewisse praktische Kenntnisse und Fertigkeiten durch Handanlegen aneignen darf. Die Initiative zur Beschäftigung geht in der Regel vom Volontär aus. Der ausschließliche Lernzweck, die beiderseitige Ungebundenheit und in der Regel auch die Unentgeltlichkeit sind somit wesentliche Merkmale des Volontariats. Die Gewährung einer freiwilligen Gratifikation oder freien Station würde ein Volontariat nicht ausschließen“*¹⁸. Vor allem die fehlende Arbeitspflicht – welche auch ausschlaggebend dafür ist, dass das Volontariat nicht als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist¹⁹ – und der fehlende Entgeltanspruch sind als notwendige Kriterien des sog „echten“²⁰ Volontariats anzusehen.²¹ Die Beweislast für das Vorliegen eines solchen „echten“ Volontariats liegt beim Arbeitgeber²², denn iZw

¹⁶ ASG Wien 1.12.2000, 2 Cga 134/00i, ARD 5261/8/2001.

¹⁷ Vgl *Preiss/Spitzl in Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht² (2011) § 1 BAG Rz 2.

¹⁸ VwGH 17.10.2001, 96/08/0101, VwSlg 15697 A/2001.

¹⁹ *Radner in Mazal/Risak (Hrsg)*, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (2012) Kap I Rz 101.

²⁰ *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen⁸ (2013) Rz 57a.

²¹ *Radner in Mazal/Risak*, Arbeitsrecht, Kap I Rz 94.

²² *Radner in Mazal/Risak*, Arbeitsrecht, Kap I Rz 99.

ist ein Arbeitsverhältnis zu vermuten²³. Ein solches Arbeitsverhältnis ist dann trotz seines Charakters als Ausbildungsverhältnis mit Entgeltanspruch nicht in jedem Fall als Lehrverhältnis einzustufen. Trotz Arbeitspflicht und Entgeltanspruch scheitert die Einstufung als solches wohl meist an der fehlenden – im BAG aber zwingend vorgesehenen – Befristung des Lehrverhältnisses auf einen bestimmten Zeitraum oder dem Fehlen einer Ausbildung in einem Lehrberuf laut Lehrberufsliste.

Nach der Rsp sind **Praktikanten** Personen, „*deren kurzfristiger Aufenthalt im Betrieb lediglich dazu dient, die Einrichtungen des Betriebes kennenzulernen und, weil es ihre Studienordnung erfordert, sich gewisse praktische Kenntnisse und Fähigkeiten anzueignen*“²⁴. Praktikanten wollen also, ähnlich den Volontären, die praktische Tätigkeit in Ergänzung einer theoretischen Ausbildung kennen lernen.²⁵ Oft wird die Absolvierung eines Praktikums in einem bestimmten Mindestausmaß von den schul- oder studienrechtlichen Vorschriften angeordnet²⁶, für die Qualifikation als Praktikum ist dies aber keine zwingende Voraussetzung. Wie bei den Volontären fehlt bei den „echten“ Praktikanten²⁷ jedenfalls eine Arbeitspflicht und somit auch ein Entgeltanspruch, weshalb auch das Praktikum nicht als Arbeitsverhältnis und damit auch keinesfalls als Lehrverhältnis zu qualifizieren ist²⁸.

Aufgrund des Ausbildungscharakters des Lehrverhältnisses und seiner Rechtsnatur als Arbeitsverhältnis ist klar, dass trotz des neutralen Begriffes „Personen“ des § 1 nur **natürliche Personen** – und keine juristischen Personen – Lehrlinge sein können.²⁹

2.1.4. Der Lehrvertrag als Arbeitsvertrag

Das Lehrverhältnis ist trotz seines besonderen Ausbildungszweckes arbeitsrechtlich als **Arbeitsverhältnis** zu qualifizieren. In der Literatur besteht darüber Einigkeit³⁰ und auch die Judikatur³¹ bestätigt diese Rechtslage laufend durch die ständige

²³ Siehe dazu insb *Radner*, Die (arbeits-)rechtliche Stellung von Praktikanten und Volontären, DRdA 2001, 3.

²⁴ OGH 13.03.2002, 9 ObA 288/01w.

²⁵ Vgl *Preiss/Spitzl* in *ZellKomm*², § 1 BAG Rz 2.

²⁶ *Radner* in *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht Band I, Kap I Rz 95.

²⁷ *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁸, Rz 57a.

²⁸ *Radner* in *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht, Kap I Rz 101; *Radner*, DRdA 2001, 3.

²⁹ *Preiss/Spitzl* in *ZellKomm*², § 1 BAG Rz 3.

³⁰ *Preiss/Spitzl* in *ZellKomm*², § 1 BAG Rz 18.

³¹ ZB OGH 7.10.1998, 9 ObA 193/98t; OGH 22.12.1998, 8 Obs 322/98f.

Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften in Entscheidungen von einschlägigen Rechtsfragen³².

Grundsätzlich müssen für die Einstufung eines Vertrages als Arbeitsvertrag bestimmte **Tatbestandsmerkmale** erfüllt sein. Dazu gehören insb die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur persönlichen Leistungserbringung, das Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses (der Arbeitnehmer schuldet keinen Erfolg, sondern das Zurverfügungstellen seiner Arbeitskraft), die Weisungsunterworfenheit des Arbeitnehmers in Bezug auf seine Arbeitsart und Arbeitsabfolge, die Einordnung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Arbeitgebers, die wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers (wobei hier ausschlaggebend ist, ob der Arbeitnehmer regelmäßig mit Produktionsmitteln des Arbeitgebers tätig wird und nicht eigene Betriebsmittel verwendet) und die Eingliederung des Arbeitnehmers in die Organisation des Arbeitgebers³³. Diese Merkmale müssen nicht kumulativ vorliegen. Im Rahmen eines beweglichen Systems kann somit das Fehlen einiger Tatbestandsmerkmale durch das Überwiegen anderer ausgeglichen werden³⁴ und es ist im Einzelfall durch die Abwägung aller maßgeblichen Umstände festzustellen, ob ein konkreter Vertrag als Arbeitsvertrag einzustufen ist³⁵.

Für die Einstufung als Arbeitsverhältnis besonders bedeutsam und ausschlaggebend ist jedenfalls die **persönliche Abhängigkeit** des Arbeitnehmers, die daraus resultiert, dass die Arbeitsleistung dem Arbeitgeber zugute und in einem von ihm bestimmten Organisationsgefüge zustande kommt.³⁶ Zu ihren Kriterien zählen die Einordnung in den betrieblichen Ordnungsbereich (Bindung des Arbeitnehmers bzgl Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsabfolge), die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers und die Kontrolle des Arbeitnehmers.³⁷ Da all diese Kriterien auf die Arbeit von Lehrlingen in ihren Lehrbetrieben zutreffen und das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit bei ihnen somit zu bejahen ist³⁸, ist der Lehrvertrag als

³² *Berger/Fida/Gruber*, Berufsausbildungsgesetz (1989) 73.

³³ *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁸, Rz 38ff; *Jabornegg/Resch/Strasser*, Arbeitsrecht³ (2008) Rz 46ff.

³⁴ *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁸, Rz 46.

³⁵ *Jabornegg/Resch/Strasser*, Arbeitsrecht³, Rz 47.

³⁶ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹¹ (2011) Kap 4 Rz 4.

³⁷ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹¹, Kap 4 Rz 4f.

³⁸ *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁸, Rz 57a.

Arbeitsvertrag einzustufen und Lehrlinge sind ausnahmslos als Arbeitnehmer iSd Arbeitsvertragsrechtes anzusehen.³⁹

Der im **vordergründliche Ausbildungszweck** des Lehrverhältnisses steht der Qualifizierung als Arbeitsverhältnis durch die **stRspr des OGH** nicht entgegen. Das Lehrverhältnis sei ungeachtet seines Ausbildungscharakters als Arbeitsverhältnis anzusehen und der Umstand, dass der Lehrling nicht nur zu arbeiten hat, sondern auch zum Lernen verpflichtet ist, könne nicht bewirken, dass das Lehrverhältnis kein Arbeitsverhältnis sei. Der Dienst des Lehrlings bestehe eben darin, die aufgetragenen Arbeiten zu machen und durch seine Verwendung das Gewerbe auch praktisch zu erlernen. Sein Zweck als Ausbildungsvertrag mit der klaren hierarchischen Unterordnung des Lehrlings unter den Lehrherren schließe eine persönliche Selbständigkeit, dh keine organisatorische Gebundenheit, insbesondere nicht an Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle, des Lehrlings aus.⁴⁰

Als Arbeitnehmer finden auf Lehrlinge, subsidiär zu den Sonderbestimmungen des BAG, in erheblichem Umfang die **Bestimmungen des allgemeinen Arbeitsrechts** Anwendung⁴¹, einschließlich des jeweiligen Branchenkollektivvertrags. Insbesondere bei den Kollektivvertragsbestimmungen ist aber zu beachten, dass einige aufgrund der Besonderheiten des Berufsausbildungsrechtes nicht anwendbar oder durch Sonderbestimmungen modifiziert sind. Besondere Regelungen gibt es etwa zur Arbeitszeit im Zusammenhang mit der Berufsschule, zum Krankenstand, zum Urlaub und vor allem zur Beendigung des Lehrverhältnisses.⁴²

2.1.5. Formvorschriften und weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen

§ 12 Abs 1 sieht vor, dass der Lehrvertrag **schriftlich** abgeschlossen wird. Gem § 12 Abs 7 bewirkt der Mangel der Schriftform aber nicht die Nichtigkeit des Lehrvertrages, also ist auch ein mündlich abgeschlossener Lehrvertrag gültig. Letzterer kann jedoch vom Lehrling gem § 15 Abs 4 lit b vorzeitig gelöst werden und darüber hinaus auch zu einer Verwaltungsstrafe nach § 32 Abs 1 lit a führen, da die rechtzeitige Eintragung des Vertrages bei der zuständigen Lehrlingsstelle der WK

³⁹ OGH 7.10.1998, 9 ObA 193/98t.

⁴⁰ OGH 9 ObA 176/95 ZAS 1997/1 (*Risak*).

⁴¹ OGH 7.10.1998, 9 ObA 193/98t, DRdA 1999, 269 (*Wachter*).

⁴² *Schrank*, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht³⁵ (2013) 63.

verhindert wird (§ 20 Abs 1).⁴³ Ist der Lehrling noch minderjährig (gem § 21 Abs 2 ABGB sind dies Personen unter 18 Jahren), so bedarf gem § 12 Abs 1 letzter Satz der Abschluss des Lehrvertrages der **Zustimmung des gesetzlichen Vertreters**. Da der Begriff „gesetzlicher Vertreter“ im BAG nicht näher definiert wird sind die diesbezüglichen Bestimmungen des ABGB anzuwenden, nach denen die gesetzlichen Vertreter eines minderjährigen grundsätzlich dessen Eltern sind, wobei jeder Elternteil für sich vertretungsbefugt ist.⁴⁴ Neben dem Lehrberechtigten und dem minderjährigen Lehrling muss also auch ein Elternteil den Lehrvertrag unterzeichnen, da schriftlich iSd § 12 Abs 1 Unterschriftlichkeit iSd § 886 ABGB bedeutet.⁴⁵

Die **obligatorischen Vertragsinhalte**, also jene Inhalte, die ein Lehrvertrag jedenfalls umfassen muss, sind in § 12 Abs 3 und 4 taxativ aufgezählt. Abs 5 zählt demonstrativ die **fakultativen Vertragsinhalte** auf, also jene Inhalte, die ein Lehrvertrag haben kann.⁴⁶

Zu den **obligatorischen** Vertragsinhalten gehören neben dem Lehrberuf und der Dauer des Ausbildungsverhältnisses insbesondere auch der Standort der festen Betriebsstätte/n, in welcher/n der Lehrling ausgebildet werden soll, gegebenenfalls die Person des Ausbilders sowie der genaue kalendermäßige Beginn und das kalendermäßige Ende des Lehrverhältnisses. Bei Fehlen eines der obligatorischen Vertragsbestandteile oder bei Vorliegen eines sonstigen unzulässigen Vertragsinhaltes ist der Lehrvertrag jedoch nicht von Nichtigkeit bedroht, sondern es liegt ein **Eintragungshindernis** gem § 20 vor. In einem solchen Fall hat die zuständige Lehrlingsstelle der WK den betroffenen Parteien (Lehrberechtigter, Lehrling und ev der gesetzliche Vertreter des mj Lehrlings) einen Verbesserungsauftrag unter angemessener Fristsetzung zur Behebung des Mangels zu erteilen. Wird diesem Verbesserungsauftrag nicht fristgerecht nachgekommen, so hat die Lehrlingsstelle die Eintragung des Lehrvertrages mit Bescheid gem § 20 Abs 3 lit g zu verweigern.⁴⁷

⁴³ Uher, Handbuch³, 3.

⁴⁴ Gittenberger, Schriftlichkeit bei der vorzeitigen Auflösung eines Lehrverhältnisses, DRdA 2008, 68.

⁴⁵ Preiss/Spitzl in ZellKomm², § 12 BAG Rz 14.

⁴⁶ Preiss/Spitzl in ZellKomm², § 12 BAG Rz 20.

⁴⁷ Preiss/Spitzl in ZellKomm², § 12 BAG Rz 20 ff.

Fakultative Inhalte eines Lehrvertrages können nur solche Zusatzvereinbarungen sein, die **nicht gesetz- oder sittenwidrig** sind. So kommen vor allem Ausdehnungen der Auflösungsgründe des Lehrverhältnisses⁴⁸, Ausbildungskostenrückerstattungsklauseln oder Vereinbarungen über Zahlungen von Lehrgeld des Lehrlings an den Lehrberechtigten⁴⁹ nicht in Frage.⁵⁰

2.2. Historischer Überblick

Im Folgenden soll sowohl ein kurzer historischer Abriss über die Entwicklung des Lehrlingswesens in Österreich gegeben werden. Die überblicksmäßige Kenntnis der historischen Entwicklung des Lehrverhältnisses ist im weiteren Verlauf der Arbeit für eine fundierte Beurteilung der aktuellen Gesetzesänderungen im Bereich der Berufsausbildung und eine differenzierte Betrachtung ihrer rechtspolitischen Hintergründe notwendig.

2.2.1. Lehrlingswesen

Die Wurzeln des Lehrlingswesens lassen sich bis in die feudalistisch-ständischen **Gesellschaftsstrukturen des Mittelalters** zurückverfolgen. Dort entwickelte sich in den berufsständischen Zusammenschlüssen von Handwerkern eine Ausbildungsform, in der die Berufsausbildung in einem engen Zusammenhang mit der praktischen Berufsausübung erfolgte. Geregelt war das Lehrlingswesen damals durch Zunftordnungen vor allem im Rahmen der Zunftautonomie.⁵¹ Eine klare Trennung zwischen dieser christlich geprägten Berufserziehung und Erziehung oder dem Berufsleben und Privatleben gab es noch nicht, die Arbeitsgemeinschaft, Werkstätte, Zunft und die Familie des Meisters bildeten eine Einheit.⁵²

In der **Neuzeit** begannen familien- und öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte bei der Ausgestaltung des Lehrlingswesens schrittweise in den Vordergrund zu rücken. Die technische und wirtschaftliche Entwicklung führte auch zu einer tatsächlichen Umgestaltung des bisher stark patriarchalisch geprägten Lehrlingswesens. Hierzu schreibt *Bschorer* besonders plakativ: *„Die Fälle der Aufnahme des Lehrlings in die häusliche Gemeinschaft des Lehrherrn, die früher die Regel bildeten, werden immer seltener. Der Lehrling, der nur die Arbeitszeit im Betriebe verbringt, erhält auch keine*

⁴⁸ OGH 06.09.1983, 4 Ob 101/83, RdW 1984,53 = ÖA 1985, 55.

⁴⁹ OGH 13.09.1989, 9 ObA 249/89, WBl 1990,80 = SZ 62/151 = Arb 10825.

⁵⁰ Vgl *Preiss/Spitzl* in *ZellKomm*², § 12 BAG Rz 30 ff.

⁵¹ *Berger/Fida/Gruber*, Berufsausbildungsgesetz, 7.

⁵² *Hotwagner*, Das neue Berufsausbildungsgesetz (1969) 6.

*Beköstigung mehr. Dafür entfällt meist das früher an den Lehrherrn bezahlte Lehrgeld.*⁵³ Nach und nach wurden die Zunftbestimmungen verschärft, die Ansprüche bei der Meisterprüfung gehoben und so verwandelte sich das Erziehungsverhältnis des Mittelalters im Laufe der Neuzeit in ein bloßes Ausbildungsverhältnis.⁵⁴

Als **Mitte des 19. Jahrhunderts** im Zuge des wirtschaftlichen Liberalismus der Zunftzwang erodierte und die Forderung nach Gewerbefreiheit zur Erlassung einer Gewerbeordnung führte, wurde auch die Lehrlingsausbildung neu geregelt. Die §§ 88-101 der Gewerbeordnung 1859⁵⁵ enthielten die einschlägigen Bestimmungen zur gewerblichen Berufsausbildung, welche über ein Jahrhundert lang den Kern des Lehrlingsrechts bildeten.⁵⁶ Ebenfalls im 19. Jahrhundert begann mit der Einführung eines berufsbegleitenden Teilzeitunterrichtes in Form der gewerblichen Fortbildungsschule die Entwicklung des Lehrlingswesens zum sog „dualen Berufsausbildungssystem“. Besonders bedeutend für die Entwicklung der österreichischen Berufsschule in ihrer heutigen Form war dabei das Schulgesetzwerk 1962.⁵⁷

In den Kreis der Arbeitnehmer wurden die Lehrlinge nach und nach durch den fortschreitenden **Ausbau der modernen Sozial- und Arbeitsrechtsgesetze** aufgenommen. Auch in der Gewerbeordnung selbst, welche lange Zeit die gesetzliche Grundlage für das Lehrverhältnis bildete, fanden im Laufe der Zeit immer mehr arbeitsrechtliche Bestimmungen ihren Platz. Dies führte unter anderem dazu, dass heutzutage die sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften (tw jedoch ergänzt um Sonderbestimmungen der einzelnen arbeitsrechtlichen Materiengesetze sowie des BAG⁵⁸) idR auch auf Lehrlinge anwendbar sind.⁵⁹

2.2.2. Institution der Lehrlingsstellen

Als im Zuge der Einführung des BAG im Jahre 1969 durch BGBl 1969/142 die gesamte Berufsausbildung neu geregelt und in einem einheitlichen Gesetz zusammengefasst wurde (zur Entwicklung des BAG siehe 3.1.), wurden auch die

⁵³ *Bschorer*, Das Lehrverhältnis unter dem Einfluß des modernen Arbeitsrechts (1938) 3.

⁵⁴ *Hotwagner*, Berufsausbildungsgesetz, 8.

⁵⁵ RGBl 227/1859.

⁵⁶ *Berger/Fida/Gruber*, Berufsausbildungsgesetz, 7.

⁵⁷ *Berger/Fida/Gruber*, Berufsausbildungsgesetz, 10.

⁵⁸ *Preiss* in ZellKomm², § 1 BAG Rz 18.

⁵⁹ *Berger/Fida/Gruber*, Berufsausbildungsgesetz, 7.

Lehrlingsstellen neu errichtet. Sie waren ursprünglich zuständig für die Verfahren betreffend der Eintragung des Lehrvertrages, die Zulassung zur Lehrabschlussprüfung im ersten Bildungsweg sowie deren Organisation und Durchführung, die Überwachung der Lehrlingsausbildung (nach dem Durchführungserlass war hierunter insb das Verfassen von Merkblättern für Lehrlinge und Lehrberechtigte zu verstehen), die Anrechnung von Ausbildungszeiten, die Förderung zwischenbetrieblicher Ausbildungsmaßnahmen und der Betreuung der Lehrlinge in Angelegenheiten der Berufsausbildung. Daneben kamen aber auch **noch weiteren Institutionen teilweise überschneidende Aufgaben** im Bereich des Lehrlingswesens zu: so etwa den Landeskammern der gewerblichen Wirtschaft (bezüglich der Weiterverwendungspflicht und der Bewilligung von Kündigungen vor Ablauf der Verwendungsdauer), den jeweiligen Bezirksverwaltungsbehörden (bspw die Zulassung zur Lehrabschlussprüfung im zweiten Bildungsweg oder Verwaltungsstrafverfahren wegen Übertretungen von Vorschriften des BAG), den Landeshauptleuten und dem Bundesministerium für Handel, Gewerbe und Industrie (zB die Überwachung der Ordnungsmäßigkeit des Prüfungsvorganges der Lehrabschlussprüfungen).⁶⁰

Da die Zuständigkeiten im Bereich der betrieblichen Berufsausbildung somit auf vier verschiedene Stellen aufgeteilt waren, wurden in den nachfolgenden BAG-Novellen immer wieder **Zuständigkeiten von anderen Stellen auf die Lehrlingsstellen übertragen**. So etwa im Zuge der BAG Novellen 1978, durch welche auch die Rechte der Kammern für Arbeiter und Angestellte in Bezug auf das Verfahren in Lehrlingsangelegenheiten ausgebaut wurden (diese sollten es den Kammern als berufliche Interessenvertretung der Arbeitnehmer ermöglichen, in bestimmten Verfahren auch die Interessen der Lehrlinge wahrzunehmen)⁶¹ und 2003. Durch letztere wurde den Lehrlingsstellen unter anderem die umfassende Zuständigkeit für die Lehrabschlussprüfungen übertragen; dies wurde nach den Materialien aufgrund der starken Zersplitterung der Zuständigkeiten im Bereich der Zulassung sowie Organisation und Abwicklung von Prüfungen im BAG als notwendig angesehen, da sie für den Normadressaten – also den Prüfungswerber – bisher mit einem deutlichen

⁶⁰ *Bundesministerium für Handel, Gewerbe und Industrie*, DEBAGNov 12.11.1969 in *Berger/Rohringer, Berufsausbildungsrecht*² (1979) 71 (71-72).

⁶¹ *Bundesministerium für Handel, Gewerbe und Industrie*, DEBAGNov 13.6.1978 in *Berger/Rohringer, Berufsausbildungsrecht*², 122 (124-125).

Mehraufwand an Behördenwegen verbunden war.⁶² Die Lehrlingsstelle sollte durch die Konzentration von Zuständigkeiten zum „**one-stop-shop**“ für Lehrlinge und Lehrberechtigte umfunktioniert werden.⁶³

Eingerichtet sind die Lehrlingsstellen gem § 19 Abs 1 bei den WK der Bundesländer, also der **gesetzlichen Interessenvertretung der Arbeitgeber** der gewerblichen Wirtschaft. Den gesetzlichen Interessenvertretungen beider Seiten (also der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer) kommt nach der traditionellen österreichischen Einteilung des Arbeitsrechts in kollektives und individuelles Arbeitsrecht eine große Bedeutung zu, da sie die Hauptakteure des kollektiven Arbeitsrechts sind.

Während sich das Individualarbeitsrecht mit dem zweipersonalen (individuellen) Verhältnis der Arbeitsvertragsparteien – also Arbeitgeber und Arbeitnehmer – befasst, regelt das Kollektivarbeitsrecht das Verhältnis von Gruppen (Kollektiven) von Arbeitnehmern bzw Arbeitgebern. Es beinhaltet das Verbändewesen (gesetzliche und freiwillige Interessenvertretungen), das Recht des Kollektivvertrags sowie die Betriebsverfassung.⁶⁴ Die gesetzlichen Interessenvertretungen, denen im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts eine Reihe von Funktionen und Aufgaben zukommen, sind Selbstverwaltungskörper mit Pflichtmitgliedschaft⁶⁵ – dh sie besorgen mittelbar und dezentral Aufgaben der staatlichen Verwaltung und unterliegen in ihrem eigenen Wirkungsbereich keinen staatlichen Weisungen⁶⁶ – und in Österreich existieren sie für nahezu alle Formen der Berufsausübung (selbständig, unselbständig oder freiberuflich). Dadurch sind sämtliche Erwerbstätige eines Wirtschaftszweiges durch Kammern erfasst (vgl die daraus resultierende Bezeichnung Österreichs als „**Kammerstaat**“)⁶⁷. Auf der Seite der Arbeitnehmer sind die wichtigsten gesetzlichen Interessenvertretungen die Arbeiterkammern und auf Seiten der Arbeitgeber die Wirtschaftskammern.⁶⁸

Die **Lehrlingsstellen sind also** gem § 19 Abs 1 **bei der jeweiligen Landeswirtschaftskammer** (der gesetzlichen Interessenvertretung der Arbeitgeber

⁶² ErläutRV 109 BlgNR 22. GP 1.

⁶³ 50/ME 22. GP 14; ebenso ErläutRV 109 BlgNR 22. GP 18.

⁶⁴ *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁸, Rz 30.

⁶⁵ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹¹, Kap 10 Rz 22.

⁶⁶ *Ebler*, Arbeitsrechtliche Aspekte der freiwilligen und gesetzlichen Interessenvertretungen (2007) 27.

⁶⁷ *Ebler*, Arbeitsrechtliche Aspekte, 24.

⁶⁸ *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁸, Rz 116.

der gewerblichen Wirtschaft) **einggerichtete Organisationen**, die eine Vielzahl von Aufgaben innerhalb der betrieblichen Ausbildung des Lehrlingswesens besorgen.

2.2.3. Aktuelle Zahlen und Daten

Um den Kreis jener Personen, die von den im folgenden noch aufzuzeigenden Problemen des § 15a betroffen sind, zahlenmäßig einordnen zu können, soll ein kurzer Überblick über die aktuellen Zahlen und Daten der Berufsausbildung gegeben werden.

Aus dem aktuellen Bericht zur Jugendbeschäftigung und Lehrlingsausbildung sowie die Lehrlingsstatistik 2011 der WKO ergibt sich zunächst, dass der bisherige **Höchststand der Lehrlingszahlen in Österreich im Jahre 1980** erreicht wurde. In diesem Jahr gab es Österreichweit insgesamt mehr als 194.000 Lehrlinge⁶⁹, davon 61.795 Lehrlinganfänger⁷⁰. Seitdem ist die Zahl der Lehrlinge bis zum Jahr 1996, in dem weniger als 120.000 Lehrlinge verzeichnet wurden⁷¹, **kontinuierlich gesunken**. Seitdem befinden sich jedes Jahr zwischen 120.000 und 130.000 Personen in einem Lehrverhältnis.⁷²

Um festzustellen, wie viel Prozent der jugendlichen Pflichtschulabsolventen sich für eine weitergehende Ausbildung in Form einer Lehre entscheiden und beurteilen zu können, wie groß das Interesse der Jugendlichen an einer Lehre ist, wird üblicherweise der Indikator „Anteil der Lehrlinge im 1. Lehrjahr an den 15-Jährigen“ herangezogen. Dieser ist jedoch nur als Richtwert für eine Quote der Lehrlinganfänger zu verstehen, da auch Jugendliche aus anderen Altersgruppen eine Lehre beginnen.⁷³

Hierbei ist zu beobachten, dass die Zahl der 15-Jährigen Lehrlinganfänger seit 1995 relativ konstant geblieben ist und **jedes Jahr ungefähr 40%** der Jugendlichen eines

⁶⁹ *Institut für Bildungsforschung der Wirtschaft/Österreichisches Institut für Berufsbildungsforschung*, Bericht zur Situation der Jugendbeschäftigung und Lehrlingsausbildung in Österreich 2010-2011 (2012) 72.

⁷⁰ *Wirtschaftskammer Österreich*, <http://wko.at/statistik/jahrbuch/Lehrling5.pdf> [27.08.2012].

⁷¹ *Institut für Bildungsforschung der Wirtschaft/Österreichisches Institut für Bildungsforschung*, Bericht 72.

⁷² *Wirtschaftskammer Österreich*, http://wko.at/statistik/jahrbuch/LL_Zeitr_Sp_BDL.pdf [11.02.2014].

⁷³ *Institut für Bildungsforschung der Wirtschaft/Österreichisches Institut für Bildungsforschung*, Bericht 80.

Jahrganges eine Lehrausbildung beginnen. Das Interesse der Jugendlichen an einer Lehre ist also seit 1996 als konstant zu bezeichnen.⁷⁴

In Österreich entscheiden sich traditionellerweise mehr Burschen für eine Lehre als Mädchen: **nur rund ein Drittel aller Lehrlinge sind weiblich**. Bis Anfang der Neunziger Jahre stieg die Zahl an weiblichen Lehrlingen kontinuierlich, seitdem hat sie sich nicht nennenswert verändert und beträgt jedes Jahr ungefähr 34%.⁷⁵

Im Vergleich der Verteilung der Lehrlinge auf die einzelnen Bundesländer ist **Oberösterreich seit 1990 der Spitzenreiter**: ca 21% aller Lehrlinge werden hier jedes Jahr ausgebildet.⁷⁶ An zweiter Stelle stand 2011 Niederösterreich mit rund 15% aller auszubildenden Lehrlinge, in Wien und der Steiermark waren es ebenfalls ca 15%.⁷⁷ Das Schlusslicht unter den Bundesländern bildete das Burgenland mit nur rund 2% aller Lehrlinge.⁷⁸

2.3. Besonderheiten im Vergleich zu anderen Arbeitsverhältnissen

Wie bereits erwähnt, unterscheidet sich das Lehrverhältnis zum einen aufgrund seines besonderen Ausbildungszweckes, zum anderen durch seine Einbindung in das staatliche Bildungswesen in einigen Punkten von anderen Arbeitsverhältnissen.

2.3.1. Der Ausbildungszweck des Lehrverhältnisses

Das Lehrverhältnis ist ein besonders typisiertes und vom Ausbildungszweck geprägtes Arbeitsverhältnis.⁷⁹ Diesem **Ausbildungszweck** entsprechend ist das Lehrverhältnis durch ein eigenes Gesetz – das BAG – geregelt, in welchem der inhaltlichen Gestaltung des Lehrvertrages zum Schutz des Ausbildungszweckes besondere Grenzen gesetzt werden.

Während ein Arbeitsverhältnis üblicherweise kurz und prägnant als „Arbeit gegen Entgelt“ definiert wird, passt auf das Lehrverhältnis eher die Kurzformel „**Arbeit gegen Ausbildung und Entgelt**“ – denn die Hauptleistungspflicht des

⁷⁴ Institut für Bildungsforschung der Wirtschaft/Österreichisches Institut für Bildungsforschung, Bericht 80.

⁷⁵ Institut für Bildungsforschung der Wirtschaft/Österreichisches Institut für Bildungsforschung, Bericht 83.

⁷⁶ Institut für Bildungsforschung der Wirtschaft/Österreichisches Institut für Bildungsforschung, Bericht 74.

⁷⁷ WKO, <http://wko.at/statistik/jahrbuch/Lehrling1.pdf> [27.08.2012].

⁷⁸ WKO, <http://wko.at/statistik/jahrbuch/Lehrling1.pdf> [27.08.2012].

⁷⁹ Löschnigg, Arbeitsrecht¹¹, Kap 4 Rz 105.

Lehrberechtigten ist die Ausbildung gemäß den Berufsbild-Verordnungen. Gem § 9 Abs 1-3 hat der Lehrberechtigte für die Ausbildung des Lehrlings zu sorgen und ihn unter Bedachtnahme auf die Ausbildungsvorschriften des Lehrberufes selbst zu unterweisen oder durch geeignete Personen unterweisen zu lassen. Er hat den Lehrling nur zu solchen Tätigkeiten heranzuziehen, die mit dem Wesen der Ausbildung vereinbar sind. Dem Lehrling dürfen keine Aufgaben zugewiesen werden, die seine Kräfte übersteigen. Berufsfremde Arbeiten dürfen dem Lehrling nicht zugewiesen werden, Weisungen zu solchen Tätigkeiten kann der Lehrling sanktionslos missachten.⁸⁰ Weiters hat der Lehrberechtigte den Lehrling „zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Aufgaben und zu verantwortungsbewusstem Verhalten anzuleiten und ihm diesbezüglich ein gutes Beispiel zu geben.“ Gem § 9 Abs 5 hat der Lehrberechtigte dem berufsschulpflichtigen Lehrling die zum Schulbesuch erforderliche Zeit freizugeben und ihn zum regelmäßigen Schulbesuch anzuhalten sowie auf den Stand der Ausbildung in der Berufsschule nach Möglichkeit Bedacht zu nehmen.

In dieser gesetzlich verankerten **Ausbildungs- und Unterweisungspflicht** manifestiert sich der Ausbildungszweck des Lehrverhältnisses. Es gehört zu den wenigen Bereichen des Arbeitsrechts, in denen der Arbeitnehmer einen gesetzlich verankerten Beschäftigungs- und Ausbildungsanspruch hat;⁸¹ bei anderen Arbeitsverhältnissen kann ein solcher meist nur auf interpretativem Weg gewonnen werden.

So wie den Lehrberechtigten nach diesen Regelungen zusätzlich zur Entgeltspflicht auch eine Ausbildungspflicht trifft, so trifft auch den Lehrling zusätzlich zu seiner Arbeitspflicht die **Verpflichtung zur Erlernung des Lehrberufs** (§ 10 Abs 1) als eine der Hauptpflichten aus dem Lehrvertrag.

Ebenfalls Ausdruck des Ausbildungszweckes des Lehrverhältnisses sind die im Vergleich zu anderen Arbeitsverhältnissen eingeschränkten Beendigungsmöglichkeiten, insb die **fehlende Kündigungsmöglichkeit**, sowie die gesetzliche **Regelung der Vertragsdauer**. Die Vertragsteile dürfen bei Abschluss des Lehrvertrages dessen Dauer nicht willkürlich festsetzen, sondern sind an die noch

⁸⁰ Schrank, ASR³⁵, 66/I.

⁸¹ Rathkolb, Das aktuelle Berufsausbildungsrecht, <http://www.forum-verlag.at/homepage/Die%20Pflichten%20des%20Lehrberechtigten.pdf> [21.03.2013].

offene jeweilige Lehrzeitdauer gebunden. Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber grundsätzlich Wert darauf legt, dass der Lehrling die einmal begonnene Ausbildung bei ein- und demselben Lehrberechtigten zu Ende bringt. Diese Komponente der Vertragsfreiheit ist selbst im Vergleich zu den stärkeren oder geringeren Beschränkungen bei anderen Arbeitsverträgen so stark reduziert, dass einer privatautonomen Gestaltung kein Raum bleibt.⁸² Auch die Tatsache, dass für einseitige wie auch einvernehmliche **Auflösungserklärungen strenge Formvorschriften** zu beachten sind (Unterschriftlichkeit, Zustimmung der gesetzlichen Vertreter eines mj Lehrlings) trägt dem Ausbildungszweck des Lehrverhältnisses Rechnung – es soll dadurch eine der Ausbildung schädliche Fluktuation verhindert werden und unbedachte oder übereilte Entscheidungen sollen verhindert werden.⁸³

2.3.2. Dauer des Ausbildungsverhältnisses

Das Lehrverhältnis ist ein **befristetes Arbeitsverhältnis**. Es kann gem § 13 nur auf die Dauer der in der Lehrberufsliste für den jeweiligen Lehrberuf festgelegten Lehrzeit abgeschlossen werden⁸⁴, welche gem § 5 Abs 1 zumindest zwei Jahre betragen muss. Je nach Lehrberuf dauert die Ausbildung zwei, zweieinhalb, drei, dreieinhalb oder vier Jahre.⁸⁵ Die Lehrberufsliste besteht gem § 7 aus einer Reihe von Verordnungen, welche die Berufsbilder und die dafür nötigen Kenntnisse und Fähigkeiten festlegen und bestimmen, welche Zeit für die Erlernung der Lehrberufe vorgesehen ist.⁸⁶ Allfällige anrechenbare vorhergegangene Ausbildungszeiten (vgl dazu § 13 Abs 1 Z a) können hierbei berücksichtigt werden. Durch eine solche Anrechnung – insbesondere bestimmter Schulzeiten oder einer Vorlehre – verkürzt sich die tatsächliche Lehrzeit, da die jeweiligen Zeiten vom Beginn der vorgeschriebenen Ausbildungsdauer abzuziehen sind und der Lehrling dem Ausmaß der Anrechnung entsprechend in das spätere Stadium der Lehrzeit einsteigt.⁸⁷ Die Dauer des Lehrverhältnisses ist also **weitestgehend zwingend** festgelegt und kann –

⁸² Winkler, Die arbeitsrechtlichen Neuerungen der Berufsausbildungsgesetz-Novelle 1978, ZAS 1979, 169.

⁸³ Gittenberger, DRdA 2008, 68 (69).

⁸⁴ § 7 Abs 1 lit b iVm § 6 Abs 1 BAG idgF.

⁸⁵ Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend, <http://www.bmwfj.gv.at/Berufsausbildung/LehrberufeInOesterreich/Seiten/default.aspx> [13.08.2012].

⁸⁶ Uher, Handbuch³, 1.

⁸⁷ Uher, Handbuch³, 7.

von einigen gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen abgesehen – durch Parteienvereinbarung nicht geändert werden.⁸⁸

Nach Ablauf der jeweiligen Lehrzeit hat der Lehrberechtigte zusätzlich noch die sogenannte „**Weiterverwendungszeit**“ nach § 18 zu beachten. Danach muss er den Lehrling noch 3 Monate im erlernten Beruf weiterverwenden, dies jedoch nur dann, wenn das Lehrverhältnis gem § 14 Abs 1 (durch Zeitablauf) oder § 14 Abs 2 lit e (mit Ablauf der Woche, in welcher der Lehrling die Lehrabschlussprüfung noch während der Lehrzeit erfolgreich abgelegt hat) beendet wurde.⁸⁹

Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal des Lehrverhältnisses von anderen Arbeitsverhältnissen ist seine eingeschränkte Auflösbarkeit.⁹⁰

2.3.3. Schwierige Lösbarkeit des Lehrverhältnisses

Aufgrund der im vorigen Punkt beschriebenen Konzeption des Lehrverhältnisses als von Gesetzes wegen befristetes Arbeitsverhältnis und der im Vergleich zu anderen Arbeitsverhältnissen stark eingeschränkten Lösungsmöglichkeiten (siehe unter Pkt 2.5.) besteht innerhalb des Lehrverhältnisses eine **relativ starke Bindung der Vertragsparteien an das Vertragsverhältnis**. Bildungspolitischer Hintergrund dieser Bindung ist zum einen die Wahrung des Ausbildungszwecks des Lehrverhältnisses und zum anderen der Schutz des Lehrlings. Insbesondere durch eine wesentlich stärkere Bindung des Lehrberechtigten an das Lehrverhältnis als jene des Lehrlings wird diesem Gedanken Rechnung getragen: denn wie im folgenden Kapitel noch genauer aufgezeigt wird, kann dieser die vorzeitige Auflösung nach § 15a (im Gegensatz zum Lehrling) nur unter Einhaltung einer Reihe von zusätzlichen Voraussetzungen erklären. Hinzu kommt eine generell eher restriktive Handhabung der ihm zur Verfügung stehenden Entlassungstatbestände durch die Gerichte.⁹¹

2.3.4. Einbindung in das staatlich organisierte Bildungswesen

Trotz ihres grundsätzlich privatrechtlichen Charakters ist die Lehrlingsausbildung in vielerlei Hinsicht der staatlichen Kontrolle unterworfen und in das vom Staat organisierte Bildungssystem eingegliedert.

⁸⁸ *Preiss/Spitzl* in *ZellKomm*², § 6 BAG Rz 6; OGH 19.12.2002, 8 ObA 216702a.

⁸⁹ Vgl *Uher*, *Handbuch*³, 4.

⁹⁰ Vgl dazu unter 2.5.

⁹¹ *Preiss/Spitzl* in *ZellKomm*², § 15 BAG Rz 20 ff.

Insbesondere durch die **Ausbildungsvorschriften gem § 8** wird diese staatliche Prägung des Lehrverhältnisses deutlich. Durch den Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft werden die Ausbildungsvorschriften zu den einzelnen Lehrberufen mittels Verordnung erlassen und müssen zwingend die sog „**Berufsbilder**“ enthalten. Diese normieren jene Ausbildungsinhalte, die dem Lehrling im Rahmen der betrieblichen Ausbildung vom Lehrberechtigten zu vermitteln sind – das ergibt sich aus dem allgemeinen Regelungszweck des BAG und aus § 9 Abs 1.⁹²

Auch der **obligatorische Berufsschulbesuch** ist ein Merkmal dieser Einbindung der Lehrlingsausbildung in das staatlich organisierte Bildungswesen. Nach dem Prinzip der **dualen Berufsausbildung** besuchen die Lehrlinge neben ihrer Ausbildung im Rahmen des Lehrverhältnisses nämlich noch eine ihrem Lehrberuf entsprechende Berufsschule. Diese bietet den Lehrlingen einen berufs begleitenden facheinschlägigen Unterricht und vermittelt ihnen die grundlegenden theoretischen Kenntnisse, fördert und ergänzt somit ihre betriebliche Ausbildung und soll auch ihre Allgemeinbildung erweitern.⁹³ Alle Personen, die in einem Lehrverhältnis iSd BAG stehen, unterliegen während dessen gesamter Dauer der Berufsschulpflicht⁹⁴. Binnen 14 Tagen nach Unterzeichnen des Lehrvertrages hat der Lehrberechtigte den Lehrling bei der jeweiligen Berufsschule anzumelden⁹⁵ und gem § 9 Abs 5 hat der Lehrberechtigte dem Lehrling nicht nur die zum Besuch der Berufsschule erforderliche Zeit freizugeben, er hat auch für die Erfüllung dessen Berufsschulpflicht Sorge zu tragen.

Der staatlichen Regelung unterliegen weiters das **Prüfungswesen** und die Prüfungsinhalte der Lehrabschlussprüfungen. Nach dem Ende der Lehrzeit hat der Lehrling seine Lehrabschlussprüfung abzulegen, mit der gem § 21 Abs 1 festgestellt werden soll, ob der Lehrling alle für den Lehrberuf erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten erworben hat und dazu in der Lage ist, die dem Lehrberuf eigentümlichen Tätigkeiten fachgerecht auszuführen. Sie wird vor einer von der Lehrlingsstelle eingerichteten Prüfungskommission abgelegt und besteht aus einer praktischen und einer theoretischen Prüfung sowie aus einem schriftlichen und einem mündlichen Teil. Gem § 24 sind die Prüfungsordnungen für die jeweiligen

⁹² *Preiss/Spitzl* in *ZellKomm*², § 8 BAG Rz 4.

⁹³ *Brezovich*, *Schulrecht kurz gefasst*⁸ (2010) 31.

⁹⁴ *Brezovich*, *Schulrecht*⁸, 50.

⁹⁵ *Uher*, *Handbuch*³, 3.

Lehrabschlussprüfungen in den einzelnen Lehrberufen vom Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft durch Verordnung zu erlassen. Sie haben den Prüfungsvorgang einschließlich der Prüfungsniederschrift näher zu regeln und Bestimmungen über die Gegenstände der praktischen und der theoretischen Prüfung sowie über den schriftlichen und mündlichen Teil der Lehrabschlussprüfung zu enthalten.

2.4. Beendigung des Lehrverhältnisses

Rechtliche Grundlage für die Beendigung des Lehrverhältnisses sind die §§ 14, 15 und 15a. Wie bereits erörtert, ist das Lehrverhältnis trotz seines öffentlich-rechtlichen Einschlags als zwingend befristetes privatrechtliches Arbeitsverhältnis zu qualifizieren. Als solches kann das Lehrverhältnis zum einen grundsätzlich auf all jene Arten enden, die auch ein befristetes Arbeitsverhältnis enden lassen und zum anderen auf besondere, nur auf das Lehrverhältnis anwendbare Arten. Ein kurzer Überblick über die verschiedenen Beendigungsmöglichkeiten – mit Ausnahme der außerordentlichen Auflösung nach § 15a, da dieser unter Pkt 4.1. ausführlich dargestellt wird – soll im Folgenden gegeben werden.

2.4.1. Die ex lege Beendigungsmöglichkeiten des § 14

Wie bereits erwähnt bindet die Ausgestaltung des Lehrvertrages als von Gesetzes wegen befristetes Arbeitsverhältnis zunächst sowohl den Lehrberechtigten als auch den Lehrling auf die jeweils normierte Dauer (vgl § 14 Abs 1). Grundsätzlich endet also das Lehrverhältnis durch **Zeitablauf**.

Gem § 14 Abs 2 endet das Lehrverhältnis **vor Ablauf dieser Dauer** bei Erfüllung eines der folgenden Tatbestände ex lege, also automatisch und ohne Erklärung seitens des Lehrlings oder des Lehrberechtigten:

- durch den Tod des Lehrlings oder des Lehrberechtigten (allerdings nur dann, wenn kein Ausbilder vorhanden ist und auch kein solcher bestellt wird),
- bei rechtskräftiger Verweigerung der Eintragung des Lehrvertrages oder rechtskräftiger Verfügung der Löschung desselben,
- Ausschluss des Lehrberechtigten von der Lehrlingsausbildung gem § 4 oder Entzug dessen Lehrberechtigung

- sowie im Falle einer vorzeitigen positiv absolvierten Lehrabschlussprüfung durch den Lehrling.⁹⁶

2.4.2. Die vorzeitige Auflösung des § 15

Für alle Auflösungsarten des § 15 gilt nach Abs 2 ein **Schriftformerfordernis** (Unterschriftlichkeit) **sowie bei mj Lehrlingen ein Zustimmungserfordernis** der Erziehungsberechtigten. Das Schriftformerfordernis ist nur dann erfüllt, wenn die einseitige Auflösungserklärung beziehungsweise die Vereinbarung der einvernehmlichen Auflösung unterschrieben ist – eine bloß schriftliche Mitteilung darüber ist nicht ausreichend.⁹⁷ Auch müssen die Erziehungsberechtigten des mj Lehrlings ihre Zustimmung zu einer Auflösung des Lehrverhältnisses schriftlich erteilen.⁹⁸

Gemäß § 15 Abs 1 kann das Lehrverhältnis während der **dreimonatigen Probezeit** – welche im Unterschied zum allgemeinen Arbeitsrecht beim Lehrverhältnis ex lege gilt und nicht gesondert vereinbart werden muss – sowohl seitens des Lehrlings als auch seitens des Lehrberechtigten ohne Angabe von Gründen **fristlos einseitig** gelöst werden.⁹⁹

Darüber hinaus kann gem § 15 Abs 1 das Lehrverhältnis während seiner gesamten Dauer jederzeit einvernehmlich von den Parteien des Lehrvertrags gelöst werden. Ganz allgemein ist die **einvernehmliche Auflösung** die rechtsgeschäftliche Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag. Ihre Grundsätze werden – da die einvernehmliche Auflösung im österreichischen Individualarbeitsrecht nicht eigens geregelt ist – aus allgemeinen vertragsrechtlichen Bestimmungen abgeleitet.¹⁰⁰ Im Bereich des BAG ist sie jedoch als eigene Auflösungsform ausdrücklich erwähnt und für Lehrlinge um einige Sonderbestimmungen ergänzt worden. So muss neben dem allgemeinen Schriftformerfordernis des Abs 2 und dem Zustimmungserfordernis der Eltern beim mj Lehrling noch zusätzlich das besondere **Belehrungserfordernis** des Abs 5 beachtet werden. Dieses gilt auch für volljährige Lehrlinge. Als Schutz vor überstürzter oder leichtfertiger Vereinbarung einer einvernehmlichen Auflösung

⁹⁶ Preiss/Spitzl in ZellKomm², § 14 BAG Rz 2 ff.

⁹⁷ Preiss/Spitzl in ZellKomm², § 15 BAG Rz 3.

⁹⁸ Preiss/Spitzl in ZellKomm², § 15 BAG Rz 6f.

⁹⁹ Preiss/Spitzl in ZellKomm², § 15 BAG Rz 9ff.

¹⁰⁰ Reissner in ZellKomm², § 20 AngG Rz 7f.

muss zur Gültigkeit der einvernehmlichen Auflösung der Nachweis einer vorher erfolgten fachkundigen Belehrung des Lehrlings durch die AK oder das ASG erbracht werden.¹⁰¹

Die einvernehmliche Auflösung des Lehrverhältnisses kann entweder mit **sofortiger Wirkung oder auch befristet** erfolgen, wobei im zweiten Fall die Befristung zur Rechtswirksamkeit der Auflösung sachlich gerechtfertigt sein muss und nicht etwa ein Umgehungsgeschäft darstellt, durch das wesentliche dem Schutz des Lehrlings dienende Rechtsvorschriften unterlaufen werden sollen. Ein solches Umgehungsgeschäft liegt etwa dann vor, wenn der Lehrberechtigte von einer Auflösung des Lehrverhältnisses während der Probezeit oder der Geltendmachung eines Entlassungsgrundes nur unter der Bedingung absieht, dass der Lehrling einer einvernehmlichen Auflösung zu einem späteren Zeitpunkt zustimmt; eine solche Bedingung würde dem Wesen der *einvernehmlichen* Auflösung widersprechen¹⁰², da in einer solchen Konstellation die Auflösung im Auflösungszeitpunkt eigentlich nur einseitig herbeigeführt wird und ja gerade nicht beide Parteien einen übereinstimmenden – also einvernehmlichen – Auflösungswillen bilden.

Einseitig kann das Lehrverhältnis nur aus einem wichtigen Grund vorzeitig gelöst werden. Auf Seiten des Lehrberechtigten sind dies die taxativ aufgezählten **Entlassungsgründe** des § 15 Abs 3 lit a – g: Vertrauensunwürdigkeit und Haft, Beleidigung, Bedrohung oder Verleitung zum Ungehorsam, die beharrliche mehrmalige Vernachlässigung von Pflichten trotz wiederholter Mahnung, abträglicher Nebenerwerb, „Pfuscher“ oder Geheimnisbruch, Unbefugtes Verlassen des Lehrplatzes, Unfähigkeit den Lehrberuf zu erlernen und Pflichtverletzung trotz wiederholter Ermahnungen im Ausbildungsverbund.¹⁰³ Zusätzlich zu der Erfüllung eines dieser Tatbestände und der Beachtung des Schriftformgebotes des Abs 2 erfordert die Zulässigkeit einer Entlassung auch noch die allgemeinen arbeitsrechtlichen Voraussetzungen wie etwa Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung und Unverzüglichkeit.¹⁰⁴

¹⁰¹ *Preiss/Spitzl* in ZellKomm², § 15 BAG Rz 15ff.

¹⁰² *Berger/Fida/Gruber*, Berufsausbildungsgesetz, § 15 BAG Erl 29.

¹⁰³ *Preiss/Spitzl* in ZellKomm², § 15 BAG Rz 20-53; vgl zB OGH 8.06.1994, 9 ObA 91/94; OGH 21.10.1998, 9 ObA 270/98s; OGH 14.09.1982, 4 Ob 99/81.

¹⁰⁴ *Preiss/Spitzl* in ZellKomm², § 15 BAG Rz 21.

Auf Seiten des Lehrlings kann das Lehrverhältnis einseitig nach § 15 Abs 4 gelöst werden. Voraussetzung für diesen sog Austritt des Lehrlings ist die Beachtung des Schriftformgebotes des Abs 2, die Zustimmung beider Elternteile beim mj Lehrling und das Vorliegen eines der taxativ aufgezählten **Austrittsgründe** der lit a – lit g: Gesundheitsgefährdung, gröbliche Pflichtenvernachlässigung durch den Lehrberechtigten oder Ausbilder, Inhaftierung des Lehrberechtigten, faktische Unfähigkeit des Lehrberechtigten zur Pflichterfüllung, dauernde Verlegung der Werkstätte in eine andere Gemeinde und Unzumutbarkeit des längeren Weges zur Ausbildungsstätte oder Umzug des Lehrlings in eine andere Gemeinde, wesentliche Veränderung der Verhältnisse der Erziehungsberechtigten des Lehrlings und deren Benötigung des Lehrlings in deren Betrieb sowie die Aufgabe des Lehrberufs durch den Lehrling.¹⁰⁵

Insbesondere der Austrittsgrund der lit g bedarf einer genaueren Erläuterung, wonach die **Aufgabe des Lehrberufs** den Lehrling zum Austritt berechtigt. Diesen Entschluss muss der Lehrling weder begründen, noch muss er einen Nachweis dafür bringen, dass er den Lehrberuf tatsächlich aufgibt.¹⁰⁶ Auch eine spätere Änderung seiner Absicht wird dadurch nicht ausgeschlossen.¹⁰⁷ Der Gesetzgeber des BAG wollte aber ausdrücklich keinen Auflösungsgrund schaffen, der rein von der Willkür des Lehrlings abhängt - daher muss § 15 Abs 4 lit g so verstanden werden, dass der Austrittsgrund nur dann besteht, wenn der Lehrling in dem Zeitpunkt, in dem er seinen Austritt erklärt, auch wirklich seinen Lehrberuf aufgibt und die Absicht der Aufgabe des Lehrberufes nicht nur vortäuscht. Täuscht er diese nur vor, so ist der Austrittsgrund nicht verwirklicht und der Austritt damit rechtsunwirksam.¹⁰⁸

¹⁰⁵ *Preiss/Spitzl* in ZellKomm², § 15 BAG Rz 54-66; vgl zB OGH 13.04.2000, 8 ObA 297/99f; OGH 13.11.1997, 8 ObA 192/97m.

¹⁰⁶ OGH 26.01.1994, 9 ObA 287/93, EvBl 1994/101 S 508.

¹⁰⁷ *Berger/Fida/Gruber*, Berufsausbildungsgesetz, Erl 104 zu § 15 BAG.

¹⁰⁸ OLG Innsbruck 17.03.1987, 5 Ra 1021/87, Arb 10.616 = ARD 3952/24/88.

3. Das Berufsausbildungsgesetz

Nach dem Prinzip der sogenannten „**dualen Ausbildung**“ werden in Österreich die Lehrlinge parallel in einem Betrieb (Lehrbetrieb) und in einer berufsbegleitenden Schule (Berufsschule) ausgebildet.¹⁰⁹ Das BAG regelt den betrieblichen Teil dieser dualen Lehrlingsausbildung im Bereich der österreichischen Wirtschaft. Außer durch das Berufsausbildungsgesetz wird die Ausbildung von Lehrlingen nur noch für das Gebiet der Land- und Forstwirtschaft gesetzlich geregelt.¹¹⁰

Das BAG idGF¹¹¹ enthält alle grundlegenden Bestimmungen für die **betriebliche Lehrlingsausbildung** und umfasst somit insbesondere die Parteien, deren gegenseitige Rechte und Pflichten und den Inhalt des Lehrvertrages, die Voraussetzungen für das Ausbilden von Lehrlingen durch den Lehrberechtigten und den Ausbilder, die gesetzliche Grundlage für die Lehrberufsliste und die einzelnen Ausbildungsvorschriften sowie die Einrichtung von Lehrlingsstellen und die dortige Eintragungspflicht des Lehrvertrages, die Festlegung von Beihilfen für die betriebliche Ausbildung von Lehrlingen, die Modalitäten der Zulassung zur Lehrabschlussprüfung, deren Aufbau und Inhalte sowie die Zusammensetzung der dafür zuständigen Prüfungskommissionen und einige Verwaltungsstrafbestimmungen.

3.1. Historischer Überblick

Wie bereits unter Pkt 2.2. erläutert, war das Lehrlingswesen seit Mitte des 19. Jahrhunderts in der Gewerbeordnung geregelt. Im Laufe der Jahre wurde dieses Rechtsgebiet durch eine Vielzahl von Novellierungen der Gewerbeordnung, die Einführung deutscher Rechtsvorschriften im Jahre 1938 sowie eine Reihe von Nebenbestimmungen jedoch immer unüberschaubarer. Es wurde daher nach dem zweiten Weltkrieg der Ruf nach einer grundlegenden gesetzlichen Neuordnung immer lauter. Im **Dezember 1951**¹¹² wurde vom Österreichischen Gewerkschaftsbund und dem Österreichischen Arbeiterkammertag ein **erster Entwurf eines Berufsausbildungsgesetzes** vorgelegt, welcher den betrieblichen Teil der Lehrlingsausbildung neu regeln sollte. Dieser zog langwierige Verhandlungen

¹⁰⁹ Berger/Fida/Gruber, Berufsausbildungsgesetz, 10.

¹¹⁰ Dorner, Das Lehrlingsrecht⁷ (1993) 7.

¹¹¹ BGBl I 2008/82.

¹¹² OGH 22.09.2010, 8 ObA 63/09m, Arb 12.916.

nach sich und strebte insbesondere die Entflechtung und Loslösung der Berufsausbildung vom Gewerberecht an. Man wollte die Aufsicht und Durchführung der betrieblichen Lehrlingsausbildung einer neutralen Berufsausbildungskommission übertragen und sie so der Zuständigkeit der Arbeitgeberinteressenvertretungen entziehen. Vor allem in den Jahren 1955, 1957 und 1959 erfolgten zahlreiche Initiativanträge von sozialistischen Abgeordneten auf Grundlage dieses Entwurfes¹¹³. Demgegenüber stand der 1961 erstellte Entwurf des Bundesministeriums für Handel, Gewerbe und Wiederaufbau, welcher den Fortbestand der Einheit zwischen Lehrlingswesen und Gewerberecht vorsah.¹¹⁴ Im Frühjahr 1964 veröffentlichte das Institut für Sozialpolitik und Sozialreform ebenfalls einen Entwurf für die Neuregelung dieses Rechtsgebietes.¹¹⁵

Erst sieben Jahre später, am **13. Mai 1968**, konnte nach eingehenden Beratungen, einem breit angelegten Begutachtungsverfahren und einer „Grundsatzvereinbarung“ der Sozialpartner der Entwurf eines Berufsausbildungsgesetzes vom Ministerrat als **Regierungsvorlage** beschlossen werden. Dieser Entwurf sah allerdings nur ansatzweise die Trennung der Berufsausbildung vom Gewerberecht vor. In einem Unterausschuss des Handelsausschusses wurde die Regierungsvorlage in insgesamt sieben Sitzungen durchgearbeitet.¹¹⁶ Nach Annahme der vom Unterausschuss vorgeschlagenen Änderungen konnte am 26. März 1969 Jahres dieser Entwurf vom Plenum des Nationalrates beschlossen werden und das Bundesgesetz über die Berufsausbildung von Lehrlingen (**Berufsausbildungsgesetz - BAG**) trat am **1. Jänner 1970** durch BGBl 1969/142 in Kraft.¹¹⁷

Während sich also die Verhandlungen über die Neuregelung des betrieblichen Teils der Lehrlingsausbildung über Jahre erstreckten und erst 1969 zu einer Einigung gelangten, konnte die Neuregelung der Bestimmungen über den die betriebliche Ausbildung begleitenden **Berufsschulunterricht** bereits 1962 im Rahmen des Schulgesetzgebungswerkes erfolgen.¹¹⁸ Nachdem die Wiederherstellung der österreichischen Schule nach 1945 praktisch im Verwaltungsweg erfolgt war und große Rechtsunsicherheit herrschte, schuf das Schulorganisationsgesetz 1962 eine

¹¹³ *Kinscher*, Berufsausbildungsgesetz (1970) 6.

¹¹⁴ *Berger/Fida/Gruber*, Berufsausbildungsgesetz, 7-8.

¹¹⁵ *Kinscher*, Berufsausbildungsgesetz, 6.

¹¹⁶ *Kinscher*, Berufsausbildungsgesetz, 6.

¹¹⁷ *Berger/Fida/Gruber*, Berufsausbildungsgesetz, 8.

¹¹⁸ *Kinscher*, Berufsausbildungsgesetz, 6.

bundeseinheitliche Regelung für das gewerbliche und kaufmännische Berufsschulwesen.¹¹⁹

Seit seiner Erlassung wurde das BAG insgesamt **24 Mal novelliert**. Um einen ausreichend detaillierten, aber dennoch nicht allzu ausladenden Überblick über die wichtigsten Modifikationen seit Inkrafttreten zu geben, werden im Folgenden die Stammfassung sowie die Novellen der Jahre 1978, 1997, 2003 und 2008 dargestellt.

3.1.1. Das BAG 1969

Das neue Berufsausbildungsgesetz gestaltete die Rechtsvorschriften über die betriebliche Lehrlingsausbildung nicht nur wesentlich übersichtlicher, es brachte gegenüber der davor maßgeblichen Regelungen der Gewerbeordnung 1907 auch einige wichtige Neuerungen.

So definierte der § 1 BAG 1969 – im Gegensatz zum alten § 97 GewO – nur jene Personen als **Lehrlinge**, die zur Erlernung eines in der Lehrberufsliste angeführten Lehrberufes bei einem Lehrherren fachlich ausgebildet und im Rahmen dieser Ausbildung verwendet werden. Das neue Berufsausbildungsgesetz fand somit keine Anwendung auf die Tätigkeit von Praktikanten und anderen mehr (siehe oben Pkt 2.1.3).¹²⁰

Auch wurde die **Aufgabe des Lehrherrn** bezüglich der beruflichen Ausbildung seines Lehrlings im Vergleich zum vorher einschlägigen § 100 GewO klarer umrissen. Zuvor war der Lehrherr lediglich dazu angehalten, „*sich die gewerbliche Ausbildung des Lehrlings angelegen sein zu lassen*“. Der Lehrherr war nach dem BAG nun dazu verpflichtet, für die Ausbildung des Lehrlings zu sorgen und ihn unter Bedachtnahme auf die Ausbildungsvorschriften zu unterweisen oder durch geeignete Personen unterweisen zu lassen sowie ihn nur zu solchen Tätigkeiten heranzuziehen, die mit dem Wesen seiner Ausbildung vereinbar sind. Auch war der Lehrherr erstmals verpflichtet den Lehrling zum regelmäßigen Besuch der Berufsschule anzuhalten und auf den Stand der Ausbildung der Berufsschule nach Möglichkeit Bedacht zu nehmen.¹²¹

¹¹⁹ Hotwagner, Berufsausbildungsgesetz, 13.

¹²⁰ Hotwagner, Berufsausbildungsgesetz, 30.

¹²¹ Hotwagner, Berufsausbildungsgesetz, 32-33.

Ebenfalls neu war die Einführung einer **Lehrberufsliste**, die aus dem Berufsausbildungsgesetz ausgeklammert wurde und durch Verordnung des Bundesministers für Handel, Gewerbe und Industrie festzulegen war. Dadurch sollte die Anpassungsfähigkeit der Lehrberufsliste an die jeweilige Gesetzeslage und die tatsächlichen Verhältnisse vergrößert werden, da nun eine etwaige Novellierung der Gewerbeordnung nicht automatisch eine Novellierung des BAG nach sich ziehen würde, sondern lediglich eine neue Verordnung.¹²²

Auch die im § 8 Abs 3 BAG 1969 vorgesehenen **Ausbildungsvorschriften und Berufsbilder**, welche ebenfalls durch Verordnung des Bundesministeriums für Handel, Gewerbe und Industrie erlassen werden sollten, waren eine Neuheit im Vergleich zu den vorher einschlägigen Bestimmungen der GewO. Auch die bis dato bundesländerweise unterschiedliche Regelung der Prüfungsordnungen wurde aufgrund des § 24 BAG 1969 durch eine vom Bundesministerium für Handel, Gewerbe und Industrie zu erlassende Prüfungsordnung vereinheitlicht. Die früheren Schwierigkeiten bei einem Lehrplatzwechsel von einem Bundesland in ein anderes stellten den Lehrling nun vor keine neuen prüfungstechnischen Probleme mehr.¹²³

3.1.2. Die BAG Novelle 1978

Im Frühling 1978 beschloss der Gesetzgeber die Berufsausbildungsgesetz-Novelle 1978 sowie die Gewerbeordnungs-Novelle 1978, von denen beide mehrere Verordnungen und Erlässe nach sich zogen. Im Folgenden werden die bedeutendsten Neuerungen kurz aufgezeigt, welche insbesondere im Durchführungserlass des Bundesministeriums für Handel, Gewerbe und Industrie zur Berufsausbildungsgesetz-Novelle 1978¹²⁴ für die Landeshauptmänner und Lehrlingsstellen übersichtlich dargestellt und zusammengefasst wurden.¹²⁵

Aus dem stenographischen Protokoll der Nationalratssitzung aus dem Jahre 1978¹²⁶, in welcher über die gegenständliche Novelle debattiert und abgestimmt wurde, geht hervor, dass man sich durch diese Novellierung des BAG zum einen eine Stärkung der österreichischen Wirtschaft durch weiterhin sehr hohe Lehrlingszahlen erwartete.

¹²² Hotwagner, Berufsausbildungsgesetz, 33-35.

¹²³ Hotwagner, Berufsausbildungsgesetz, 40-44.

¹²⁴ Bundesministerium für Handel, Gewerbe und Industrie, DEBAGNov 13.6.1978 in Berger/Rohringer, Berufsausbildungsrecht², 122.

¹²⁵ Berger/Rohringer, Berufsausbildungsrecht², 7.

¹²⁶ StenProt 1.3.1978 14. GP.

Zum anderen wollte man durch die **Ausweitung des Aufgabenkreises** der Lehrlingsstellen und der AK dem bisher sehr starken Bestimmungsrecht des Lehrherren entgegenwirken.

Es wurde daher durch die Novelle der Aufgabenkreis der Lehrlingsstellen erweitert¹²⁷ und die **Rechte der Kammern für Arbeiter und Angestellte** in Bezug auf das Verfahren in Lehrlingsangelegenheiten ausgebaut. Diese sollten es den Kammern als berufliche Interessenvertretung der Arbeitnehmer ermöglichen, in bestimmten Verfahren auch die **Interessen der Lehrlinge** wahrzunehmen. In den Verfahren gemäß § 3a BAG 1969 idF vom 1.7.1979 (erstmaliges Ausbilden von Lehrlingen), § 4 Abs 4 bis 6 (Untersagung des Rechtes der Lehrlingsausbildung) und in all jenen Verfahren, in denen die Lehrlingsstelle als zuständige Behörde potenziell eine Entscheidung zu Ungunsten eines Lehrlings treffen würde (§ 19 Abs 6), stand der AK nun ein Beschwerderecht an den Verwaltungsgerichtshof, ein Anhörungsrecht und ein damit verbundenes Berufungsrecht im Falle einer nicht erfolgten Anhörung zu.¹²⁸

Im Zuge der am 1. Jänner 1978 in Kraft getretenen Neuerungen des Kindschaftsrechts wurde auch das BAG an diese angepasst und ein **Zustimmungserfordernis** der gesetzlichen Vertreter eines minderjährigen Lehrlings zu dessen Rechtshandlungen eingeführt. Nach der Neufassung der §§ 12 Abs 1 und 15 Abs 1 BAG idF der gegenständlichen Novelle bedurften der Abschluss des Lehrvertrages und die vorzeitige Auflösung des Lehrverhältnisses durch einen minderjährigen Lehrling nun zu ihrer Gültigkeit auch der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.¹²⁹

Weitere Neuerungen durch die Novelle 1978 waren die nun erweiterten Anzeigepflichten des Lehrberechtigten (wie der Lehrherr von nun an gem § 2 genannt wurde) an die Lehrlingsstelle, einige Neubestimmungen über die Lehrabschlussprüfung und die Einführung einer Ausbilderprüfung sowie die

¹²⁷ Bundesministerium für Handel, Gewerbe und Industrie, DEBAGNov 13.6.1978 in Berger/Rohringer, Berufsausbildungsrecht², 122.

¹²⁸ Bundesministerium für Handel, Gewerbe und Industrie, DEBAGNov 13.6.1978 in Berger/Rohringer, Berufsausbildungsrecht², 122 (127-128).

¹²⁹ Bundesministerium für Handel, Gewerbe und Industrie, DEBAGNov 13.6.1978 in Berger/Rohringer, Berufsausbildungsrecht², 122 (134-136).

Möglichkeit einer Anrechnung von bestimmten vorherigen Schulbesuchszeiten auf die Lehrzeit.¹³⁰

3.1.3. Die BAG Novelle 1997

Über Initiative der WK wurden in Zusammenarbeit mit den Sozialpartnern im Jahre 1997 einige Maßnahmen ausgearbeitet, welche die Ausbildung von Lehrlingen in Betrieben wieder ankurbeln sollten. Denn in den Jahren zuvor war die Anzahl der Lehrbetriebe und auch die der Lehrlinge stetig zurückgegangen (so waren 1985 noch rund 170.000 Lehrlinge pro Jahr in ungefähr 55.000 Lehrbetrieben beschäftigt gewesen, im Jahr 1997 waren es nur noch 121.000 Lehrlinge in rund 40.000 Lehrbetrieben) und man sah den Grund dafür in den vorangegangenen Verschärfungen der Rahmenbedingungen für die Lehrlingsausbildung. Am 1. Juli 1997 trat daher die BAG-Novelle 1997 (BGBl I 1997/67) in Kraft, welche neben einer Novelle zum Kinder- und Jugendlichenbeschäftigungsgesetz (BGBl I 1997/79) den sinkenden Lehrlings- und Lehrbetriebszahlen entgegenwirken sollte.¹³¹

Eine wichtige Neuerung dieser Novelle war beispielsweise die nun erweiterte Möglichkeit zur Erlangung der **Berechtigung zur Lehrlingsausbildung**. Gem § 2 Abs 2 lit c idF BGBl I 1997/67 galt nämlich nicht mehr nur die Ausbilderprüfung als Nachweis der Befähigung eines Ausbilders zur Lehrlingsausbildung, sondern als Alternative auch die Absolvierung eines anerkannten Ausbilderkurses mit abschließendem Fachgespräch. Gem § 29j Abs 5 BAG idF BGBl I 1997/67 konnte der Wirtschaftsminister durch eine entsprechende Verordnung nun sogar für bestimmte Lehrberufe von einer formellen Ausbilderbefähigung ganz absehen, wenn in den jeweiligen Berufszugangsregeln bereits ein entsprechendes Fachgespräch vorgesehen war.¹³²

Ebenfalls erweitert wurde gem § 6 Abs 6 BAG idF BGBl I 1997/67 die Möglichkeit der **Verkürzung von Lehrzeiten** durch Verordnung des Wirtschaftsministers. Auf dieser Grundlage wurde daraufhin mit BGBl II 1997/201 verordnet, dass mindestens

¹³⁰ Bundesministerium für Handel, Gewerbe und Industrie, DEBAGNov 13.6.1978 in Berger/Rohringer, Berufsausbildungsrecht², 122 (137-143).

¹³¹ Winkler, Neuerungen und Chancen in der Berufsausbildung in *Wirtschaftskammer Österreich*, Berufsausbildung – Kommentar und Gesetzestexte (1998) 5.

¹³² Winkler in *Wirtschaftskammer Österreich*, Berufsausbildung, 5.

dreijährige Lehrzeiten bei Vorliegen bestimmter Schulzeiten (bspw. Absolvierung einer AHS oder BHS) um ein Jahr verkürzt werden konnten.¹³³

§ 23 wurde dahingehend geändert, dass die Möglichkeit zum **vorzeitigen Antritt zur Lehrabschlussprüfung** erweitert wurde.¹³⁴ Es war dem Lehrling nun möglich unter bestimmten Voraussetzungen früher als bisher zur Lehrabschlussprüfung anzutreten und somit die Lehrzeit auch dadurch zu verkürzen.

3.1.4. Die BAG Novelle 2003

Als Ziele der BAG Novelle 2003, BGBl I 79/2003 vom 26.8.2003, werden in den einschlägigen Materialien insbesondere die Verbesserung der bisher als unbefriedigend empfundenen Einbeziehung benachteiligter Jugendlicher¹³⁵ in das Berufsausbildungsgeschehen, die Schaffung einer Möglichkeit der Anerkennung ausländischer Praktika auf die Lehrzeit zur Förderung der Teilnahme von Lehrlingen an internationalen Ausbildungsprogrammen sowie die Straffung und Vereinfachung der notwendigen behördlichen Entscheidungsprozesse im Zusammenhang mit dem Prüfungswesen genannt.¹³⁶

Umgesetzt wurde das Ziel der Einbeziehung benachteiligter Jugendlicher in den Regelungsbereich des BAG im Wege der Einfügung eines neuen § 8b über die **integrative Berufsausbildung**. Dieser ersetzte ab nun den bisher bestehenden § 8b über die Vorlehre und ermöglichte eine Ausbildung entweder als Lehrausbildung mit entsprechend verlängerter Lehrzeit (Abs 1) oder im Wege der Absolvierung einer Teilqualifikation zum Eintritt in den Arbeitsmarkt, wenn die Erreichung eines Lehrabschlusses nicht möglich ist (Abs 2).¹³⁷

Der neu eingefügte § 27c mit der Überschrift „**Teilnahme an internationalen Ausbildungsprogrammen**“ schuf nun erstmals die Möglichkeit der Anrechnung von Teilnahmen an internationalen Ausbildungsprogrammen auf die Dauer der Lehrzeit. Dementsprechend wurde auch § 17 durch einen Abs 4 erweitert, welcher sicherstellte, dass der Lehrberechtigte während der Dauer solcher

¹³³ Winkler in *Wirtschaftskammer Österreich*, Berufsausbildung, 5 (7).

¹³⁴ Vgl Winkler in *Wirtschaftskammer Österreich*, Berufsausbildung, 5 (7-8).

¹³⁵ Gemeint sind Jugendliche mit Benachteiligungen sozialer, begabungsmäßiger und körperlicher Natur; ErläutRV 109 BlgNR 22. GP 1.

¹³⁶ ErläutRV 109 BlgNR 22. GP.

¹³⁷ Uher, Handbuch³, 35-36.

Ausbildungsprogramme weiterhin zur Bezahlung der Lehrlingsentschädigung an seinen dorthin entsandten Lehrling verpflichtet war.

Im Sinne einer Konzentration der Verwaltungsorganisation und Vereinfachung wurden die §§ 19 – 25 dahingehend umgestaltet, dass die **Lehrlingsstellen** im Sinne des sogenannten „**one-stop-shop**“ Prinzips nun noch mehr Zuständigkeiten erhielten, unter anderem jene für die umfassende Abwicklung der Lehrabschlussprüfungen.

3.1.5. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass bis zum Höhepunkt der Lehrlingszahlen im Jahr 1980 die Entwicklungen im Berufsausbildungsrecht vom Gedanken der Schaffung möglichst klarer gesetzlicher Rahmenbedingungen für die Berufsausbildung getragen waren. Danach wurde politisch vor allem auf den **Rückgang der Lehrlingszahlen** reagiert. Die erweiterten Möglichkeiten zur Erlangung der Berechtigung zur Lehrlingsausbildung, der Verkürzung von Lehrzeiten oder des vorzeitigen Antrittes zur Lehrabschlussprüfung sollten diese wieder steigen lassen. Die teils strengen Reglementierungen des Lehrlingswesens wurden in einer Attraktivitätssteigerung der Lehre sukzessive gelockert. Wie im folgenden dargestellt wird waren auch die Neuerungen der Novelle des BGBl 2008/82 Maßnahmen zur Steigerung der Lehrlingszahlen.

3.2. Die Novelle durch das BGBl 2008/82

Wie bereits unter Pkt 2.4. dargestellt wurde konnte das Lehrverhältnis vor der BAG Novelle 2008 ohne wichtigen Grund außerhalb der Probezeit nicht rechtswirksam einseitig beendet werden. Fand der Lehrberechtigte daher nicht die Zustimmung des Lehrlings (und gegebenenfalls dessen gesetzlichen Vertreters) zu einer einvernehmlichen Auflösung, so war er für die gesamte Dauer des Lehrverhältnisses und weiterer drei Monate Behaltezeit an den Lehrling gebunden. Relevant war das **Fehlen einer Kündigungsmöglichkeit** für die Lehrberechtigten insbesondere in jenen Fällen, in denen ein Lehrling zwar seine Pflichten verletzte, eine geringe Eignung für den Lehrberuf zeigte oder sich bei ihm schwerwiegende

Motivationsmängel herausstellten, diese aber nicht die Schwelle der in § 15 Abs 3 taxativ aufgezählten Entlassungsgründe überschritten.¹³⁸

Diese Situation wurde von Vertretern der Wirtschaft bereits seit Längerem als unbefriedigend empfunden und sie forderten daher eine Lockerung der Bindung des Lehrberechtigten an die Entlassungsgründe. So forderte bspw der **Österreichische Gewerbeverein** im August 2007 „eine erhebliche Lockerung des Kündigungsschutzes bei Lehrlingen, da er diese nicht schützt, sondern vielmehr Betriebe entmutigt, in die Herausforderung Lehrlingsausbildung (wieder-)einzusteigen“¹³⁹. Der Österreichische Wirtschaftsbund veröffentlichte im September 2005 eine Presseaussendung in der er bekanntgab, dass seiner Ansicht nach „sowohl die komplizierten Verfahren, um sich von einem nicht den betrieblichen Anforderungen entsprechenden Lehrling zu trennen, als auch die drei Monate Probezeit ‘psychologische Barrieren’ darstellen, die viele Unternehmen abschrecken, neue Lehrlinge aufzunehmen“¹⁴⁰. Außerdem stellte er die Ergebnisse einer zuvor durchgeführten Online-Umfrage vor, der zufolge sich 88% der befragten Betriebe vorstellen konnten, dass der Kündigungsschutz für Lehrlinge gelockert werde.¹⁴¹

Man sah also in der fehlenden Kündigungsmöglichkeit schon seit Längerem ein Hindernis für die Schaffung neuer Lehrstellen. Die Arbeitsmarktsituation galt als angespannt, während gleichzeitig der Bedarf an gut ausgebildeten Fachkräften stieg. Um dieser Situation entgegenzutreten forderten auch die Sozialpartner bereits 2006 die Förderung der Jugendausbildung, welche nicht nur zu einer Reduzierung der Jugendarbeitslosenquote führen sollte, sondern auch zu einer Verbesserung der Arbeitskräftequalifikation. In Umsetzung dieser Vorschläge einigten sich die Sozialpartner am 2.10.2007 auf das **Maßnahmenpaket „Arbeitsmarkt – Zukunft**

¹³⁸ Burger, Neuerungen im Lehrlingsrecht in Resch, Neuerungen zur Beendigung des Arbeitsvertrags (2009) 17 (19-21).

¹³⁹ Österreichischer Gewerbeverein,
http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20070824_OTS0016/oegv-lehrlinge-gegen-facharbeiter-das-ist-brutalitaet [14.10.2012].

¹⁴⁰ Österreichischer Wirtschaftsbund,
http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20050905_OTS0077/lehrlingsfoerderung-neu-bei-60-der-betriebe-bekannt-mehrheit-erwartet-positive-effekte-bild [14.10.2012].

¹⁴¹ Österreichischer Wirtschaftsbund,
http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20050905_OTS0077/lehrlingsfoerderung-neu-bei-60-der-betriebe-bekannt-mehrheit-erwartet-positive-effekte-bild [14.10.2012].

2010¹⁴², welches durch eine darin enthaltene Regelung zur leichteren Lösbarkeit von Lehrverträgen die Attraktivität der Schaffung von Lehrstellen erhöhen sollte.¹⁴³

Nachdem die Bundesregierung diese sozialpartnerschaftlichen Vorschläge bereits in ihrem Regierungsprogramm der 23. Gesetzgebungsperiode¹⁴⁴ übernommen und im Jänner 2008 die Umsetzung von diversen Förderungsmaßnahmen zur Verbesserung der Rahmenbedingungen mit den Sozialpartnern vereinbart hatte, wurden die Inhalte dieses sog „**Beschäftigungspakets für Österreichs Jugend**“¹⁴⁵ durch das BGBl I 2008/82 vom 26.06.2008 gesetzlich verankert.¹⁴⁶

3.3. Ziele und Hintergründe der Novelle des BGBl 2008/82

Um eine möglichst umfassende aber auch präzise Übersicht über die bildungspolitischen Hintergründe, die Ziele und vielfältigen Stellungnahmen zur BAG-Novelle 2008 geben zu können, werden in diesem Kapitel die Materialien des vorparlamentarischen und parlamentarischen Verfahrens der Einführung des § 15a und dessen Begleitmaßnahmen behandelt. Dies ist in weiterer Folge in einer sorgfältigen und fundierten Interpretation der einschlägigen Normen notwendig, sowie zur Aufstellung von Schlussfolgerungen. Denn wie jede Gesetzgebung ist auch jene im Bereich der Bildung politisch motiviert und beeinflusst. Ein vollständiges Verständnis der Gesetze und ihrer Ziele bedarf also auch hier einer **politischen Hintergrundaufarbeitung**. Um die aus den Materialien extrahierten Argumente einander leichter gegenüberstellen zu können, wurden diese jeweils in einer Grafik (Abb 1) bzw Tabelle (Tabelle 1) geordnet und zusammengefasst.

3.3.1. Vorparlamentarisches Verfahren

Am 07.02.2008 brachte das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit unter der Leitung von Martin Bartenstein (ÖVP) den **Entwurf** eines Bundesgesetzes ein, mit dem das Berufsausbildungsgesetz, das Jugendausbildungs-Sicherungsgesetz, das Insolvenz- Entgeltsicherungsgesetz, das Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz,

¹⁴² Sozialpartner,

http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/20071001_Sozialpartner%20Maßnahmenpaket_Arbeitsmarkt_vorläufigeEndversion.pdf [14.10.2010].

¹⁴³ Burger in Resch, Neuerungen, 17 (20f).

¹⁴⁴ SPÖ/ÖVP, Regierungsprogramm für die 23. GP,

http://images.derstandard.at/20070109/regierungsprogramm_09012007.pdf [15.10.2012].

¹⁴⁵ Sozialpartner/Bundesregierung, <http://www.austria.gv.at/DocView.axd?CobId=26962> [15.10.2012].

¹⁴⁶ Burger in Resch, Neuerungen, 17 (20f).

das Arbeitsmarktservicegesetz, das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, das Arbeitsmarktförderungsgesetz und das Einkommensteuergesetz 1988 geändert werden sollten.¹⁴⁷ Im allgemeinen Teil der Erläuterungen dieses Ministerialentwurfs wird die **Notwendigkeit** der Einführung einer neuen Auflösungsform von Lehrverhältnissen im Wege des als „Ausbildungsübertritt“ betitelten § 15a vom BMWA wie folgt begründet:

„Die Lehrlingsausbildung in Österreich ist eine Erfolgsgeschichte. [...] Um diesen Erfolg weiterhin nachhaltig zu sichern und zu festigen, ist es erforderlich, die Lehrlingsausbildung an die geänderten Umstände anzupassen. Aus diesem Grund sieht das mit den Sozialpartnern ausgearbeitete Reformprojekt die Flexibilisierung der Rahmenbedingungen für die Ausbildung durch die Einführung einer Möglichkeit zur außerordentlichen Auflösung des Lehrverhältnisses unter gleichzeitiger Gewährleistung der weiteren Ausbildung vor. [...]

(Nach den derzeitigen Regelungen) besteht keine Möglichkeit zur Auflösung des Lehrverhältnisses durch den Lehrberechtigten, wenn sich nach der Probezeit eine nur geringe Eignung oder [...] Motivation des Lehrlings [...] herausstellt. Dies wird von einem Teil der Unternehmen kritisiert und oft als Grund dafür angegeben, die Ausbildung von Lehrlingen einzustellen oder mit der Ausbildung von Lehrlingen erst gar nicht zu beginnen. In der bildungspolitischen Diskussion wird die mangelnde Auflösbarkeit des Lehrverhältnisses in diesen Fällen oft als Hindernis für die Schaffung zusätzlicher Lehrstellen angesehen. Zwar besteht gemäß § 15 Abs 3 lit c BAG die Möglichkeit zur vorzeitigen Auflösung des Lehrverhältnisses, wenn der Lehrling trotz wiederholter Ermahnungen die ihm [...] obliegenden Pflichten verletzt oder vernachlässigt. Allerdings wird dieser Auflösungsgrund durch die Rechtsprechung sehr restriktiv gehandhabt, sodass er in der Praxis [...] kaum zur Anwendung kommt“.¹⁴⁸

Nach dem Ministerialentwurf soll „die neue Lösungsmöglichkeit [...] **keinen Spielraum für willkürliche Auflösungen** von Lehrverhältnissen eröffnen. Deswegen soll die Auflösung nur zu ganz bestimmten Zeitpunkten möglich sein und ein vorgelagertes **Mediationsverfahren auf die Lösung von Konflikten hinwirken**, um alle Möglichkeiten zur Aufrechterhaltung des Lehrverhältnisses auszuschöpfen. Kann

¹⁴⁷ Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, ME BAG 2008, 162/ME 23. GP 6, http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIII/ME/ME_00162/imfname_101407.pdf [14.01.2013].

¹⁴⁸ BMWA, 162/ME 23. GP 3ff.

*die Auflösung durch den Lehrberechtigten aber trotzdem nicht verhindert werden, soll der Lehrling, der die Fortführung der Ausbildung in einem Lehrberuf anstrebt, durch das Arbeitsmarktservice auf einen adäquaten Ersatzausbildungsplatz vermittelt werden, um den Abschluss der beruflichen Erstausbildung sicherzustellen“.*¹⁴⁹

Das **Ziel** der Einführung einer neuen Auflösungsmöglichkeit soll die Möglichkeit für Ausbildungsbetriebe sein, *„flexibler auf auftretende Schwierigkeiten im Ausbildungsgeschehen zu reagieren und damit das Vertrauen in die Möglichkeit zur Korrektur von nachteiligen Entwicklungen im Verlauf von Lehrverhältnissen zu festigen. Korrespondierend dazu soll durch flankierende Maßnahmen das berechtigte Interesse der Jugendlichen an einer abgeschlossenen Berufsausbildung gewährleistet werden. [...] Vor dem Hintergrund der zu erwartenden Entwicklung am Jugendarbeits- wie auch am Lehrstellenmarkt soll auf der Grundlage der bisher gesetzten arbeitsmarktpolitischen Maßnahmen für Jugendliche die Trendwende – [...] seit 2005 kommt es zu einer deutlichen Zunahme von Lehrverhältnissen – nachhaltig abgesichert werden“.*¹⁵⁰

Zunächst wurden 18 Stellungnahmen von verschiedensten Ämtern und Institutionen zu diesem Ministerialentwurf abgegeben, bevor am 02.04.2008 die entsprechende RV beim Nationalrat eingebracht wurde. Eine weitere Stellungnahme – die des Amtes der Burgenländischen Landesregierung – wurde erst nach Einbringen der RV abgegeben.

Das nachstehende Diagramm (Abb 1) soll zusammenfassend einen kurzen Überblick über die im Zusammenhang mit dem Ausbildungsübertritt und seinem Mediationsverfahren **relevanten Kernaussagen** der offiziellen Stellungnahmen im Rahmen des parlamentarischen Vorverfahrens geben.

Anschließend wird erörtert, welche darin enthaltenen Änderungsvorschläge in der auf den ME folgenden RV umgesetzt wurden, welche nicht beachtet wurden und welche Änderungen in der RV ohne entsprechenden Vorschlag in einer der Stellungnahmen vorgenommen wurden.

¹⁴⁹ BMWA, 162/ME 23. GP 5.

¹⁵⁰ BMWA, 162/ME 23. GP 5.

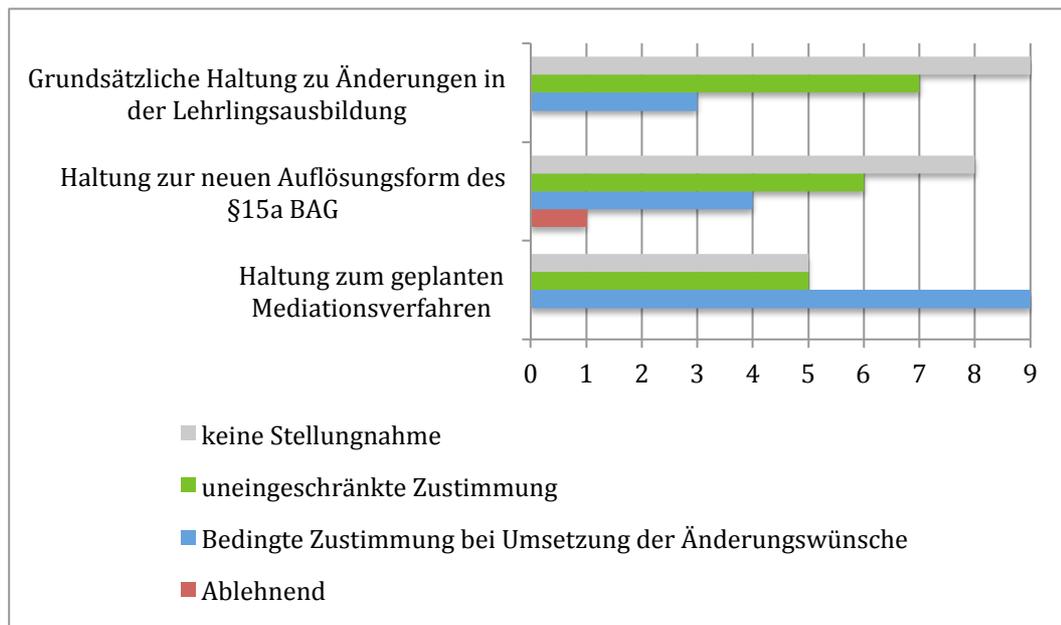


Abb 1 (Pottmann 2013)

Es lässt sich erkennen, dass 47% der Stellungnahmen zum ME keine konkrete Haltung zu den **grundsätzlich geplanten Änderungen in der Lehrlingsausbildung** beinhalteten. 37 % der Stellen, die eine Stellungnahme abgaben, sprachen ihre ausdrückliche Zustimmung zu Reformierungen aus und 16 % stimmten diesen unter Anbringen von Änderungswünschen zur konkreten Ausgestaltung dieser Reformierungen zu. Ausdrücklich abgelehnt wurden generelle Änderungen in der Lehrlingsausbildung von keiner Stelle.

Zur geplanten **Einführung der neuen Beendigungsform** der außerordentlichen Auflösung von Lehrverhältnissen gaben 42 % keine konkrete Stellungnahme ab, 32 % begrüßten diese ausdrücklich und 21 % gaben ihre bedingte Zustimmung im Falle einer Umsetzung der von ihnen vorgeschlagenen Änderungen der konkreten Ausgestaltung. Eine Stelle (5 %), nämlich das Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur, lehnte die Einführung der neuen Beendigungsform ausdrücklich ab. Die **Einführung eines obligatorischen Mediationsverfahrens** im Rahmen der außerordentlichen Auflösung und dessen geplante gesetzliche Ausgestaltung wurde von 26 % nicht kommentiert, von gleich vielen ausdrücklich begrüßt und von keiner Stelle ausdrücklich abgelehnt. 48 % stimmten zwar der grundsätzlichen Einführung eines Mediationsverfahrens zu, führten aber in Bezug auf die im Ministerialentwurf vorgeschlagene Gestaltung des Mediationsverfahrens mindestens einen Kritikpunkt oder Vorschlag zu dessen Änderung an.

3.3.2. Veränderungen in der RV aufgrund der Stellungnahmen

Aufgrund der vor allem in Bezug auf die Ausgestaltung des geplanten Mediationsverfahrens zahlreichen Änderungsvorschläge in den Stellungnahmen zum Ministerialentwurf stellt sich nun die Frage, ob und gegebenenfalls wie die dementsprechende Regierungsvorlage abgeändert wurde und welche dieser Änderungen auf Vorschläge der Stellungnahmen zurückzuführen sind. Die thematisch relevanten Änderungen werden im Folgenden dargestellt.

In ihren Stellungnahmen zur außerordentlichen Auflösung forderten im Sinne der Rechtssicherheit für beide Parteien¹⁵¹ sowohl das Bundesministerium für Soziales und Konsumentenschutz¹⁵² als auch der ÖGB und die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte¹⁵³ die ausdrückliche **Einführung eines Schriftformgebotes** für das Auflösungsbegehren nach § 15a, da ein solches im Ministerialentwurf noch nicht vorgesehen war. In Umsetzung dieser Forderung wurde das schon bisher in § 15 Abs 2 bestehende Schriftformgebot für die Auflösung von Lehrverhältnissen (einseitig in der Probezeit, jederzeit einvernehmlich oder nach Ablauf der Probezeit bei Vorliegen eines Entlassungsgrundes) in der Regierungsvorlage auch auf die neue Auflösung nach § 15a ausgedehnt und § 15 Abs 2 lautete demnach folgendermaßen: *„Die Auflösung bedarf zur Rechtswirksamkeit der Schriftform. Die Auflösung durch einen minderjährigen Lehrling in den Fällen der Abs 1 und 4 sowie des § 15a bedarf überdies der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, jedoch keiner pflegschaftsgerichtlichen Zustimmung“*¹⁵⁴.

In Bezug auf die außerordentliche Auflösung von Lehrverhältnissen im Rahmen einer **integrativen Berufsausbildung** äußerten drei Stellen den Wunsch nach einer speziellen Ausbildung der am Mediationsverfahren beteiligten Mediatoren für den Umgang mit behinderten Jugendlichen.¹⁵⁵ Zwei weitere Stellen betonten, dass sichergestellt werden müsse, dass die Auflösung des Lehr- bzw. Ausbildungsverhältnisses durch den Lehrberechtigten nicht mit den sich aus der Behinderung/Beeinträchtigung ergebenden Einschränkungen der Eignung im

¹⁵¹ SN 17 162/ME 23. GP.

¹⁵² SN 17 162/ME 23. GP.

¹⁵³ SN 18 162/ME 23. GP.

¹⁵⁴ RV 505 BlgNR 23. GP.

¹⁵⁵ SN 8 162/ME 23. GP, SN 10 162/ME 23. GP, SN 17 162/ME 23. GP.

Zusammenhang stehen dürfe.¹⁵⁶ Die somit von einigen Stellen als durchaus problematisch empfundene Anwendung des § 15a auf behinderte Jugendliche (ohne speziell darauf zugeschnittene Regelungen) wurde auf Anraten des ÖGB und der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte¹⁵⁷ so gelöst, dass Lehrverhältnisse im Rahmen einer integrativen Berufsausbildung vom Anwendungsbereich des § 15a ganz ausgenommen wurden. § 15a Abs 2 idF der RV lautete daher: „Abs 1 ist auf *Ausbildungsverträge gemäß § 8b Abs 2 nicht anwendbar*“¹⁵⁸.

In Umsetzung des Vorschlags des Österreichischen Bundesverbandes der MediatorInnen wurde der im Ministerialentwurf recht kurz gehaltenen Regelung zur Bestellung des Mediators und überhaupt fehlenden Regelung zur **Auswahl** desselben (dort hieß es dazu lediglich: „*Der Lehrberechtigte hat spätestens am Ende des zehnten Lehrmonats bzw. am Ende des 22. Lehrmonats eine in der Liste gemäß § 8 ZivMediatG eingetragene Person mit der Durchführung des Mediationsverfahrens zu beauftragen*“¹⁵⁹) in der Regierungsvorlage folgendes beigefügt: „*Der Lehrberechtigte hat dem Lehrling eine in der Liste gemäß § 8 ZivMediatG eingetragene Person für die Durchführung des Mediationsverfahrens vorzuschlagen. Der Lehrling kann die genannte Person unverzüglich ablehnen. In diesem Fall hat der Lehrberechtigte zwei weitere in der Liste gemäß § 8 ZivMediatG eingetragene Personen vorzuschlagen, von denen der Lehrling unverzüglich eine Person auszuwählen hat. Wählt der Lehrling keine Person aus, ist der Erstvorschlag angenommen. Der Lehrberechtigte hat den Mediator spätestens am Ende des zehnten Lehrmonats bzw. am Ende des 22. Lehrmonats zu beauftragen*“¹⁶⁰.

Zur **Beendigung des Mediationsverfahrens** sah der ME folgende Regelung vor: „*Das Mediationsverfahren ist beendet, wenn ein Ergebnis erzielt wurde. Als Ergebnis gilt insbesondere die Bereitschaft des Lehrberechtigten zur Fortsetzung des Lehrverhältnisses oder die Erklärung des Lehrlings, nicht weiter auf der Fortsetzung des Lehrverhältnisses zu bestehen. Das Mediationsverfahren ist auch beendet, wenn der Mediator oder die Mediatorin die Mediation für beendet erklärt. Das Mediationsverfahren endet jedenfalls mit Beginn des fünften Werktages vor Ablauf des*

¹⁵⁶ SN 12 162/ME 23. GP, SN 17 162/ME 23. GP.

¹⁵⁷ SN 17 162/ME 23. GP.

¹⁵⁸ RV 505 BlgNR 23. GP.

¹⁵⁹ BMWA, 162/ME 23. GP.

¹⁶⁰ RV 505 BlgNR 23. GP.

elften oder 23. Lehrmonats“¹⁶¹. Diese Ausgestaltung wurde von vier Stellen kritisiert¹⁶², inhaltlich äußerten sich vor allem der ÖBM, der ÖGB und die AK ausführlich dazu. Letztere führten in ihrer Stellungnahme folgendes dazu an:

*„[...] Die Beendigung des Mediationsverfahrens durch Zeitablauf führt die Bestimmungen des §15a insgesamt ad absurdum. Wenn [...] es auch durch Zeitablauf enden kann, dann besteht für den Lehrberechtigten auch die Möglichkeit, eine/n Mediator/in zu beauftragen, aber keine Termine für die Mediation zu vereinbaren; **in einem solchen Fall würde dann der Zeitablauf das Mediationsverfahren beenden, obwohl es nie zu einem Mediationsgespräch kam.** [...] Das [...] bedeutet, dass jeder Lehrberechtigte, um eine außerordentliche Auflösung rechtswirksam vornehmen zu können, lediglich seine Verständigungsfrist einhalten und eine/n Mediator/in beauftragen müsste. Nimmt er in der Folge am Mediationsverfahren überhaupt nicht teil, spart er sich nicht nur Kosten, sondern darf auf Grund der Beendigung der Mediation die Auflösung aussprechen. Das läuft aber dem Grundgedanken der außerordentlichen Auflösung ausschließlich nach Durchführung eines echten, den Konflikt gründlich aufarbeitenden Mediationsverfahrens vollkommen zuwider. Um eine sinnvolle Regelung zu treffen, muss dem Lehrberechtigten eine Pflicht zur Teilnahme auferlegt werden. Beteiligt [...] er sich in der Folge nicht am Mediationsverfahren, kann die außerordentliche Auflösung [...] nicht wirksam durchgeführt werden. [...] Eingefügt werden sollte: Es müssen zumindest 5 Mediationsgespräche stattfinden, an denen sich der Lehrberechtigte und der Lehrling beteiligen müssen“¹⁶³.*

In der Regierungsvorlage wurde letztlich der Vorschlag des ÖBM umgesetzt („Um eine missbräuchliche Interpretation zu verhindern regen wir an, folgenden Nebensatz einzufügen: ...Mediationsverfahren, welches zumindest aus einer Sitzung bestehen muss“¹⁶⁴) und in der Formulierung des ME wurde der letzter Satz des Abs 6 wie folgt verändert: „Das Mediationsverfahren endet jedenfalls mit Beginn des fünften Werktages vor Ablauf des elften bzw 23. Lehrmonats, sofern **zumindest ein Mediationsgespräch** unter Beteiligung des Lehrberechtigten oder in dessen Vertretung einer mit der

¹⁶¹ BMWA, 162/ME 23. GP.

¹⁶² SN 3 162/ME 23. GP, SN 5 162/ME 23. GP, SN 9 162/ME 23. GP, SN 18 162/ME 23. GP.

¹⁶³ SN 18 162/ME 23. GP 8.

¹⁶⁴ SN 9 162/ME 23. GP 1.

Ausbildung des Lehrlings betrauten Person stattgefunden hat“¹⁶⁵.

Auf Anregung des ÖGB und der AK¹⁶⁶ wurde in der Regierungsvorlage folgendes in einem eigenen Absatz eingefügt: *„Auf die außerordentliche Auflösung durch den Lehrberechtigten ist der besondere Kündigungsschutz nach dem Mutterschutzgesetz 1979, BGG. Nr. 221, dem Väter-Karenzgesetz, BGBl Nr. 651/1989, dem Arbeitsplatz-Sicherungsgesetz 1991, BGBl. Nr. 683, und für Mitglieder des Jugendvertrauensrates oder Betriebsrates nach dem Arbeitsverfassungsgesetz, BGBl Nr. 22/1974, anzuwenden. Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Erklärung der Auflösung“¹⁶⁷.* Im zugrundeliegenden ME war eine **Anwendung des besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutzes** für schwangere Jugendliche bzw Jugendliche, die zum Präsenzdienst oder Zivildienst einberufen werden, im Falle einer außerordentlichen Auflösung nicht vorgesehen.

Ebenfalls auf Anraten des ÖGB und der AK (*„Befinden sich Lehrlinge zum Zeitpunkt des Ausspruchs der **Auflösung im Krankenstand**, muss, wie für Angestellte und Arbeiter im AngG bzw EFZG geregelt, in §17a festgelegt werden, dass der Entgeltfortzahlungsanspruch für die vorgesehene Dauer bestehen bleibt, wenngleich das Arbeitsverhältnis früher endet.“¹⁶⁸)* wurde in der RV § 17a folgender Abs 8 angefügt: *„Wird das Lehrverhältnis während einer Arbeitsverhinderung wegen Erkrankung, Unfall, Arbeitsunfall oder Berufskrankheit durch den Lehrberechtigten gemäß § 15a aufgelöst, besteht Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts für die nach Abs 1 und Abs 4 vorgesehene Dauer, wenngleich das Lehrverhältnis vorher endet“¹⁶⁹.*

Nicht umgesetzt wurde insbesondere der Vorschlag des ÖBM **die Fristen zur Bekanntmachung und Durchführung des Mediationsverfahrens zu verlängern.**

In der Fassung des ME und auch der RV ist der Lehrberechtigte ist gem Abs 5 dazu verpflichtet den Mediator bis spätestens Ende des 10. bzw 22. Lehrmonats bekannt zu geben. Gem Abs 7 endet das Mediationsverfahren spätestens fünf Werktage vor Ablauf des 11. bzw 23. Lehrmonats. Der ÖBM führte in seiner Stellungnahme zum ME ins Treffen, dass *„die Zeitspanne zur Durchführung des Mediationsverfahrens [...] im besten Fall somit 19 Werktage (beträgt), wobei sich diese Anzahl noch durch Feiertage etc verkürzen kann. Wenn man bedenkt, dass unter Umständen eine größere Anzahl von*

¹⁶⁵ RV 505 BlgNr 23. GP.

¹⁶⁶ SN 18 162/ME 23. GP.

¹⁶⁷ RV 505 BlgNR 23. GP.

¹⁶⁸ SN 18 162/ME 23. GP 9.

¹⁶⁹ RV 505 BlgNR 23. GP.

Personen plus dem/r MediatorIn gemeinsame Termine finden müssen, besteht daher ein ziemlich großer Zeitdruck. Um hier einen etwas größeren Spielraum zu schaffen, erscheint es uns zweckdienlich diesen Zeitraum zu verlängern, in dem man im Absatz 3 die Frist zur Namhaftmachung des/der MediatorIn auf 7 Tage nach Bekanntgabe der beabsichtigten Kündigung bzw Aufnahme eines Mediationsverfahrens festlegt und der Lehrling bzw seine gesetzlichen Vertreter binnen 7 Tagen seine Wahl bekannt gibt. Der/die ausgewählte MediatorIn ist sodann umgehend spätestens bis zur Mitte des zehnten bzw. 22. Lehrmonats zu bestellen. Die übrigen Fristen könnten gleich bleiben. Somit würde sich der **Zeitraum** für die tatsächliche Durchführung des Mediationsverfahrens **um 10 Werktage verlängern**. Dies erscheint uns ein angemessenerer Zeitraum und ermöglicht bei Bedarf auch die Durchführung der für ein gutes Ergebnis eventuell nötigen mehreren Sitzungen“¹⁷⁰.

Auch die Forderung des ÖGB und der AK nach der Einführung einer Bestimmung hinsichtlich der **Postensuchtage** wurde in der RV nicht berücksichtigt: „Eine Bestimmung hinsichtlich der Postensuchtage fehlt in §15a des vorliegenden Entwurfes zum BAG. Die außerordentliche Auflösung des Lehrverhältnisses wird zwar nunmehr nicht mehr Kündigung genannt, ist jedoch einer Kündigung im Ergebnis gleich. [...] Gerade für Jugendliche, die sich in einer Ausbildung befinden, die ehestmöglich fortgesetzt werden sollte, um den Ausbildungserfolg zu garantieren, wäre es wichtig, dass sich die Jugendlichen bereits während der einmonatigen Kündigungsfrist um eine andere Lehrstelle kümmern [...]. Es wird daher vorgeschlagen folgende Formulierung in einem eigenen Absatz in §15a aufzunehmen: Dem Lehrling ist auf sein Verlangen während der einmonatigen Frist gem § 15a Abs 1 acht Stunden pro Woche ohne Schmälerung des Entgelts für die Suche nach einer neuen Lehrstelle frei zu geben“¹⁷¹.

Ebenfalls nicht umgesetzt wurde der Wunsch des BM für Soziales und Konsumentenschutz nach einer **Aufzeichnung der Ergebnisse** der durchgeführten Mediationen um eine Evaluierung der neuen Regelungen zu ermöglichen: „Weiters sollte sichergestellt werden, dass von den Lehrlingsstellen Aufzeichnungen über die Anzahl der in einem Jahr durchgeführten Mediationsverfahren und die daraus resultierenden Auflösungen bzw Aufrechterhaltungen der Lehrverhältnisse geführt werden [...]. Dadurch wäre die Basis für eine Evaluierung und allfällige Änderung dieses

¹⁷⁰ SN 9 162/ME 23. GP 2.

¹⁷¹ SN 18 162/ME 23. GP 9.

neuen Systems gewährleistet“¹⁷².

In der Fassung der RV kam **ohne entsprechenden Vorschlag** in den Stellungnahmen zum ME die Möglichkeit des schriftlichen Widerrufs seiner Ablehnungserklärung durch den Lehrling (§ 15a Abs 3 idF RV) und die Einführung der Vertretungsmöglichkeit des Lehrberechtigten durch eine mit der Ausbildung des Lehrlings betraute Person in der Mediation (§ 15a Abs 6 idF RV) **neu** hinzu.

3.3.3. Parlamentarisches Verfahren

Am 02.04.2008 langte die RV¹⁷³ beim Nationalrat ein und wurde am 10.04.2008 in der 56. Sitzung des Nationalrates dem **Ausschuss für Arbeit und Soziales** zur Beratung zugewiesen.

Im Laufe dieser Beratung (in der 11. Sitzung des Ausschusses am 27.05.2008) äußerten sich einige Abgeordnete durchaus kritisch zum Gesetzesentwurf der RV. In einer Aussendung des Pressedienstes des Parlaments über die Ausschussberatungen heißt es dazu etwa, dass die Grünen-Abgeordnete Birgit Schatz *„sich unzufrieden hinsichtlich der Regelungen über die Auflösung des Lehrvertrags (zeigte), da es ihrer Ansicht nach schwierig sei, dass die Lehrlinge ihre Interessen im Rahmen des Mediationsverfahrens wahren können. [...] Abgeordneter Werner Amon (V) sah einen Punkt durchaus kritisch, und zwar die Auflösung der Lehrverhältnisse. Er befürchtete, dass es dadurch zu einer Verringerung der Lehrstellen kommen wird. Um dies beurteilen zu können, wäre es wichtig, dass der Minister regelmäßig einen Bericht vorlegt.“*¹⁷⁴ Abgeordnete Laura Rudas (S) wies hingegen darauf hin, *„dass viele ‚einvernehmlich‘ gelöste Lehrverhältnisse in der Vergangenheit auf Druck des Arbeitgebers zustande kommen. Das nun vorgesehene Mediationsverfahren könne ein Vorteil für die Jugendlichen sein.“*¹⁷⁵ Der Abgeordnete Reinhold Mitterlehner (V) *„erachte es aufgrund der Erfahrungen in der Praxis [...] für positiv, dass nunmehr auch eine einseitige Auflösung von Lehrverhältnissen möglich sei. Außerdem sei durch die Einführung des Mediationsverfahrens eine neutrale Abwicklung garantiert.“*¹⁷⁶

¹⁷² SN 17 162/ME 23. GP 2.

¹⁷³ RV 505 BlgNR 23. GP.

¹⁷⁴ Pressedienst des Parlaments, PK-Nr. 496, http://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2008/PK0496/index.shtml [26.02.2013].

¹⁷⁵ Pressedienst des Parlaments, PK-Nr. 496, http://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2008/PK0496/index.shtml [26.02.2013].

¹⁷⁶ Pressedienst des Parlaments, PK-Nr. 496, http://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2008/PK0496/index.shtml [26.02.2013].

Abgeordneter Norbert Hofer (F) hielt dem Bericht des Pressedienstes zufolge die Einführung eines Mediationsverfahrens zwar für gut, „*allerdings müsse man gerade bei kleinen Betrieben darauf acht geben, dass der bürokratische Aufwand und die Kosten im Rahmen bleiben.*“¹⁷⁷

Die RV wurde im Ausschuss in der Fassung eines S-V-Abänderungsantrags, in dem ua der Minister aufgefordert wird, dem Nationalrat alle zwei Jahre einen Bericht zur Situation der Jugendbeschäftigung vorzulegen, mehrheitlich angenommen.¹⁷⁸

Die anschließenden **Plenarberatungen** standen am 05.06.2008 auf der Tagesordnung der 61. Sitzung des Nationalrates. Es wurden im Laufe der Sitzung zwei Abänderungsanträge gestellt, wovon nur einer das BAG betraf (und hierbei die Förderung von Lehrlingen mit Behinderungen, er wurde jedoch abgelehnt¹⁷⁹) und insg fünf Entschließungsanträge, von welchen nur einer des Abgeordneten Werner Amon (V) angenommen wurde. Aufgrund dieses UEA¹⁸⁰ wurde § 15b eingefügt, welcher alle zwei Jahre einen Bericht des BM für Wirtschaft, Familie und Jugend an den NR zur Situation der Jugendbeschäftigung vorsieht.

Am Ende der Plenarberatung im NR wurde der Gesetzesvorschlag in dritter Lesung mit Zweidrittelmehrheit gem Art 44 Abs 1 B-VG (da auch Verfassungsbestimmungen unter den zu ändernden bzw neu hinzukommenden Bestimmungen waren, so bspw § 19b) angenommen (dafür: S, V, G und B, dagegen: F) und mit **238/BNR beschlossen**.

Am 09.06.2008 langte der Beschluss des Nationalrates¹⁸¹ in der Kanzlei des Bundesrates ein und wurde dem Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit des Bundesrates zugewiesen, welcher in seiner 17. Sitzung am 17.06.2008 darüber beriet und mit Stimmeneinhelligkeit in seinem Ausschussbericht¹⁸² die beiden Anträge stellte, gegen den Beschluss des Nationalrates keinen Einspruch zu erheben und ihm gemäß Art 44 Absatz 2 B-VG die verfassungsmäßige Zustimmung zu erteilen. In der anschließenden **Plenarberatung des Bundesrates** am 19.06.2008 im Rahmen seiner 757. Sitzung bezogen fünf Bundesräte Stellung zum Ausbildungsübertritt, bei

¹⁷⁷ Pressedienst des Parlaments, PK-Nr. 496, http://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2008/PK0496/index.shtml [26.02.2013].

¹⁷⁸ Pressedienst des Parlaments, PK-Nr. 496, http://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2008/PK0496/index.shtml [26.02.2013].

¹⁷⁹ Vgl AA 102 BlgNR Sess 61.

¹⁸⁰ UEA 366 BlgNR Sess 61.

¹⁸¹ BNR 238 BlgNR Sess 61.

¹⁸² AB 7955 BlgBR Sess 17.

der anschließenden Abstimmung über den Beschluss des Nationalrates wurde die Zustimmung des Bundesrates zu 238/BNR gegeben.

Am 26.06.2008 wurde dann, im Zuge der somit gesetzmäßig beschlossenen Umsetzung des „Beschäftigungspakets für Österreichs Jugend“¹⁸³, die Änderung des BAG idF BGBl Nr 142/1969, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl I Nr 5/2006, sowie 16 weiterer Gesetze mit dem **BGBl I 2008/82** kundgemacht. Mit Ausnahme von § 19c Abs 2 und § 31b (diese traten gem § 16 Abs 5 bereits am 27.07.2008 in Kraft) trat die novellierte Fassung des BAG gem § 16 Abs 6 am **28.06.2008** in Kraft.

3.3.4. Überblick über die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zu § 15a diskutierten Themen und die dazu eingenommenen Positionen

Die folgende Tabelle gibt aus Gründen der Übersichtlichkeit und um die weitere Verwertbarkeit der politischen Argumente im Verlauf der Arbeit zu erleichtern (dies vor allem im Hinblick auf eine umfassende Interpretation des § 15a) eine Auflistung, Zusammenfassung und Gegenüberstellung der aus den Vorträgen der Abgeordneten extrahierten **Kernargumente** zu den im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens vom Gesetzgeber (NR und BR) in den Materialien thematisierten Punkten.

Thema	Pro	Neutral	Kontra
Notwendigkeit der Einführung des § 15a BAG	Ja, endlich gibt es eine klar geregelte Auflösungs-möglichkeit auch außerhalb der Probezeit.		Nein, es gibt auch jetzt bereits ausreichende Möglichkeiten zur Auflösung des LV.
Auswirkungen der neuen Auflösungs-möglichkeit auf die Anzahl	Mehr Flexibilität des LV bringt mehr neue Lehrstellen.	Die Einführung des §15a BAG wird keine nachweisbaren neuen Lehrstellen	Die Einführung wird zu mehr Auflösungen von LV führen. Die Sorge besteht, dass dadurch die Verantwortung für den

¹⁸³ Sozialpartner/Bundesregierung, <http://www.austria.gv.at/DocView.axd?CobId=26962> [15.10.2012].

der Lehrstellen und bestehenden LV		bringen.	betrieblichen Teil der Lehrlingsausbildung von den Lehrbetrieben zum AMS bzw zu den überbetrieblichen Ausbildungswerkstätten übertragen wird.
Beurteilung der Einführung des Mediationsverfahrens	Die Einführung eines Mediationsverfahrens ist sehr wichtig und richtig. Der Lehrling hat dadurch die Möglichkeit, seine Situation zu verbessern.	Das Mediationsverfahren ist als Kompromisslösung bei Einführung einer weiteren Auflösungsmöglichkeit von LV zu sehen.	Das Mediationsverfahren kommt nicht sofort bei Auftreten einer Irritation im LV – das Mediationsverfahren sollte früher möglich sein.
Die Ausbildungs-garantie wird...	... jungen Menschen die Möglichkeit geben, ihre Lehrstelle unter garantierter Gewährleistung ihrer weiteren Ausbildung zu wechseln, wenn ihnen diese, aus welchen Gründen auch immer, nicht mehr geeignet erscheint.		... praktisch nicht umsetzbar sein, da in den einzelnen Bundesländern – insb in kleinen – die Möglichkeiten zur Errichtung überbetrieblicher Ausbildungswerkstätten nicht vorhanden sind.

Tabelle 1 (Pottmann 2013)

Die Eckpunkte dieser Novelle waren, wie bereits erwähnt, im Wesentlichen die Erweiterung der Möglichkeit zur außerordentlichen Auflösung von Lehrverhältnissen (Ausbildungsübertritt), die Neustrukturierung der betrieblichen

Lehrstellenförderung und die Ausweitung der „**Ausbildungsgarantie**“. Nach dieser ist das AMS verpflichtet, geeignete Ausbildungseinrichtungen mit der überbetrieblichen Ausbildung eines jugendlichen Lehrlings zu beauftragen, wenn dieser nicht auf offene Lehrstellen oder Ausbildungsplätze in bereits vorhandenen Ausbildungseinrichtungen vermittelt werden kann (vgl dazu Pkt 4.6.).¹⁸⁴

Nach genauer Durchsicht der politischen Diskussion im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens kann in einem ersten Schritt zusammenfassend gesagt werden, dass der Gesetzgeber mit der Umsetzung der BAG Novelle 2008 in ihrer konkreten Ausformung dem Gedanken des sog „**Flexicurity Ansatzes**“ gefolgt ist. Demnach soll die Ausbildungsgarantie als Form der sozialen Sicherheit (*security*) ein Gegengewicht zur erhöhten Flexibilität des Lehrverhältnisses (*flexibility*) darstellen.¹⁸⁵ Schon im Ministerialentwurf wird dieser Ansatz, auch wenn er nicht wörtlich erwähnt wird, deutlich; dort wird einerseits vor dem Hintergrund mangelnder Lehrstellen auf die Notwendigkeit der Schaffung einer zusätzlichen Auflösungsmöglichkeit des als zu starr empfundenen Lehrverhältnisses hingewiesen (*„In der bildungspolitischen Diskussion wird die mangelnde Auflösbarkeit des Lehrverhältnisses (...) oft als Hindernis für die Schaffung zusätzlicher Lehrstellen angesehen.“*¹⁸⁶) und andererseits dem Lehrling die Ausbildungsgarantie in Aussicht gestellt, aufgrund derer er in jedem Fall nach einer außerordentlichen Auflösung seines Lehrverhältnisses einen anderen Ausbildungsplatz zugeteilt bekommen soll (*„Kann die Auflösung durch den Lehrberechtigten aber trotzdem nicht verhindert werden, soll der Lehrling, der die Fortführung der Ausbildung in einem Lehrberuf anstrebt, durch das Arbeitsmarktservice auf einen adäquaten Ersatzausbildungsplatz vermittelt werden, um den Abschluss der beruflichen Erstausbildung sicherzustellen“*¹⁸⁷). Auch die weitere politische Diskussion in NR und BR (vgl Tabellen) wurde von die Novelle befürwortenden Argumenten dominiert, die dem Flexicurity-Ansatz zuzuordnen sind. Die Problematik dieses Konzeptes soll an passender Stelle noch näher thematisiert werden (siehe unter Pkt 5.10.7.).

¹⁸⁴ Burger in Resch, Neuerungen, 17 (21).

¹⁸⁵ Burger in Resch, Neuerungen, 17 (22).

¹⁸⁶ BMWA, 162/ME 23. GP 3ff.

¹⁸⁷ BMWA, 162/ME 23. GP 5.

4. Das Verfahren und der Anwendungsbereich des § 15a

Nachdem in den vorherigen Kapiteln ein umfassender Überblick über die historischen und bildungspolitischen Hintergründe der Einführung des Ausbildungsübertrittes sowie die jeweiligen Fassungen von ME, RV und ihrer konkreten gesetzlichen Umsetzung und damit bereits ein Ausblick auf einige als juristisch oder mediationstheoretisch problematisch empfundene Bestimmungen des § 15a gegeben wurde, soll in den folgenden Kapiteln der Ausbildungsübertritt aus dem juristischen Blickwinkel systematisch und gründlich aufgearbeitet werden. In einem ersten Schritt soll hierzu das genaue Verfahren der außerordentlichen Auflösung und der Anwendungsbereich des § 15a dargestellt werden.

Unter Pkt 2.5. wurden bereits die Beendigungsmöglichkeiten des Lehrverhältnisses dargestellt. Dies mit Ausnahme der außerordentlichen Auflösung, welche nun an dieser Stelle bearbeitet werden soll. Kurz und bündig formuliert können gem § 15a sowohl der Lehrling als auch der Lehrberechtigte das Lehrverhältnis vor Ablauf seiner vereinbarten Dauer unter Einhaltung bestimmter Fristen, Termine und Mitteilungspflichten einseitig auflösen. Im Falle der Auflösung durch den Lehrberechtigten muss zuvor ein mehrstufiges Verfahren, welches als zentrales Element ein Mediationsverfahren beinhaltet, durchgeführt werden.

4.1. Das Verfahren der außerordentlichen Auflösung

Je nachdem ob die außerordentliche Auflösung vom Lehrling oder Lehrberechtigten angestrebt wird sind zur rechtswirksamen Auflösung nach § 15a unterschiedliche Voraussetzungen und Verfahrensschritte notwendig.

4.1.1. Vereinfachtes Verfahren bei Auflösung durch den Lehrling

Ein Lehrling, der sein Lehrverhältnis außerordentlich auflösen möchte, muss im Gegensatz zum Lehrberechtigten lediglich die gesetzlich genannten **Auflösungstermine unter Einhaltung einer einmonatigen Auflösungsfrist** beachten. Er kann also das Lehrverhältnis dann gem § 15a Abs 1 zum Ablauf des letzten Tages des zwölften oder 24. Lehrzeitmonats auflösen, wenn dem Lehrberechtigten einen Monat zuvor seine schriftliche Auflösungserklärung zugestellt wurde. Falls der Lehrling noch minderjährig ist, so muss diese Auflösungserklärung nicht nur von ihm sondern auch von seinem gesetzlichen Vertreter unterzeichnet sein. Sind beide Elternteile obsorgeberechtigt, so müssen

gem § 167 Abs 2 ABGB ausnahmsweise auch beide Elternteile der außerordentlichen Auflösung zustimmen und zu deren Rechtswirksamkeit die entsprechende Auflösungserklärung des mj Lehrlings unterfertigen.

Abzugrenzen und zu unterscheiden ist die außerordentliche Auflösung des Lehrverhältnisses durch den Lehrling vom ebenfalls einseitig erklärbaren **vorzeitigen Austritt wegen Aufgabe des Lehrberufes** gem § 15 Abs 4 lit g. Während die erste Form der Auflösung an eine Frist und einen Termin gebunden ist, dafür aber grundlos erfolgen kann, so ist die Geltendmachung des vorzeitigen Austritts gem § 15 Abs 4 lit g zwar jederzeit möglich, dafür aber von der Geltendmachung eines Grundes abhängig – nämlich der Aufgabe des Lehrberufes durch den Lehrling. Die Geltendmachung dieses Austrittsgrundes bedarf keiner weiteren Begründung – er kann damit als bloße formale Voraussetzung bezeichnet werden¹⁸⁸ – und hindert den Lehrling nach der Rsp¹⁸⁹ auch nicht daran, unmittelbar danach ein neues Lehrverhältnis im selben Lehrberuf einzugehen¹⁹⁰.

Aufgrund der Qualifizierung des Grundes der Aufgabe des Lehrberufes als bloße **Formalvoraussetzung ohne praktische Relevanz** wird die einseitige Auflösung des Lehrverhältnisses durch einen Lehrling wohl regelmäßig im Wege des Austrittes wegen Aufgabe des Lehrberufes erfolgen. Ihr gegenüber ist nämlich die außerordentliche Auflösung gem § 15a aufgrund ihrer Termin- und Fristgebundenheit das „benutzerunfreundlichere“ – weil verfahrensmäßig kompliziertere – Instrument zur einseitigen Beendigung eines Lehrverhältnisses.

Zusätzlich zu den gesetzlich genannten Terminen und der Einhaltung einer einmonatigen Auflösungsfrist hat der **Lehrberechtigte**, wenn er ein Lehrverhältnis gem § 15a außerordentlich auflösen möchte, im Gegensatz zum Lehrling noch eine Reihe von zusätzlichen, meist ebenfalls termingebundenen **Wirksamkeitsvoraussetzungen** im Rahmen eines mehrstufigen Verfahrens zu beachten.

¹⁸⁸ *Winkler*, Eine neue Möglichkeit der vorzeitigen Auflösung von Lehrverhältnissen, ZAS 2008/37, 244 (245).

¹⁸⁹ OGH 26.1.1994, 9 ObA 287/93 ecolex 1994, 340 = DRdA 1994, 270.

¹⁹⁰ *Winkler*, ZAS 2008, 244 (245).

4.1.2. Mitteilung der Auflösungsabsicht

Gem § 15a Abs 3 ist die außerordentliche Auflösung des Lehrverhältnisses durch den Lehrberechtigten nur dann wirksam, wenn der Lehrberechtigte die beabsichtigte außerordentliche Auflösung und die geplante Aufnahme eines Mediationsverfahrens spätestens am **Ende des neunten bzw 21. Lehrmonats** dem Lehrling, der Lehrlingsstelle und gegebenenfalls dem Betriebsrat sowie dem Jugendvertrauensrat mitgeteilt hat.

Im Gegensatz zur eigentlichen Auflösungserklärung ist für diese sog **Absichtsmitteilung** des Abs 3 kein ausdrückliches Schriftformerfordernis im Gesetz vorgesehen. Aus Gründen der Beweisbarkeit der zahlreichen Formerfordernisse der außerordentlichen Auflösung sollte ein Lehrberechtigter aber wohl dennoch sämtliche einzuhaltende Verfahrensschritte und Mitteilungen bzw Erklärungen schriftlich vornehmen.¹⁹¹ Die Mitteilung hat jedenfalls den Namen und die Adresse des Lehrlings, den Lehrberuf sowie den Beginn und das Ende der vertragsgemäßen Lehrzeit zu enthalten.¹⁹²

Eine **Verständigung des Lehrlings und der Lehrlingsstelle** (welche ihrerseits binnen angemessener Frist die AK über die Mitteilung informieren muss) hat dabei in jedem Fall zu erfolgen, während eine Verständigung des Betriebsrates und des Jugendvertrauensrates nur dann in Betracht kommt, wenn im jeweiligen Betrieb auch eine für den Lehrling **zuständige Belegschafts- bzw Jugendvertretung** errichtet ist¹⁹³. Letzteres kann aus dem Wort „*gegebenenfalls*“ des § 15a Abs 3 1. Satz abgeleitet werden: demnach soll nicht nur die Existenz eines Betriebs- bzw Jugendvertrauensrates Voraussetzung sein, sondern auch dessen konkrete Zuständigkeit muss beachtet werden. Da gem § 41 Abs 3 letzter Satz ArbVG auch Lehrlinge entweder zur Gruppe der Arbeiter oder der Angestellten gezählt werden, ist also die Absichtsmitteilung auch nur an den jeweils eingerichteten Betriebsrat der Angestellten oder jenen der Arbeiter zu richten. Ebenso ist der Jugendvertrauensrat nur dann zu verständigen, wenn der betroffene Lehrling im Zeitpunkt der Erklärung der Auflösungsabsicht noch jugendlich, also minderjährig, ist.¹⁹⁴

¹⁹¹ Rauch, Die außerordentliche Auflösung von Lehrverhältnissen, ASoK 2008, 350 (350).

¹⁹² Spitzl in ZellKomm², § 15a BAG Rz 9.

¹⁹³ Spitzl in ZellKomm², § 15a BAG Rz 9.

¹⁹⁴ Burger, ZAS 2010, 162 (164).

4.1.3. Auswahl und Beauftragung des Mediators

Gem § 15a Abs 5 hat der Lehrberechtigte danach die Durchführung eines Mediationsverfahrens iSd ZivMediatG¹⁹⁵ zu veranlassen. Zu diesem Zweck hat er das gesetzlich geregelte Verfahren zur Auswahl eines Mediators einzuleiten sowie spätestens am **Ende des zehnten bzw 22. Lehrmonats** einen Mediator zu beauftragen.

Nach Mitteilung der Auflösungsabsicht hat der Lehrberechtigte demnach dem Lehrling **eine in die** vom BMJ gem § 8 ZivMediatG geführte **Mediatorenliste eingetragene Person** als Mediator vorzuschlagen. Diesen Vorschlag kann der Lehrling unverzüglich und begründungsfrei¹⁹⁶ ablehnen (die Notwendigkeit einer Begründung der Ablehnung durch den Lehrling ist im Gesetz nicht vorgesehen und ergibt sich auch nicht aus den Materialien), woraufhin der Lehrberechtigte ihm zwei weitere Personen aus der Liste vorzuschlagen hat. Falls der Lehrling aus diesem Zweivorschlag unverzüglich eine Person auswählt, so ist diese noch termingerecht – also spätestens am Ende des zehnten bzw 22. Lehrmonats – mit der Durchführung der Mediation vom Lehrberechtigten zu beauftragen. Wählt er daraus jedoch nicht unverzüglich aus oder lehnt auch diese beiden Personen ab, so ist die im Erstvorschlag des Lehrberechtigten genannte Person als Mediator zu beauftragen. Als „unverzüglich“ iSd § 15a Abs 5 ist nach hA ein möglichst kurzer Zeitraum zu verstehen, innerhalb dessen der Lehrling jedoch die Gelegenheit haben muss, sich über die vorgeschlagene Person und das Verfahren einer außerordentlichen Auflösung zu informieren.¹⁹⁷ Nach einem Teil der Lehre ist als unverzüglich iSd § 15a Abs 5 ein Zeitraum von einem Tag zu verstehen.¹⁹⁸

Der Lehrberechtigte kann von der Beauftragung eines Mediators dann absehen, wenn die Voraussetzung der Durchführung und Beendigung eines Mediationsverfahrens dadurch entfällt, dass der Lehrling gem § 15a Abs 3 die Teilnahme am Mediationsverfahren schriftlich ablehnt. Die **Ablehnung** kann vom Lehrling innerhalb einer Frist von 14 Tagen jedoch schriftlich widerrufen werden. In diesem Falle muss das Mediationsverfahren zur rechtswirksamen außerordentlichen

¹⁹⁵ BGBl I 2003/29.

¹⁹⁶ *Mayr*, Die Zwangsmediation im Berufsausbildungsrecht in *Barta/Radner/Rainer/Scharnreitner (Hrsg)*, Analyse und Fortentwicklung im Arbeits-, Sozial- und Zivilrecht, Festschrift für Martin Binder (2010), 298.

¹⁹⁷ So zB *Mayr*, Die Zwangsmediation in FS Binder, 298.

¹⁹⁸ *Rauch*, ASoK 2008, 350 (351).

Auflösung noch zeitgerecht durchgeführt werden und der Mediator vom Lehrberechtigten rechtzeitig (siehe oben) beauftragt werden (zu den praktischen Problemen, die sich dabei allerdings ergeben können vgl Pkt 5.1.3.).

Das für die Ablehnungs- sowie die Widerrufserklärung vorgesehene **Schriftformerfordernis** dient zum einen Beweissicherungszwecken und soll zum anderen den Lehrling vor einer übereilten Entscheidung schützen. Denselben Zweck erfüllt wohl auch die Möglichkeit des Widerrufs der Ablehnung binnen 14 Tagen. Missachtet daher der Lehrling das Schriftformgebot bei Erklärung der Ablehnung, so ist trotzdem ein Mediationsverfahren durchzuführen. Im umgekehrten Fall ändert jedoch ein nicht schriftlich erfolgter Widerruf nichts an der Verbindlichkeit einer zuvor erfolgten schriftlichen Ablehnung (vgl zur unklaren gesetzlichen Anordnung der Schriftlichkeit Pkt 5.2.1.).¹⁹⁹

Hat der Lehrling die Teilnahme am Mediationsverfahren endgültig abgelehnt, so kann der Lehrberechtigte ohne weitere Verfahrensschritte aber unter Beachtung der (unter 5.1. ausführlich dargestellten) zwingend einzuhaltenden Termine und der einmonatigen Auflösungsfrist die außerordentliche Auflösung erklären²⁰⁰. Lässt sich der Lehrling auf das Mediationsverfahren ein, so muss der Lehrberechtigte rechtzeitig den ausgewählten Mediator beauftragen und die nachfolgend dargestellten Verfahrensschritte beachten.

4.1.4. Beendigung des Mediationsverfahrens

Wie das Mediationsverfahren gem § 15a im Detail ausgestaltet ist, welche Pflichten die daran Beteiligten treffen, welche inhaltlichen Erfordernisse es zu erfüllen hat und welche Konsequenzen sich aus der Anwendbarkeit des ZivMediatG²⁰¹ gem Abs 4 ergeben soll aus mediationstheoretischer Sicht unter Pkt 7.1. dargestellt werden. An dieser Stelle sollen lediglich die **zur rechtswirksamen außerordentlichen Auflösung zwingendenden Tatbestandsmerkmale** aus juristischer Sicht behandelt werden.

Gem § 15a Abs 5 sind nach der Beauftragung des Mediators im Rahmen des unter 4.1.3. dargestellten Verfahrens in die Mediation der Lehrberechtigte oder in dessen Vertretung eine Person, die mit der Ausbildung des Lehrlings betraut ist, der Lehrling,

¹⁹⁹ Spitzl in ZellKomm², § 15a BAG Rz 12.

²⁰⁰ Winkler, ZAS 2008, 244 (246).

²⁰¹ BGBl I 2003/29.

bei dessen Minderjährigkeit auch der gesetzliche Vertreter und auf Verlangen des Lehrlings auch eine Person seines Vertrauens einzubeziehen. Die Kosten des Mediationsverfahrens (vgl dazu Pkt 4.1.8.) hat der Lehrberechtigte zu tragen. Zur rechtswirksamen außerordentlichen Auflösung muss davor das **Mediationsverfahren iSd Abs 6 beendet** worden sein. Demnach gilt es dann als beendet, *„wenn ein Ergebnis erzielt wurde. Als Ergebnis gilt die Bereitschaft des Lehrberechtigten zur Fortsetzung des Lehrverhältnisses oder die Erklärung des Lehrlings, nicht weiter auf der Fortsetzung des Lehrverhältnisses zu bestehen. Das Mediationsverfahren ist auch beendet, wenn der Mediator die Mediation für beendet erklärt. Das Mediationsverfahren endet jedenfalls mit Beginn des fünften Werktages vor Ablauf des elften bzw 23. Lehrmonats, sofern zumindest ein Mediationsgespräch unter Beteiligung des Lehrberechtigten oder in dessen Vertretung einer mit der Ausbildung des Lehrlings betrauten Person stattgefunden hat.“*

Um also alle für eine außerordentliche Auflösung erforderlichen Voraussetzungen zu erfüllen, hat der Lehrberechtigte (oder in seiner Vertretung der Ausbilder²⁰²) lediglich an einem Mediationsgespräch mit dem ausgewählten und zeitgerecht beauftragten Mediator teilzunehmen. Das Gesetz legt hierbei keine zur Rechtswirksamkeit verpflichtende Mindestdauer der Sitzung oder Mindestinhalte des Mediationsverfahrens fest. Zur Rechtswirksamkeit ebenfalls **nicht notwendig ist, dass auch der Lehrling** (und gegebenenfalls sein gesetzlicher Vertreter) **bzw seine Vertrauensperson am Mediationsgespräch teilnehmen** – diese sind zwar gem § 15a Abs 5 in das Mediationsverfahren einzubeziehen, bleibt jedoch der Lehrling vom einzigen Mediationsgespräch fern, obwohl der Lehrberechtigte oder der Ausbilder anwesend waren, so endet das Mediationsverfahren trotzdem durch Zeitablauf.²⁰³ Dies ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut des § 15a Abs 6 dritter Satz (*„Das Mediationsverfahren endet jedenfalls ... sofern zumindest ein Mediationsgespräch unter Beteiligung des Lehrberechtigten oder in dessen Vertretung einer mit der Ausbildung des Lehrlings betrauten Person stattgefunden hat“*), kann nach einem Teil der Lehre aber auch im Wege einer Fiktion geschlossen werden: das grundlose Nichterscheinen

²⁰² Nicht ausreichend ist es daher, wenn sich der Lehrberechtigte etwa durch einen Personalverantwortlichen vertreten lässt, vgl *Burger in Resch, Neuerungen*, 17 (38).

²⁰³ *Burger in Resch, Neuerungen*, 17 (22); *Maska, Der Ausbildungsübertritt: Mediation versus Mediationsgespräch*, *ecolex* 2009, 153 (155); ebenso *Rauch, ASoK* 2008, 350 (351); aA *Steinlechner, Außerordentliche Auflösung des Lehrverhältnisses*, *taxlex* 2008, 349 (350).

des Lehrlings zum Mediationstermin kann als konkludente Erklärung seines mangelnden Fortsetzungswillens verstanden werden.²⁰⁴

Fraglich ist dabei allerdings, wie diese Regelung mit der zuvor erwähnten Anordnung der Schriftlichkeit für die Ablehnungserklärung des Lehrlings gem § 15a Abs 3 zusammenpasst. Der Gesetzgeber ist scheinbar der Ansicht, dass durch die Anordnung der Schriftform für eine im **Vorfeld** abgegebene Ablehnungserklärung des Lehrlings eine übereilte und unüberlegte Entscheidung verhindert werden soll; demgegenüber geht er im anderen Fall offenbar davon aus, dass der Entschluss des Lehrlings, nicht zur Mediation zu erscheinen, keine reine Impulsentscheidung mehr ist, vor der er geschützt werden muss. Dieser Wertungsunterschied des Gesetzgebers (Schriftlichkeit für eine im Vorfeld abgegebene Ablehnungserklärung, gänzlich fehlendes Erfordernis einer Ablehnungserklärung im Falle des Nichterscheins zur Mediation) ist mE durchaus nachvollziehbar; immerhin wird der Lehrling ja aufgrund des Mitteilungserfordernisses (einen Monat vor der Beauftragung des Mediators) eine gewisse Zeit vor der Mediation davon in Kenntnis gesetzt; er hat somit relativ viel Zeit, um sich zu überlegen, ob er daran teilnehmen möchte oder nicht und um sich mit der gesamten Situation auseinanderzusetzen. Die Gefahr einer impulsiven und unüberlegten Reaktion auf die Mitteilung der Auflösungsabsicht, vor welcher der Lehrling ja durch ein Formerfordernis geschützt werden soll, ist somit zum Zeitpunkt der Mediation nicht mehr gegeben. Zur weitergehenden Frage der Sinnhaftigkeit der fehlenden Teilnahmeverpflichtung des Lehrlings an der Mediation siehe Pkt 7.4.1.

Als **Beendigung iSd § 15a Abs 6** gilt nach erfolgtem Mediationsgespräch entweder die Erklärung des Lehrlings, nicht weiter auf der Fortsetzung des Lehrverhältnisses zu bestehen oder eine Beendigungserklärung durch den Mediator. Im letzteren Fall enthält das Gesetz keine näheren Regelungen darüber, wann bzw unter welchen Umständen der Mediator das Mediationsverfahren für beendet erklären kann.²⁰⁵ Beide Beendigungserklärungen sind an keine weiteren gesetzlichen Voraussetzungen, insbesondere auch an keine bestimmte Form, gebunden. Ohne Abgabe einer dieser beiden Erklärungen endet das Mediationsverfahren jedenfalls ex

²⁰⁴ So *Winkler*, ZAS 2008, 244 (246); krit *Burger* in *Resch*, Neuerungen, 17 (22).

²⁰⁵ *Rauch*, Arbeitsrecht⁸, 588.

lege durch Zeitablauf, und zwar mit Beginn des fünften Werktags vor Ablauf des elften bzw 23. Lehrmonats.²⁰⁶

4.1.5. *Auflösungserklärung*

Gem § 15 Abs 2 bedarf jede vorzeitige Auflösung des Lehrverhältnisses zu ihrer Rechtswirksamkeit der **Schriftform**. Gem § 886 ABGB bedeutet das gesetzliche Gebot der Schriftlichkeit im Allgemeinen Unterschriftlichkeit, es sei denn, das Gesetz sieht ausdrücklich eine Ausnahme vor.²⁰⁷ Im Bereich des BAG muss daher mangels einer solchen gesetzlichen Ausnahme davon ausgegangen werden, dass zu einer rechtswirksamen Auflösung des Lehrverhältnisses die eigenhändige Unterschrift des Erklärenden notwendig ist.²⁰⁸

Darüberhinaus bedürfen die Auflösungen durch einen minderjährigen Lehrling in den Fällen des § 15 Abs 1 und 4 (Auflösung während der Probezeit, jederzeit einvernehmlich sowie einseitig bei Vorliegen eines wichtigen Grundes) sowie des **§ 15a** überdies der **Zustimmung des gesetzlichen Vertreters**. Gem § 167 Abs 1 ABGB sind grundsätzlich beide obsorgeberechtigte Elternteile eines Minderjährigen für sich alleine vertretungsbefugt. Gem Abs 2 leg cit es gibt jedoch bestimmte Fälle, in denen die Zustimmung beider obsorgeberechtigter Elternteile zur Rechtswirksamkeit einer Erklärung erforderlich ist. Dazu gehört auch die Zustimmung zur vorzeitigen Auflösung eines Lehrvertrages, weshalb daher zusätzlich zum mj Lehrling selbst auch beide obsorgeberechtigten Elternteile dessen Erklärung der außerordentlichen Auflösung seines Lehrverhältnisses unterzeichnen müssen.²⁰⁹

Sollte eine der Formvorschriften nicht eingehalten werden, so bewirkt deren Mangel die **Rechtsunwirksamkeit** der betreffenden außerordentlichen Auflösungserklärung.²¹⁰ Wird in einem solchen Fall nicht zeitgerecht (dh einen Monat vor dem in Frage kommenden Auflösungsstermin) eine weitere, den Formvorschriften entsprechende Auflösungserklärung an den jeweiligen Erklärungsempfänger gestellt, so ist die außerordentliche Auflösung des Lehrverhältnisses zum angedachten Termin nicht mehr möglich und das Lehrverhältnis bleibt auch über den

²⁰⁶ *Spitzl* in *ZellKomm*², § 15a BAG Rz 11.

²⁰⁷ *Kalss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 (2010), § 886 Rz 2.

²⁰⁸ *Gittenberger*, DRdA 2008, 68 (69).

²⁰⁹ *Gittenberger*, Schriftlichkeit, DRdA 2008, 68.

²¹⁰ *Gittenberger*, Schriftlichkeit, DRdA 2008, 68 (68-69).

angestrebten Auflösungszeitpunkt hinaus weiter bestehen (siehe dazu näher unter Pkt 4.3.2.).

Aus der in § 15a Abs 3 erster Satz statuierten Verpflichtung zur Durchführung eines Mediationsverfahrens ergibt sich, dass die außerordentliche Auflösung **erst nach Beendigung des Mediationsverfahrens** iSd § 15a Abs 6 rechtswirksam erklärt werden kann.²¹¹ Die schriftliche Auflösungserklärung durch den Lehrberechtigten kann somit in jenen Fällen, in denen das Mediationsverfahren durch Abgabe einer Verzichtserklärung des Lehrlings oder einer Beendigungserklärung durch den Mediator endet, unmittelbar nach Abgabe der jeweiligen Erklärung erfolgen. Endet das Mediationsverfahren durch Zeitablauf, so verbleiben dem Lehrberechtigten noch fünf Werktage, um dem Lehrling die schriftliche Auflösungserklärung fristgerecht – also einen Monat vor dem beabsichtigten Auflösungsstermin – zuzustellen.²¹² Das Vorverfahren nach § 105 Abs 1 ArbVG (Verständigung des Betriebsrates zur Stellungnahme) ist mangels gesetzlicher Anordnung nicht zu beachten (siehe dazu insb Pkt 6.3.).

4.1.6. Zugangsprinzip

Wie bereits dargestellt können Arbeitsverhältnisse entweder einvernehmlich, also durch eine Vereinbarung, oder durch einseitige Willenserklärung (Kündigung, Entlassung, vorzeitiger Austritt) aufgelöst werden. **Einseitige Willenserklärungen** entfalten ihre Rechtswirkungen in den Moment, in dem sie dem anderen Vertragsteil zugehen – sie sind somit empfangsbedürftige Willenserklärungen. Hierbei weiter zu unterscheiden sind die nicht fristgebundenen empfangsbedürftigen Willenserklärungen (wie zB die Entlassungserklärung), welche ihre Rechtswirksamkeit mit Zugang entfalten und das Arbeitsverhältnis sofort beenden, von den **fristgebundenen** (wie zB die Kündigungserklärung), bei deren **Zugang** die jeweilige Beendigungsfrist (zB Kündigungsfrist) zu laufen beginnt.²¹³

Die außerordentliche Auflösung gem § 15a ist eine empfangsbedürftige einseitige Willenserklärung, die an eine Frist von einem Monat gebunden ist. Mit ihrem Zugang beginnt also der Lauf der Frist.²¹⁴ Eine solche Willenserklärung gilt nach dem

²¹¹ *Burger in Resch*, Neuerungen, 17 (40).

²¹² *Spitzl in ZellKomm*², § 15a BAG Rz 11.

²¹³ *Rauch*, Arbeitsrecht⁸, 588.

²¹⁴ *Rauch*, Arbeitsrecht⁸, 588.

Zugangsprinzip dann als zugegangen, wenn sie in einer solchen Weise in den Wirkungsbereich des Erklärungsempfängers gelangt ist, dass er von ihr nach menschlichem Ermessen auch tatsächlich Kenntnis erlangen kann.²¹⁵ Die tatsächliche Kenntnis ist daher zur Entfaltung der Rechtswirkungen nicht notwendig. Es reicht, wenn die Auflösungserklärung gem § 15a in den Machtbereich des Empfängers gelangt. Als Zeitpunkt des Zugangs gilt jener, in dem sich der Erklärungsempfänger unter normalen Umständen von dem Inhalt der Erklärung Kenntnis verschaffen kann (zB Einwurf in den Briefkasten des Empfängers zu einer dafür üblichen Tageszeit).²¹⁶ Das bedeutet, dass bei Übermittlung der Erklärung der außerordentlichen Auflösung zur Wahrung der einmonatigen Auflösungsfrist die Tage des Postlaufes nicht einzurechnen sind.

Falls eine Zustellung der Auflösungserklärung nicht möglich ist, weil bspw eine neue Adresse nicht gemeldet wurde oder die Erklärung beim Postamt hinterlegt und nicht abgeholt wurde (obwohl dies leicht möglich wäre), so ist die bisherige Rechtsprechung zur **Zugangsfiktion** anzuwenden. Danach gilt die Erklärung dennoch als zugegangen und der Erklärungsempfänger muss die Zustellung gegen sich wirken lassen.²¹⁷

Erklärungsempfänger ist in Fällen der außerordentlichen Auflösung durch den Lehrling der Lehrberechtigte, um umgekehrten Fall der Lehrling. Eine Zustellung nur an diesen ist nach hA auch dann ausreichend, wenn er noch minderjährig ist, da eine Zustellung an den gesetzlichen Vertreter des mj Lehrlings im BAG nicht zwingend vorgesehen ist.²¹⁸

Um sowohl die einmonatige Auflösungsfrist als auch den jeweils in Frage kommenden Auflösungstermin zu wahren, muss die Auflösungserklärung dem Erklärungsempfänger daher **spätestens am letzten Tag des elften bzw 23. Lehrmonats** zugehen.

²¹⁵ *Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht*³, 613.

²¹⁶ *Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht*² (2008) 43.

²¹⁷ *Rauch, ASoK* 2008, 350 (352); vgl zB OGH 16.6.1999, 9 ObA 114/99 a.

²¹⁸ *Mayr, Die Zwangsmediation in FS Binder*, 299; *Burger in Resch, Neuerungen*, 17 (40); aA *Steinlechner, taxlex* 2008, 350, nach dem eine Zustellung der Auflösungserklärung an den gesetzlichen Vertreter eines mj Lehrlings erforderlich ist.

4.1.7. Nachfolgende Mitteilungspflichten

Gem § 15a Abs 7 hat im Falle der Auflösung „*der Lehrberechtigte der Lehrlingsstelle die Erklärung der außerordentlichen Auflösung des Lehrverhältnisses unverzüglich mitzuteilen. Die Lehrlingsstelle hat die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice von der Erklärung der außerordentlichen Auflösung eines Lehrverhältnisses unverzüglich in Kenntnis zu setzen, um einen reibungslosen Ausbildungsübertritt zu gewährleisten*“²¹⁹.

Die **Mitteilung an die Lehrlingsstelle** hat der Lehrberechtigte auch in jenen Fällen vorzunehmen, in denen das Lehrverhältnis nicht durch ihn sondern durch den Lehrling außerordentlich aufgelöst wurde. Anders als in den Auflösungsfällen des § 15 steht dem Lehrberechtigten die vierwöchige Frist des § 9 Abs 9 lit d zur Mitteilung nicht offen, diese hat im Falle einer außerordentlichen Auflösung vielmehr **unverzüglich**, dh ohne unnötige Verzögerung, zu erfolgen. Die Lehrlingsstelle wiederum hat ihrerseits ebenfalls unverzüglich die regional zuständige Geschäftsstelle des AMS von der Auflösung zu informieren. Laut § 15a Abs 7 letzter Satz ist dies erforderlich „*um einen reibungslosen Ausbildungsübertritt zu gewährleisten*“.

Teilt der Lehrberechtigte die erfolgte außerordentliche Auflösung der Lehrlingsstelle nicht oder nicht unverzüglich mit, so berührt dies die Rechtswirksamkeit der Auflösung nicht (anders als bei Missachten der Mitteilungspflicht des § 15a Abs 3) – andernfalls könnte der Lehrberechtigte die durch den Lehrling erklärte außerordentliche Auflösung verhindern.²²⁰

Das AMS hat dann gem §§ 38d und 38e AMSG²²¹ (der sog **Ausbildungsgarantie**) innerhalb von drei Monaten ab Information durch die Lehrlingsstelle dem an der Fortsetzung seiner Ausbildung interessierten minderjährigen Lehrling einen Ausbildungsplatz zu vermitteln.²²²

Es sind neben der Mitteilungspflicht des §15a Abs 7 vom Lehrberechtigten auch noch **weitere Meldepflichten** nach einer außerordentlichen Auflösung des

²¹⁹ BGBl 1969/142 idF BGBl I 2012/38.

²²⁰ *Burger in Resch*, Neuerungen, 17 (47).

²²¹ BGBl 1994/313 idGF.

²²² *Spitzl* in ZellKomm², § 15a BAG Rz 19.

Lehrverhältnisses zu beachten. So muss er gem § 24 Abs 3 SchPflG²²³ binnen zwei Wochen nach Auflösung des Lehrverhältnisses die Berufsschule verständigen und gem § 33 Abs 1 ASVG²²⁴ binnen einer Woche nach Beendigung den jeweils zuständigen Krankenversicherungsträger. Die Missachtung dieser Meldepflichten hat ebenso keinen Einfluss auf die Rechtswirksamkeit der außerordentlichen Auflösungserklärung, kann aber jedenfalls verwaltungsstrafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.²²⁵

4.1.8. Kostentragung und Förderwesen

Inhalt dieses Kapitels soll die Kostentragung und das Förderwesen in Hinblick auf das **Mediationsverfahren** des Ausbildungsübertrittes sein, nicht jedoch die betriebliche Lehrstellenförderung, welche – um ua einen Anreiz für die Schaffung neuer Lehrstellen iSd Jugendbeschäftigungspakets zu geben²²⁶ – ebenfalls im Zuge der BAG Novelle 2008 eingeführt wurde. Letztere wird seither als betriebsbezogenes Förderungssystem über die Lehrlingsstellen der WK unter Einbindung der AK abgewickelt (sog „Lehrstellenförderung Neu“²²⁷).²²⁸

In § 15a Abs 5 letzter Satz wird die **ausschließliche Kostentragung des gesamten Mediationsverfahrens durch den Lehrberechtigten** angeordnet. Diese umfasst zum einen das Honorar des Mediators und die Kosten der Bereitstellung einer geeigneten Räumlichkeit, zum anderen auch die Entgeltfortzahlung des Lehrlings für diesen Zeitraum und dessen erforderliche Fahrtkosten, falls die Mediation außerhalb des Lehrbetriebes stattfindet.²²⁹ Da im Bereich der Lehrlingsmediation keine einheitlichen Honorarsätze (wie bspw im Bereich der geförderten Familienmediation gem § 39c FLAG²³⁰, bei der eine Stunde 182 Euro pro Mediatorenteam kostet²³¹ und wovon die Medianden lediglich einen anhand ihrer Einkommenslage errechneten Selbstbehalt bezahlen müssen) vorgesehen sind, hängen die konkreten Kosten für das

²²³ BGBl 1985/76 idF BGBl I 2001/75.

²²⁴ BGBl 1955/189 idF BGBl I 2007/31.

²²⁵ Vgl § 111 ASVG; § 24 Abs 4 SchPflG.

²²⁶ Kohl, Die neue betriebliche Lehrstellenförderung, DRdA 2008, 538 (541).

²²⁷ Siehe dazu näher Kohl, DRdA 2008, 538.

²²⁸ Aubauer/Neumann, Jugendbeschäftigungspaket, taxlex 2008, 304 (305).

²²⁹ Burger in Resch, Neuerungen, 17 (33).

²³⁰ BGBl 1967/376 idgF.

²³¹ Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend,

<http://www.bmwfj.gv.at/familie/trennungundscheidung/seiten/mediation.aspx>
[30.04.2013].

Mediationsverfahren in der Praxis vom jeweiligen Honorarsatz des beauftragten Mediators und der Anzahl sowie Dauer der in Anspruch genommenen Sitzungen ab. Gesetzlich mindestens vorgesehen ist gem § 15a Abs 6 jedenfalls ein Mediationsgespräch, eine Mindestdauer für dieses gibt es nicht.

Ob der Lehrberechtigte auch die **Kosten des/der gesetzlichen Vertreter/s oder der Vertrauensperson des Lehrlings** (zB Fahrtkosten, Verdienstausschlag während des Zeitraums der Mediation, Kosten für die Kinderbetreuung während dieser Zeit, etc) zu tragen hat ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt und wurde auch in der Lehre bisher nicht thematisiert. Zwar sieht das Gesetz eine Teilnahme dieser Personen am Verfahren jedenfalls (im Falle des/der gesetzlichen Vertreter/s des Lehrlings) bzw auf Wunsch des Lehrlings (Vertrauensperson) vor, der Ersatz ihrer Kosten ist jedoch mE vom Zweck der Kostentragungsregel des § 15a Abs 5 nicht erfasst. Dieser ist wohl, dass dem **Lehrling** keinerlei Kosten für ein Verfahren anfallen sollen, welches allein der Lehrberechtigte als sein Arbeitgeber anstrebt und einleitet. ME können also die diesen Personen im Zusammenhang mit dem Mediationsverfahren entstehenden Kosten **nicht** unter den Begriff „Kosten des Mediationsverfahrens“ subsumiert werden und sind nicht vom Lehrberechtigten zu tragen.

Zu den **finanziellen Fördermöglichkeiten** der durch den Lehrberechtigten zu bezahlenden Mediation ist zunächst zu bemerken, dass auf Bundesebene eine staatliche Förderung der Lehrlingsmediation (im Gegensatz zur oben angesprochenen geförderten Familienmediation) nicht vorgesehen ist. Es obliegt jedoch der jeweiligen Landesregierung innerhalb ihres Wirkungskreises im Rahmen regionaler Zielprogramme eine solche Förderung einzuführen. Auf Anfrage bei der WK Kärnten, wo für Lehrberechtigte im Jahr 2012 noch die Möglichkeit bestand eine finanzielle Unterstützung für eine Lehrlingsmediation zu beantragen, (diese war jedoch an zwei Bedingungen geknüpft: zum einen konnten eine solche Förderung nur Mitgliedsbetriebe der WK beantragen und zum anderen wurde sie nur dann gewährt, wenn speziell geschulte „Lehrlingsmediatoren“, die mit den Besonderheiten des Verfahrens vertraut sind und Erfahrungen im Umgang mit Jugendlichen haben, mit

der Mediation betraut werden²³²) wird auf das Fehlen einer solchen Förderungsbestimmung der derzeitigen Landesregierung verwiesen.²³³

4.1.9. Beispiel

Diese soeben dargestellten formellen Obliegenheiten des Lehrberechtigten, deren Erfüllung das Gesetz als Bedingung der Wirksamkeit der außerordentlichen Auflösung normiert²³⁴, führen dazu, dass der Lehrberechtigte nicht nur ein relativ umfangreiches mehrstufiges Verfahren durchzuführen hat, sondern dabei auch eine Reihe von zusätzlichen Terminen (für Mitteilungen und Erklärungen) zu beachten hat. Im Folgenden soll anhand eines Beispiels dargestellt werden, wie und vor allem wann eine außerordentliche Auflösung durch den Lehrberechtigten in der Praxis konkret ablaufen muss.

- Der sechzehnjährige Lehrling X schließt mit dem Lehrberechtigten Y einen Lehrvertrag über die Ausbildung zum Maurer ab. X und Y vereinbaren im Lehrvertrag, dass das Lehrverhältnis am **1.5.2012 beginnt**. Die für eine Ausbildung als Maurer lehrberufslistenmäßig vorgesehene Lehrzeit beträgt eigentlich drei Jahre²³⁵, jedoch hat X bereits zwölf Monate Lehrzeit im Lehrberuf Maurer bei einem anderen Lehrberechtigten zurückgelegt. Dieses Jahr ist ihm gem § 12 Abs 5 Maurer/Maurerin Ausbildungsordnung auf seine Lehrzeit bei Y voll anzurechnen. Daher vereinbaren X und Y im Lehrvertrag eine **Lehrdauer von zwei Jahren**. Diesen Lehrvertrag unterzeichnen auch die obsorgeberechtigten Eltern von X, A und B, da X zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch minderjährig ist.
- Ein halbes Jahr später will Y das Lehrverhältnis mit X aufgrund von immer wiederkehrenden Reibereien zwischen den beiden zum erstmöglichen Termin außerordentlich auflösen. Als Termin für die Auflösung kommt für Y nur mehr der **Ablauf des letzten Tages des 24. Monats der Lehrzeit** in Frage, da X zwar erst ein Jahr bei ihm in der Lehre ist, sich dieser jedoch aufgrund seiner anrechenbaren Vorlehrzeit bereits im zweiten Lehrjahr befindet. In Frage kommt also eine Auflösung zum **30.4.2013**.

²³² Zum selben Ergebnis kommt auch *Herdlitzka*, Lehrlingsmediation – Ausbildungsübertritt nach § 15a BAG, Ansätze zur Prozessoptimierung auf Unternehmerseite am Beispiel Kärnten (2012) 41.

²³³ Stand 30.04.1013.

²³⁴ *Winkler*, ZAS 2008, 244 (245).

²³⁵ Maurer/Maurerin-Ausbildungsordnung, BGBl II 2008/104.

- Spätestens drei Monate vor dem beabsichtigten Auflösungsstermin – also am **31.1.2013** – muss Y den X, die Lehrlingsstelle sowie (da beides im Betrieb eingerichtet ist und X noch minderjährig ist) auch noch den Arbeiterbetriebsrat und den Jugendvertrauensrat von der geplanten außerordentlichen Auflösung und dem geplanten Mediationsverfahren informieren.
- Spätestens bis zum Ende des 22. Lehrmonats – also am **28.2.2013** – muss Y einen geeigneten und gem § 15a Abs 5 ausgewählten Mediator mit der Durchführung des Mediationsverfahrens beauftragen. Weil Y den Mediator auch tatsächlich am letztmöglichen Tag beauftragt und gem § 15a Abs 6 das Mediationsverfahren jedenfalls mit Beginn des fünften Tages vor Ablauf des elften bzw 23. Lehrmonats endet, haben X und Y somit **für das Durchführen des Mediationsverfahrens 26 Tage (davon 17 Werktage) Zeit.**
- Es findet in weiterer Folge auch ein Mediationsgespräch unter Anwesenheit des Y, des X und dessen Mutter A statt, dieses führt jedoch zu keinem konkreten Ergebnis. Somit endet das Mediationsverfahren ex lege durch Zeitablauf, und zwar am Beginn des fünften Werktages vor Ablauf des 23. Lehrmonats – also am Morgen des **26.3.2013**.
- Y hat also vom 26.3.2013 bis zum **31.03.2013** Zeit dem X eine schriftliche Auflösungserklärung zuzustellen. Da er dies fristgerecht erledigen kann endet das Lehrverhältnis am **30.4.2013**. Y muss nun noch unverzüglich die Lehrlingsstelle von der Auflösung informieren und binnen 14 Tagen, also spätestens am 14.5.2013, auch die Berufsschule.

Um den Lehrberechtigten die Inanspruchnahme der Beendigungsmöglichkeit des Ausbildungsübertrittes zu erleichtern bieten einige Stellen für jeden dieser Verfahrensschritte online Merkblätter²³⁶ oder eigene Formulare an, die nur noch ausgedruckt, ausgefüllt, von den jeweils erforderlichen Personen unterfertigt und zeitgerecht an den oder die jeweiligen Erklärungsempfänger zugestellt werden müssen.²³⁷ Auch unterschiedlichste grafische Darstellungen in Ratgebern für Arbeitgeber oder allgemeinen Informationsbroschüren zum Ausbildungsübertritt

²³⁶ So bspw die *WKO* unter http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=405895&DstID=0 [19.4.2013].

²³⁷ So bspw die *WKNÖ* unter <http://wko.at/wknoe/ba/formulare/Ausbildungsuebertritt.pdf> [19.4.2013].

sollen den Beteiligten zu einer detaillierten Übersicht über das Verfahren des Ausbildungsübertrittes verhelfen, wie bspw die folgende.

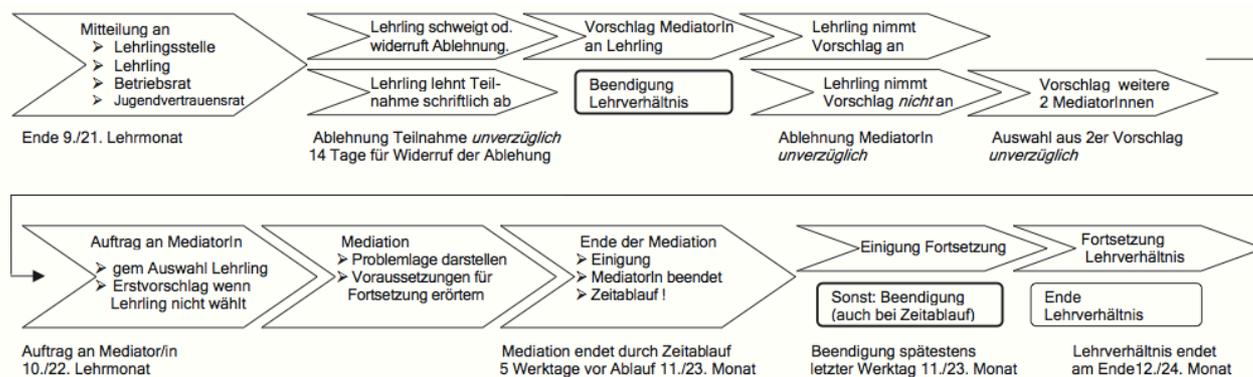


Abb 2 (Dr. Bernhard Wisleitner für die *Experts-Group WirtschaftsMediation*)²³⁸

4.2. Anwendungsbereich

Grundsätzlich können **alle Lehrverhältnisse** iSd BAG – nach hA auch solche die vor dem 28.06.2008²³⁹ abgeschlossen wurden – nach den Bestimmungen des § 15a außerordentlich aufgelöst werden.²⁴⁰ (Da die maximale Lehrzeit vier Jahre beträgt²⁴¹, ist diesbezüglich aufgrund einer fehlenden Übergangsbestimmung entstandene Uneinigkeit in der Lehre über die zeitliche Einschränkung des Anwendungsbereiches mittlerweile nur noch für verlängerte Lehrverhältnisse nach § 8b Abs 1 relevant – im Rahmen der integrativen Berufsausbildung kann bei diesen Lehrverhältnissen die sich auf Grund der Lehrberufsliste ergebende Lehrzeit um maximal zwei Jahr verlängert werden, sofern dies zur Erreichung der Lehrabschlussprüfung notwendig ist.²⁴²)

In den § 15a Abs 2 und § 30 Abs 7 finden sich jedoch zwei Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Ausbildungsübertrittes.

²³⁸ WKO,

https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/infoblatt_lehrlingsmediation.pdf [20.05.2014].

²³⁹ § 36 Abs 6 BAG.

²⁴⁰ So zB *Burger* in *Resch*, Neuerungen, 17 (23); aA *Koch*, NEU: Lehrvertragsauflösung nach Mediation gesetzlich verankert, taxlex 2008, 392, nach welcher nur nach dem 28.06.2008 begonnene Lehrverhältnisse außerordentlich auflösbar sind.

²⁴¹ Vgl *Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend*, <http://www.bmwfj.gv.at/Berufsausbildung/LehrberufeInOesterreich/Seiten/default.aspx> [13.08.2012].

²⁴² *Preiss/Spitzl* in *ZellKomm*², § 8b BAG Rz 4.

- Gem § 15a Abs 2 gibt es für Ausbildungsverträge gemäß § 8b Abs 2 (integrative Berufsausbildung) keine Möglichkeit der außerordentlichen Auflösung. Dies dient dem Schutz von benachteiligten Lehrlingen, mit denen die Festlegung einer **Teilqualifikation im Rahmen einer integrativen Berufsausbildung** vereinbart wurde²⁴³. Diese kann dann vorgesehen werden, wenn die Erreichung des Lehrabschlusses nicht möglich ist und die Teilqualifikation die Beschäftigungschancen am Arbeitsmarkt nachhaltig erhöht.²⁴⁴ Lehrverhältnisse nach § 8b Abs 2 können also vorzeitig nur im beiderseitigen Einvernehmen aufgelöst werden. E contrario besteht daher bei verlängerten Lehrverhältnissen im Rahmen einer integrativen Berufsausbildung nach § 8b Abs 1 aber sehr wohl eine Auflösungsmöglichkeit gem § 15a, da jene nach § 8 Abs 2 vom Anwendungsbereich des § 15a ausgenommen sind.²⁴⁵

- Auch auf **Lehrverhältnisse in überbetrieblichen Ausbildungseinrichtungen** findet § 15a aufgrund der Ausnahme in § 30 Abs 7 keine Anwendung. Diese sind zwar den Lehrverhältnissen gleichgestellt, jedoch können sie weder vom Träger der Ausbildungseinrichtung noch vom Auszubildenden außerordentlich aufgelöst werden. Grund dafür ist wohl der Gedanke, dass diese Lehrlinge Personen sind, die nicht dazu in der Lage waren, einen passenden Lehrplatz zu finden (dies womöglich nach einer außerordentlichen Auflösung ihres vorherigen Lehrverhältnisses) und darum das „Sicherheitsnetz“ der überbetrieblichen Ausbildungseinrichtung in Anspruch nehmen. Gerade hier sollen sie ja die möglichst sichere Chance haben, ihre Ausbildung im Lehrberuf zu beenden.²⁴⁶

4.3. Rechtsfolgen einer außerordentlichen Auflösung

Hinsichtlich der Rechtsfolgen einer außerordentlichen Auflösung ist danach zu unterscheiden, ob das Lehrverhältnis unter Einhaltung aller soeben dargestellten gesetzlichen Voraussetzungen erfolgt ist oder nicht. Im ersten Fall spricht man dabei von einer zulässigen außerordentlichen Auflösung, im zweiten Fall von einer unzulässigen.

²⁴³ *Burger in Resch, Neuerungen*, 17 (23).

²⁴⁴ *Preiss/Spitzl in ZellKomm²*, § 8b BAG Rz 5.

²⁴⁵ *Spitzl in ZellKomm²*, § 15a BAG Rz 2.

²⁴⁶ *Burger in Resch, Neuerungen*, 17 (23).

4.3.1. Rechtsfolgen einer zulässigen außerordentlichen Auflösung

Eine rechtswirksame außerordentliche Auflösung bewirkt das Ende des Lehrverhältnisses zum jeweiligen Auflösungstermin.

Grundsätzlich stehen einem Lehrling bei Beendigung seines Lehrverhältnisses jene Ansprüche zu, die auch im Falle der Beendigung von regulären Arbeitsverhältnissen entstehen. So bspw auch die sog **Urlaubersatzleistung** gem § 10 UrlG, die in jenen Fällen, in denen ein Arbeitsverhältnis beendet wird, bevor der Arbeitnehmer den ihm zustehenden Urlaub konsumieren konnte, als entsprechendes Surrogat an die Stelle des Naturalurlaubs tritt.²⁴⁷ Mit Ende des Lehrverhältnisses ist daher eine allenfalls in Frage kommende Urlaubersatzleistung abzurechnen.²⁴⁸

Wurde das Lehrverhältnis durch den Lehrberechtigten während einer Arbeitsverhinderung wegen Arbeitsunfalls oder Berufskrankheit aufgelöst, so besteht ein Anspruch des Lehrlings auf **Fortzahlung eines Teilentgeltes gem § 17a Abs 4** für die Dauer von maximal vier Wochen (dazu eingehend unter 5.4.3.). Maßgeblicher Zeitpunkt für die den Anspruch begründende Arbeitsverhinderung ist der Auflösungszeitpunkt.²⁴⁹

4.3.2. Rechtsfolgen einer unzulässigen außerordentlichen Auflösung

Grundsätzlich beenden auch Auflösungen, die nicht nach den dafür vorgesehenen Vorschriften erfolgt sind, wie bspw terminwidrige Kündigungen oder ungerechtfertigte Entlassungen, ein Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung bzw zum angestrebten Termin. Es kann daher ein davon betroffener Arbeitnehmer nur Schadenersatzansprüche gem § 1162b ABGB (in Form der im Bereich des Arbeitsverhältnisses sog **Kündigungsentschädigung**) geltend machen.²⁵⁰ Die Höhe dieser Kündigungsentschädigung hängt davon ab, inwieweit dem Arbeitnehmer bei ordnungsgemäßer Beendigung seines Arbeitsverhältnisses vertragliche Entgeltansprüche zugestanden wären²⁵¹ – es soll also der Arbeitnehmer so gestellt

²⁴⁷ Löschnigg, Arbeitsrecht¹¹, Kap 6 Rz 730.

²⁴⁸ Rauch, ASoK 2008, 350 (353).

²⁴⁹ Winkler, ZAS 2008, 244 (247).

²⁵⁰ Gagawczuk/Thamm, Arbeitsrechtliche Ansprüche von A-Z⁴ (2011) Rz 133.

²⁵¹ Rauch, Die Auswirkungen der neuen außerordentlichen Auflösung von Lehrverhältnissen auf die Kündigungsentschädigung, ASoK 2009, 23 (23).

werden, wie er stünde, wäre das Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß beendet worden.²⁵²

Genießt der von einer solchen nicht nach den jeweils einzuhaltenden Voraussetzungen erfolgten Beendigung seines Arbeitsverhältnisses betroffene Arbeitnehmer jedoch einen **besonderen Kündigungsschutz** (bspw gem MSchG, VKG, etc), so ist die unberechtigte Kündigung bzw ungerechtfertigte Entlassung **rechtsunwirksam**. Der Arbeitnehmer hat dann die Möglichkeit, zwischen der Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses und dem Anspruch auf Kündigungsschädigung zu wählen.²⁵³

a.) Meinungsstand

Im Gegensatz dazu bleibt das Lehrverhältnis im Falle einer außerordentlichen Auflösung, die aufgrund einer Verletzung des Schriftformgebotes, einer frist- oder terminwidrigen Auflösungserklärung, einer Auflösungserklärung durch einen mJ Lehrling ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, einer Verletzung der Mitteilungspflichten des Lehrberechtigten gem § 15a Abs 3 erster Satz, eines nicht durchgeführten oder nicht iSd § 15a Abs 6 beendeten Mediationsverfahrens nicht rechtswirksam zustande gekommen ist²⁵⁴, nach der einem Teil der Lehre über den angesteuerten Auflösungszeitpunkt hinaus weiter bestehen. Die unzulässige außerordentliche Auflösung entfaltet nach dieser Ansicht **keine Rechtswirkung**.²⁵⁵

Ein durch die Anordnung des § 15a Abs 8 von einem besonderen Bestandschutz begünstigte Lehrling kann **zwischen der Fortsetzung seines Lehrverhältnisses und einer Schadenersatzzahlung** gem § 1162b ABGB (bei Lehrlingen wird nicht von einer Kündigungsschädigung gesprochen, da eine Kündigung im Lehrverhältnis nicht möglich ist²⁵⁶) **wählen**.²⁵⁷

Nach einer anderen, in der Lehre ebenfalls vertretenen, Ansicht kann auch ein nicht vom besonderen Bestandschutz umfasster Lehrling Schadenersatz gem § 1162b ABGB analog geltend machen. Wird das Lehrverhältnis etwa im vierten Lehrmonat

²⁵² Thomas in Mazal/Hutter (Hrsg), Fachlexikon Arbeitsrecht (2012) 399.

²⁵³ Gagawczuk/Thamm, Arbeitsrechtliche Ansprüche⁴, Rz 133.

²⁵⁴ Winkler, ZAS 2008, 244 (247).

²⁵⁵ So zB Burger, ZAS 2010, 162 (169).

²⁵⁶ Rauch, ASoK 2009, 23 (23).

²⁵⁷ Vgl zur Kündigungsschädigung im Fall einer außerordentlichen Auflösung insb Rauch, ASoK 2009, 23; ebenso Burger, ZAS 2010, 162 (169).

außerordentlich aufgelöst, so wird nach dieser Ansicht das **Lehrverhältnis dennoch rechtswirksam beendet**. Dabei soll dem Lehrling aber ein Schadenersatzanspruch bis zum Ende des 12. bzw 24 Monats zustehen, weil erst zu diesem Zeitpunkt das Lehrverhältnis vom Lehrberechtigten ordnungsgemäß nach § 15a hätte beendet werden können.²⁵⁸

Während also nach einer Ansicht die unwirksame außerordentliche Auflösung schlichtweg keine Rechtswirkung entfaltet, so beendet nach einer anderen Ansicht auch diese das Lehrverhältnis (wobei dem Lehrling dabei gleichzeitig ein Schadenersatzanspruch gem § 1162b ABGB entsteht). Obwohl für die erste Ansicht der dem BAG immanente Schutzgedanke und die daraus resultierende Priorität des Fortbestands des Ausbildungsverhältnisses sprechen, so kann aufgrund des (unter Pkt 6. noch eingehend dargestellten) Rechtscharakters der außerordentlichen Auflösung als de-facto Kündigung auch die zweite Ansicht auf den ersten Blick überzeugen.

b.) Eigene Ansicht

ME ist die sachgerechteste Lösung aber wohl die Annahme eines **Wahlrechts** auch im Falle nicht vom besonderen Bestandgeschutz umfasster Lehrlinge, wie etwa im Falle einer unberechtigten Entlassung.²⁵⁹ Aufgrund einer planwidrigen Gesetzeslücke (fehlende ausdrückliche Regelung der Rechtsfolgen im Falle einer unzulässigen außerordentlichen Auflösung) kann im Wege einer Analogie die für den Fall besonders bestandgeschützter Lehrlinge nach dem BAG anzuwendende Regelungen (Verweis auf das MSchG, VKG, APSG und ArbVG in § 15a Abs 8) auch auf nicht besonders bestandgeschützte Lehrlinge ausgeweitet werden. Damit kann sowohl dem Schutzgedanken des BAG und dem Ausbildungscharakter der Lehre Rechnung getragen werden (durch den Fortbestand des nicht korrekt beendeten Lehrverhältnisses), als auch der Tatsache, dass die außerordentliche Auflösung funktionell nichts anderes als eine Kündigung ist (durch ein Wahlrecht des Lehrlings die an sich ungültige Auflösung dennoch gegen sich wirken zu lassen und den Schadenersatz in Anspruch zu nehmen). Auch entspricht eine solche Lösung ganz dem Willen des Gesetzgebers, der zwar eine willkürliche Auflösung durch den

²⁵⁸ *Rauch*, ASoK 2009, 23 (26); aA bspw *Burger*, ZAS 2010, 162 (196), nach dem eine Kündigungsentschädigung nur im Fall eines besonders bestandgeschützten Lehrverhältnisses zusteht.

²⁵⁹ Ebenso *Spitzl* in *Zellkomm*², § 15a BAG Rz 18.

Lehrberechtigten mit der Konstruktion des § 15a ja ausdrücklich hintanhaltend will²⁶⁰, aber gleichzeitig doch ein gewisses Flexibilitätselement²⁶¹ integrieren möchte.

Ein Lehrling, dessen Lehrverhältnis unzulässigerweise außerordentlich aufgelöst wurde, hat also ein **Wahlrecht** zwischen der Geltendmachung des aufrechten Bestands des Lehrverhältnisses und der Fügung in die Beendigung samt Schadenersatzanspruch gem § 1162 ABGB analog.²⁶²

4.3.3. *Tatsächliche Relevanz des § 15a?*

Die von der WK veröffentlichten Zahlen zeigen, dass die **neue Auflösungsmöglichkeit in der Praxis kaum genutzt wird**: so wurden bspw in Wien im Jahre 2009 insgesamt 3.121 Lehrverträge gelöst, jedoch nur neun Fälle davon im Wege eines Ausbildungsübertrittes (das entspricht 0,3% aller Lösungen).²⁶³ 2010 wurde der § 15a BAG in 0,4% aller aufgelösten Lehrverhältnisse in Anspruch genommen.²⁶⁴ 2011 und auch 2012 war dies wieder in nur 0,3% aller Beendigungen der Fall.²⁶⁵ Auch bundesweit zeigt die Lehrlingsstatistik der WKO, dass sich der Ausbildungsübertritt bisher keiner allzu großen Beliebtheit erfreut: in nur 40 Fällen kam er 2009 zur Anwendung, 2010 in 47 Fällen.

So hoch also im Vorfeld die bereits unter Pkt 3.3. dargestellten Erwartungen der Politik an die Praxisrelevanz der außerordentlichen Auflösung waren, so **niedrig ist ihre tatsächliche Bedeutung**. Neben der zahlreichen im Laufe der Parlamentsdiskussion geäußerten Erwartungen einiger Abgeordneten an die neue Auflösungsform sprachen sich auch in den Stellungnahmen zum ME zehn von 18 Stellen ausdrücklich für die Einführung des § 15a aus. Fünf von ihnen schlugen angesichts der zu erwartenden zahlreichen Lehrlingsmediationen gleich spezielle Ausbildungen der Mediatoren vor, damit diese der neuen Situation auch gewachsen seien.

Mangels umfassender empirischer Forschung und fehlender Evaluierung durch den Gesetzgeber kann nicht mit Sicherheit gesagt werden, woran genau die

²⁶⁰ *BMWA*, 162/ME 23. GP 3ff.

²⁶¹ *BMWA*, 162/ME 23. GP 5.

²⁶² Ebenso *Spitzl* in *Zellkomm*², § 15a BAG Rz 18.

²⁶³ *WK Wien*, Lehrlinge in Wien 2009, Wien 2010, 12.

²⁶⁴ *WK Wien*, Lehrlinge in Wien 2010, Wien 2011, 14.

²⁶⁵ *WK Wien*, Lehrlinge in Wien 2011 (2012) 14; *WK Wien*, Lehrlinge in Wien 2012 (2013) 14.

Inanspruchnahme der Auflösungsmöglichkeit des § 15a scheitert. *Neubauer*²⁶⁶ hat sich dieser Frage angenommen und exemplarisch mittels der Befragung von Lehrlingen, Mediatoren und Vertretern der Sozialpartner das praktische Problem der außerordentlichen Auflösung zu benennen versucht. Als Ergebnisse nannte er insbesondere das Informationsdefizit zum Lehrlingsrecht im Allgemeinen und zur außerordentlichen Auflösung im Speziellen, die starren Auflösungsstermine und einzuhaltenden Fristen des § 15a sowie gewisse Vorbehalte gegen die Mediation als Konfliktlösungsmechanismus per se.²⁶⁷

²⁶⁶ *Neubauer*, Lehrlingsmediation – ein Versuch der Evaluierung (2013).

²⁶⁷ *Neubauer*, Lehrlingsmediation, 66-67.

5. Die juristischen Aspekte des § 15a

Nachdem in den vorigen Kapiteln das Verfahren der außerordentlichen Auflösung und seine rechtlichen Parameter bereits in den Grundzügen dargestellt wurden, sollen sich die folgenden beiden Kapitel den juristischen Problemen im Detail widmen.

5.1. Auflösungstermine und -fristen

Wie bereits mehrfach erwähnt, ist die außerordentliche Auflösung nach § 15a ein einseitiges frist- und termingebundenes Rechtsinstrument zur Auflösung von Lehrverträgen. Das genaue Verfahren der Auflösung und die dabei konkret zu beachtenden Fristen und Termine hängen davon ab, ob der Lehrling oder der Lehrberechtigte die Auflösung geltend machen möchten. In **beiden Fällen gleichermaßen** zu beachten sind hierbei jedoch die beiden möglichen Beendigungstermine des Lehrverhältnisses (dieses ist nur zu zwei Zeitpunkten innerhalb der gesamten Lehrzeit außerordentlich auflösbar), die Formvorschriften für die Auflösungserklärung und die Bestimmungen über den Fristenlauf.

Gem § 15 Abs 1 kann das Lehrverhältnis nur zum **Ablauf des letzten Tages des zwölften Monats der Lehrzeit** und bei Lehrberufen mit einer festgelegten Dauer der Lehrzeit von drei, dreieinhalb oder vier Jahren überdies **zum Ablauf des letzten Tages des 24. Monats der Lehrzeit** unter Einhaltung einer Frist von einem Monat außerordentlich aufgelöst werden.

Das bedeutet, dass Lehrverhältnisse mit einer festgelegten Dauer von zwei oder zweieinhalb Jahren nur zu **einem Zeitpunkt**, nämlich zum Ablauf des letzten Tages des 12. Monats der Lehrzeit, außerordentlich auflösbar sind, während für Lehrverhältnisse mit einer festgelegten Lehrdauer von drei oder mehr Jahren jeweils **zwei** Auflösungstermine zur Verfügung stehen.

Um nun den konkreten Beendigungstermin zu ermitteln ist zunächst zu beachten, dass § 15a Abs 1 auf die **Monate der Lehrzeit** und nicht die des Kalenderjahres abstellt. Das heißt der letzte Tag des 12. bzw 24. Monats der Lehrzeit muss nicht zwingend auch der letzte Tag des Kalendermonats sein.²⁶⁸ Endet daher das 12. bzw

²⁶⁸ *Burger in Resch, Neuerungen*, 17 (24).

24. Monat der Lehrzeit während eines Kalendermonats, kommt es zu keiner Erstreckung auf den Monatsletzten.²⁶⁹

5.1.1. Dauer der Lehrzeit?

Es stellt sich in weiterer Folge die Frage, was nun iSd § 15a konkret unter der vom Gesetzgeber verwendeten Formulierung „**Dauer der Lehrzeit**“ zu verstehen ist. Denn zum einen könnte damit die in den Berufsbildern durch Verordnung generell-abstrakt festgelegte Dauer der jeweiligen Ausbildung gemeint sein, zum anderen jedoch die durch den Lehrvertrag individuell-konkret festgelegte Dauer des Lehrverhältnisses.²⁷⁰

Diese Differenzierung ist nun im Hinblick auf die Bestimmung des § 13 Abs 1, nach welcher der Lehrvertrag für die für den Lehrberuf festgesetzte Dauer der Lehrzeit abzuschließen ist, idR nur eine theoretische, da die Dauer der Lehrzeit und die Dauer des Lehrverhältnisses dadurch in den meisten Fällen übereinstimmen. Allerdings kann sie in bestimmten Fällen auch praktisch relevant sein. So kann sich die tatsächliche Lehrzeit etwa in den Fällen des § 13 Abs 1 **verlängern oder verkürzen** – nämlich aufgrund anrechenbarer Vorlehr- oder Schulzeiten, einer nicht bestandenen Lehrabschlussprüfung oder einer Ausbildung in mehreren Betrieben – und dadurch von der für den jeweiligen Lehrberuf generell festgelegten Lehrzeit abweichen.²⁷¹ Für die Feststellung, wann ein konkretes Lehrverhältnis, dessen Vertragsdauer von der abstrakten Lehrzeit des Berufsbildes abweicht, nun außerordentlich aufgelöst werden kann, ist es daher durchaus bedeutsam, welche der beiden dargestellten Zeiten als „Lehrzeit“ iSd § 15a heranzuziehen ist.

Welche dieser beiden Zeiten nun die für den Auflösungsstermin maßgebende sein soll geht aus dem Gesetzeswortlaut nicht eindeutig hervor und ist in der Lehre **umstritten**.

a.) Meinungsstand

Es ergibt sich nach der hL²⁷² im Sinne einer systematischen Interpretation aus dem Verweis des Gesetzgebers in § 15a Abs 1 auf die festgelegte Dauer der Lehrzeit von

²⁶⁹ Spitzl in ZellKomm², § 15a BAG Rz 3.

²⁷⁰ Burger, ZAS 2010, 162 (162).

²⁷¹ Burger in Resch, Neuerungen, 17 (24-25).

²⁷² So zB Burger, ZAS 2010, 162 (162); Schrank, ASR³⁵, 72/II; aA Winkler, ZAS 2008, 244 (245); Spitzl in ZellKomm², § 15a BAG Rz 5, demzufolge bei verkürzter Lehrzeit der letzte Tag

„drei, dreieinhalb oder vier Jahren“, dass auch in jenen Fällen, in denen die Dauer des Lehrverhältnisses von der Lehrzeit der Berufsbilder abweicht, darunter die **generell-abstrakte Dauer** der Lehrzeit iSd § 6 zu verstehen ist.²⁷³ Das bedeutet, dass auch in Fällen verkürzter oder verlängerter Lehrzeiten zur Berechnung des konkreten Auflösungsstermins gem § 15a die abstrakte Lehrzeit je nach Berufsbild heranzuziehen ist.

b.) Eigene Ansicht

Gleiches wird mE konsequenterweise auch für jene Lehrverträge gelten, die im Rahmen einer integrativen Berufsausbildung gem § 8b Abs 1 (**integrative Lehrausbildung mit verlängerter Lehrzeit**) abgeschlossen wurden. Die Auflösungsstermine orientieren sich auch hier an der in der jeweiligen Verordnung des BMFW für den konkreten Lehrberuf generell-abstrakt festgelegten Dauer der Lehrzeit und nicht an der im Einzelfall festgelegten Vertragsdauer.²⁷⁴

Die in den jeweiligen Berufsbildern festgelegte Dauer der Lehrzeit als maßgeblicher Parameter für die Bestimmung des konkreten Auflösungsstermins ist auch mE zweifelsohne die methodisch korrekt ermittelte und daher anzuwendende Interpretation des unbestimmten Gesetzesbegriffes „Dauer der Lehrzeit“. Als bitterer Nachgeschmack dieser Lösung bleibt jedoch deren **praktische Problematik** zurück: denn für die Rechtsunterworfenen ergeben sich so mitunter erhebliche Schwierigkeiten bei der Ermittlung der individuell-konkreten Auflösungsstermine. Im Sinne einer juristisch systemkonformen Lösung bleibt die Praktikabilität der außerordentlichen Auflösung für die Lehrlinge und Lehrberechtigten leider außen vor. Wie im weiteren Verlauf der Arbeit noch aufgezeigt wird, ist dies an mehreren Stellen des § 15a zu kritisieren.

5.1.2. Auflösungsstermine bei abweichenden Lehrzeiten?

Im Fall von **Doppellehren** (dh einer Ausbildung des Lehrlings in zwei Lehrberufen gleichzeitig – wie bspw Koch- und Kellnerlehrlinge oder Dachdecker- und Spenglerlehrlinge) ergibt sich die Dauer der Lehrzeit gem § 6 Abs 2 aus der Hälfte der Summen der Lehrzeiten plus ein Jahr, maximal jedoch vier Jahre. Es kann also sein,

des achten (statt 12.) bzw 16. (statt 24.) Ausbildungsmonats als Auflösungsstermin in Frage kommt.

²⁷³ Vgl dazu näher *Burger*, ZAS 2010, 162 (163).

²⁷⁴ AA *Spitzl* in ZellKomm², § 15a BAG Rz 5, demzufolge in den Fällen einer verlängerten Lehrzeit nach § 8b Abs 1 BAG die jeweils vereinbarte längere Lehrzeit maßgebend sein soll.

dass die so errechnete Dauer der Lehrzeit den im § 15a Abs 1 2. Fall aufgezählten Lehrzeiten, bei denen ein zweiter Auflösungstermin zur Verfügung stehen soll (drei, dreieinhalb oder vier Jahre), nicht entspricht: so ergibt bspw die Kombination eines zwei- und eines dreieinhalbjährigen Lehrberufes eine zu absolvierende Lehrzeit von 3,75 Jahren.

In solchen Fällen stellt sich daher die Frage, ob ein Ausbildungsübertritt zum zweiten im Gesetz genannten Termin (Ablauf des 24. Monats der Lehrzeit) überhaupt möglich ist, da dies aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht eindeutig hervorgeht.

a.) Meinungsstand

Nach *Burger*²⁷⁵ sind diese zeitlich abweichenden Lehrverhältnisse **auch zum zweiten Termin auflösbar**. Dies nämlich dann wenn ihre nach den Regeln des § 6 Abs 2 errechnete Lehrzeit mehr als drei Jahre beträgt. Die Aufzählung der Lehrzeiten des § 15a Abs 1 2. Fall ist nach *Burger* keine taxative, sondern eine demonstrative Aufzählung. Dies scheint ihm aus mehreren Gesichtspunkten geboten:²⁷⁶ insb teleologische Erwägungsgründe (also am Gesetzeszweck orientierte Gründe²⁷⁷) sprechen für dieses Ergebnis.

b.) Eigene Ansicht

ME ist der Ansicht von *Burger* zu folgen. Denn man kann davon ausgehen, dass der Gesetzgeber den Parteien eines Lehrvertrages, dessen Dauer in § 15a Abs 1 2. Fall genannt ist, deswegen eine zweite Möglichkeit zur außerordentlichen Auflösung geben wollte, weil sie aufgrund einer nach der Lehrberufsliste drei Jahre übersteigenden Lehrzeit **über einen längeren Zeitraum hinweg aneinander gebunden** sind. Konsequenterweise muss man diese zweite Lösungsmöglichkeit dann auch jenen Lehrlingen und Lehrberechtigten zugestehen, die aufgrund einer Doppellehre mindestens ebenso lange aneinander gebunden sind, selbst wenn die konkrete Dauer ihres Lehrvertrages nicht wörtlich im Gesetz genannt ist.²⁷⁸ Auch aus Erwägungen der Gleichbehandlung kommt man zum selben Ergebnis: es sind ME keine Gründe denkbar, die eine Ungleichbehandlung von Parteien eines

²⁷⁵ *Burger* in *Resch*, Neuerungen, 17 (25).

²⁷⁶ Vgl dazu näher *Burger* in *Resch*, Neuerungen, 17 (25).

²⁷⁷ *Zippelius*, Juristische Methodenlehre¹¹ (2012) 41.

²⁷⁸ Vgl *Burger* in *Resch*, Neuerungen, 17 (25-26).

Lehrverhältnisses in Form einer Doppellehre gegenüber den Parteien eines „einfachen“ Lehrverhältnisses rechtfertigen würden.

Sowohl für den Lehrberechtigten als auch den Lehrling ist zusätzlich zur Einhaltung der Auflösungsstermine eine **einmonatige Auflösungsfrist** zu beachten. Es muss also zwischen dem Auflösungsstermin und dem Zugang der Auflösungserklärung (siehe dazu unten) mindestens ein Monat liegen.

5.1.3. Mögliche Frist- und Terminkollisionen

Im Laufe des Auflösungsverfahrens kann es sein, dass innerhalb der unter 4.1.3. dargestellten 14-tägigen Widerrufsfrist für die Ablehnungserklärung des Lehrlings auch noch andere vom Lehrberechtigten zu berücksichtigende Fristen ablaufen bzw diese mit zwingend einzuhaltenden Terminen kollidiert.

• Termin zur Beauftragung des Mediators – Widerrufsfrist der Ablehnungserklärung

Spätestens am Ende des zehnten bzw 22. Lehrmonats muss der Lehrberechtigte einen Mediator mit der Durchführung des Mediationsverfahrens beauftragen. Dabei kann es sein, dass aufgrund einer erst kurz zuvor erfolgten schriftlichen Ablehnungserklärung des Lehrlings die 14-tägige Widerrufsfrist zu jenem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen ist, in dem zwecks Terminwahrung bereits mit der Auswahl und der **Beauftragung des Mediators** begonnen werden muss. Will ein Lehrberechtigter den Verlust der Auflösungsmöglichkeit zum angestrebten Termin also mit Sicherheit vermeiden, muss er aufgrund des ihm für die Auswahl und Beauftragung verbleibenden engen Zeitfensters trotz eigentlicher Ablehnungserklärung des Lehrlings wohl vorsorglich einen Mediator beauftragen. Ebenso sollte bei schriftlicher Ablehnung der Teilnahme nach bereits erfolgter Beauftragung eines Mediators der Mediationsauftrag erst nach dem ungenutzten Verstreichen der Widerrufsfrist zurückgezogen werden.

Denn nach der (bereits unter Pkt 4.3.2. dargestellten) überwiegenden Ansicht in der Lehre²⁷⁹ bewirkt eine andernfalls drohende terminwidrige Beauftragung des Mediators die Rechtsunwirksamkeit der Auflösungserklärung.²⁸⁰ Nach der Ansicht

²⁷⁹ So zB *Spitzl* in ZellKomm², § 15a BAG Rz 12; *Winkler*, ZAS 2008, 244 (245); aA jedoch *Mayr*, Die Zwangsmediation in FS Binder, 299 (307), demzufolge eine Einhaltung des Termins für die Beauftragung des Mediators nicht Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit der Auflösungserklärung ist.

²⁸⁰ *Spitzl* in ZellKomm², § 15a BAG Rz 12.

von *Rauch*²⁸¹ würde die terminwidrige Beauftragung zwar die Beendigung des Lehrverhältnisses nicht verhindern, jedoch eine Schadenersatzpflicht des Lehrberechtigten gem § 1162b ABGB auslösen. ME führt eine terminwidrige Beauftragung erst dann zur Auflösung des Lehrverhältnisses (und eines Schadenersatzanspruchs des Lehrlings nach § 1162b ABGB), wenn der Lehrling im Zuge seines durch die fehlerhafte Beendigung entstandenen Wahlrechtes diese gegen sich wirken lassen möchte (vgl Pkt 4.3.2.).

• *Widerrufsfrist der Ablehnungserklärung – Erklärung der Auflösung*

Auch ist es denkbar, dass der Lehrling kurz vor Beendigung des Mediationsverfahrens durch Zeitablauf seine weitere Teilnahme am Mediationsverfahren schriftlich ablehnt, woraufhin der Lehrberechtigte die Beauftragung des Mediators zurückzieht und die außerordentliche Auflösung erklärt. Widerruft in einem solchen Fall der Lehrling seine Ablehnungserklärung danach noch innerhalb der 14-tägigen Frist und vor dem Auflösungsstermin, so hat dies zur Folge, dass die **Auflösungserklärung** des Lehrberechtigten **unwirksam** wird. Denn aufgrund des Abbruchs der Mediation mittels Zurückziehung der Beauftragung des Mediators durch den Lehrberechtigten hat das Mediationsverfahren nicht auf eine gesetzlich aufgezählte Art geendet: nämlich Erzielung eines Ergebnisses, Beendigungserklärung des Mediators oder Zeitablauf. Der für eine rechtswirksame Auflösung notwendige Tatbestand der Beendigung der Mediation wurde nicht erfüllt. Auch in solchen Fällen wird daher der Lehrberechtigte gut damit beraten sein, die Mediation trotz Ablehnung durch den Lehrling so lange fortzusetzen bis die 14-tägige Widerrufsfrist abgelaufen ist.²⁸²

5.1.4. Frühest- und spätestmöglicher Zeitpunkt für die Ablehnungserklärung des Lehrlings?

Wie bereits erwähnt muss ein Mediationsverfahren bei Auflösung durch den Lehrberechtigten dann nicht durchgeführt werden, wenn der Lehrling seine Teilnahme am Mediationsverfahren gem § 15a Abs 3 2. Satz schriftlich ablehnt, wobei die Ablehnung innerhalb einer Frist von 14 Tagen – ebenfalls schriftlich – widerrufen werden kann. Diese Ablehnungs- bzw Widerrufserklärung kann dabei nicht nur mit

²⁸¹ *Rauch*, ASoK 2009, 23 (23ff).

²⁸² So zB *Burger*, ZAS 2010, 162 (165).

anderen Fristen oder Terminen des Verfahrens kollidieren, sondern es sind auch ihre eigenen zeitlichen Parameter gesetzlich **unklar geregelt**.

So wird etwa der **frühestmögliche Zeitpunkt** dieser Ablehnungserklärung vom BAG nicht ausdrücklich vorgegeben.²⁸³ IdR wird zwar der Lehrling seine Teilnahme am Mediationsverfahren erst dann ablehnen, nachdem der Lehrberechtigte ihm die Auflösungsabsicht mitgeteilt hat – also erst nach dem Ende des neunten bzw 21. Lehrmonats. Denkbar wären allerdings auch Fälle, in denen der Lehrling seine Ablehnung der Teilnahme an einem Mediationsverfahren nach § 15a schon früher bekannt gibt – etwa weil er schon im sechsten Lehrmonat damit rechnet, dass der Lehrberechtigte drei Monate später die außerordentliche Auflösung anstreben möchte. Möglich wäre auch, dass der Lehrling bereits im Lehrvertrag seine Teilnahme an einem etwaigen Mediationsverfahren nach § 15a ablehnt.

Der Wortlaut des § 15a Abs 3 2. Satz würde zwar auch frühere Ablehnungserklärungen des Lehrlings erfassen, teleologisch muss mE aber dahingehend reduziert werden, dass die Ablehnungserklärung des Lehrlings erst **nach der konkreten Mitteilung der Auflösungsabsicht** durch den Lehrberechtigten zulässig ist.²⁸⁴ Dies ganz im Sinne einer dem Mediationsverfahren förderlichen und einer dem BAG immanenten Schutzgedanken entsprechenden Interpretation. Denn diesem zufolge soll der Lehrling stets vor einer übereilten und unüberlegten Beendigung seines Lehrverhältnisses geschützt werden. Eine rechtswirksame Ablehnungserklärung des Lehrlings noch (uU sogar zeitlich weit) vor der eigentlichen Mitteilung der Auflösungsabsicht durch den Lehrberechtigten widerspricht diesem eindeutig; würde man eine extensive Auslegung heranziehen, so wäre der Lehrling möglicherweise an eine Ablehnungserklärung gebunden, die er Monate vor der eigentlichen Mitteilung der Auflösungsabsicht durch den Lehrberechtigten in einer Konfliktsituation verfasst hat; zum Zeitpunkt der Auflösungsabsicht wäre die 14-tägige Widerrufsfrist bereits abgelaufen und der Lehrling hätte keinen Anspruch mehr auf die Durchführung einer Mediation.

Es kann also nur eine den Wortlaut des § 15a Abs 3 2. Satz einschränkende Auslegung mit dem Zweck des BAG in Einklang stehen. Konsequenterweise wird die Ablehnung nach der Mitteilung der Auflösungsabsicht mE zu **jedem Zeitpunkt des Verfahrens**

²⁸³ *Burger in Resch, Neuerungen*, 17 (28).

²⁸⁴ *Ebenso Burger in Resch, Neuerungen*, 17 (28).

möglich sein²⁸⁵, das Gesetz sieht nämlich kein bestimmtes Zeitfenster oder einen spätestmöglichen Termin dafür vor.

5.1.5. Zusammenfassung

Die soeben dargestellten Bestimmungen bezüglich der zwingend einzuhaltenden Auflösungsstermine, des Termins für die Ablehnungserklärung und der einmonatigen Auflösungsfrist des § 15a bergen für die Rechtsunterworfenen eine Reihe von Gefahren – besonders zutreffend ist wohl die Bezeichnung als „Stolpersteine“²⁸⁶ – die ihnen bei der Auflösung des Lehrverhältnisses begegnen können. Denn zum einen müssen sowohl der Lehrling als auch der Lehrberechtigte ihre Auflösungserklärungen frist- und termingerecht dem jeweils anderen zustellen, zum anderen sind für diese auch noch das Schriftformgebot zu beachten. Außerdem sind im Falle der Ablehnungserklärung die genauen zeitlichen Parameter gesetzlich nicht geregelt und müssen erst interpretativ ermittelt werden.

Vor allem die **Einhaltung der Auflösungsfrist zum jeweiligen Auflösungsstermin** ist für die Rechtsunterworfenen mit enormen Rechtsunsicherheiten verbunden und stellt sie praktisch vor große Probleme. So muss derjenige, der den Lehrvertrag außerordentlich auflösen möchte, „den Ablauf des letzten Tages des zwölften bzw 24. Monats der Lehrzeit“ berechnen dabei zum einen beachten, dass unter „Monat“ nicht der Kalendermonat zu verstehen ist (wie im Falle von Kündigungen regulärer Arbeitsverhältnissen), sondern der Monat der Lehrzeit. Zum anderen muss er beachten, dass unter dem für die Bestimmung des Auflösungsstermins benötigten Parameter der „Dauer der Lehrzeit“ die generell-abstrakte Dauer des Lehrverhältnisses gemäß der entsprechenden VO des BMWA gemeint ist und nicht die konkret vertraglich vereinbarte Dauer – wobei zu bedenken ist, dass dies nicht ein Mal gesetzlich bestimmt ist, sondern lediglich der in der Lehre herrschenden Meinung entspricht. Es können daher in Fällen, in denen die konkrete vertraglich vereinbarte Lehrzeit von jener der Lehrberufsliste abweicht, je nach Rechtsansicht des Rechtsanwenders die Auflösungsstermine erheblich voneinander abweichen. Ebenso ist in Fällen von Doppellehren nicht einmal klar, ob den Parteien dieser Lehrverhältnisse nur ein Auflösungsstermin zur Verfügung steht oder auch ein zweiter am Ende des zweiten Lehrjahres zustehen soll. Für diese rechtstheoretischen und in

²⁸⁵ Ebenso *Burger in Resch*, Neuerungen, 17 (28).

²⁸⁶ So *Burger*, ZAS 2010, 162.

Einzelfällen auch praktisch bedeutsamen Fragen hält das BAG keine Antworten bereit, auch liegt noch keine einschlägige Judikatur vor, an die sich der Rechtsanwender halten kann.

5.2. Schriftform- und Zustimmungserfordernisse?

Damit eine außerordentliche Auflösung rechtswirksam zustande kommt, müssen nicht nur Fristen und Termine gewahrt werden. Das BAG ordnet zusätzlich noch eine Reihe von Form- und Zustimmungserfordernissen für die jeweiligen Erklärungen des Auflösungsverfahrens an. Da diese Anordnungen in der konkreten gesetzlichen Ausgestaltung als alles andere als übersichtlich zu bezeichnen sind, soll im folgenden erläutert werden wo diese Unklarheiten zum Problem für die Parteien einer außerordentlichen Auflösung werden können.

5.2.1. Unklare Anordnung der Schriftform

Formvorschriften im Gesetz begegnen uns immer dort wo der Gesetzgeber der Meinung ist, dass ein bestimmtes Rechtsgeschäft im Vergleich zu anderen aus verschiedensten Gründen (den sog Formzwecken²⁸⁷) einer besonderen Aufmerksamkeit durch die Rechtsunterworfenen bedarf. Die gesetzlich angeordnete Schriftform – idS § 886 ABGB bedeutet dies idR Unterschriftlichkeit²⁸⁸ – dient bspw Beweissicherungszwecken oder soll den Parteien des betreffenden Rechtsgeschäftes Schutz vor übereilten Entscheidungen bieten. Aufgrund der besonderen Bedeutung der Auflösung seines Lehrverhältnisses für den meist noch sehr jungen Lehrling ist im BAG für jede zulässige Form seiner rechtsgeschäftlichen Lösung eine Auflösungserklärung in Schriftform vorgesehen²⁸⁹ (§ 15 Abs 2).

• *Ausdrücklich angeordnete Schriftform*

Im Verfahren der außerordentlichen Auflösung gem § 15a ist für zwei Erklärungen ausdrücklich die Schriftform erforderlich: zum einen für die eigentliche Auflösungserklärung, zum anderen für die Ablehnungs- bzw Widerrufserklärung des Lehrlings.

Die eigentliche **Erklärung der außerordentlichen Auflösung** gem § 15a bedarf, wie auch alle anderen Auflösungs Erklärungen eines Lehrverhältnisses im BAG, gem **§ 15**

²⁸⁷ Kalss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 886 Rz 5.

²⁸⁸ Kalss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 886 Rz 2.

²⁸⁹ Vgl dazu näher Gittenberger, DRdA 2008, 68.

Abs 2 der Schriftform.²⁹⁰ Entweder der Lehrberechtigte oder der Lehrling – je nachdem, wer die außerordentliche Auflösung anstrebt – müssen also ihre Auflösungserklärung nach Einhalten aller sonstigen Verfahrensschritte handschriftlich unterschreiben.

a.) Meinungsstand

Da die gesetzlich angeordnete **Schriftform** also je nach Formzweck verschiedene Ausprägungen kennt und nur idR Unterschriftlichkeit anzunehmen ist²⁹¹, gibt es in der Lehre (mangels einer genauen Angabe im Gesetz über die Voraussetzungen der Schriftlichkeit im BAG) verschiedene Ansichten darüber, welche Auflösungserklärungen aus der Praxis das Schriftformgebot iSd BAG erfüllen.

Nach *Gittenberger*²⁹² erfüllen bspw maschinengeschriebene Auflösungserklärungen dann das Gebot der Unterschriftlichkeit, wenn sie handschriftlich unterzeichnet sind. Ist der Name des Erklärenden hingegen nur maschinell geschrieben, so erfüllt die Erklärung das Schriftformgebot nicht.²⁹³ Ein Telefax mit Unterschrift am Original wird in der Judikatur je nach Formzweck unterschiedlich beurteilt²⁹⁴ - im Falle der Auflösungserklärung eines Lehrverhältnisses soll ein solches das Schriftformgebot des BAG nach *Gittenberger* nicht erfüllen.²⁹⁵ Dies begründet sie mit dem Zweck der Schriftform, insb Fälschungssicherheit und Warnfunktion. Auch die Übermittlung einer Fotokopie mit kopierter Unterschrift und ein SMS²⁹⁶ erfüllen ihr zufolge nicht das Schriftformgebot. Bei einer elektronischen Übermittlung (insb E-Mail) wird das rechtliche Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift durch eine sichere elektronische Signatur erfüllt; eine Auflösungserklärung durch E-Mail oder die Übermittlung eines elektronischen Dokumentes bzw eingescannten Originaldokumentes per E-Mail ohne sichere elektronische Signatur iSd SigG entspricht daher *Gittenberger* zufolge ebenfalls nicht dem Schriftlichkeitsgebot des BAG.²⁹⁷

²⁹⁰ *Burger*, ZAS 2010, 162 (168).

²⁹¹ *Kalss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 886 Rz 2.

²⁹² *Gittenberger*, DRdA 2008, 68 (68ff).

²⁹³ OGH 2. 7. 1993, 1 Ob 525/93.

²⁹⁴ Vgl zB OGH 5. 11. 2002, 5 Ob 207/02f.

²⁹⁵ *Gittenberger*, DRdA 2008, 68 (69).

²⁹⁶ OLG Wien 25. 4. 2007, 7 Ra 31/07s.

²⁹⁷ *Gittenberger*, DRdA 2008, 68 (70).

b.) Eigene Ansicht

Grundsätzlich ist der Ansicht von *Gittenberger* zu folgen, lediglich die Übermittlung einer Auflösungserklärung per E-Mail oder Telefax, deren Original eine handschriftliche Unterschrift aufweist, ist mE anders zu beurteilen. Denn mE liegt der wichtigste Zweck des Schriftformgebotes eindeutig im Schutz des Lehrlings vor übereilten und unbedachten Erklärungen (diesen bezeichnet *Gittenberger* als Warnfunktion²⁹⁸, sieht diese aber nur zweitrangig hinter der Fälschungssicherheit). Dieser kann durch die handschriftliche Unterzeichnung einer Auflösungserklärung unabhängig davon erreicht werden, wie das im Original unterzeichnete Dokument schlussendlich dem Lehrberechtigten übermittelt wird (per Brief, E-Mail oder Telefax). Denn nicht die Qualität der Unterschrift auf der übermittelten Erklärung sondern der **Akt des handschriftlichen Unterzeichnens** soll dem Lehrling bewusst machen, dass er gerade ein Dokument unterzeichnet, welches die Beendigung seines Lehrverhältnisses herbeiführen wird. Demnach sind mE auch Auflösungs Erklärungen, die dem Lehrberechtigten per Telefax oder E-Mail in Kopie übermittelt werden, rechtskonforme Auflösungs Erklärungen die das Schriftformgebot des BAG erfüllen, sofern das Originaldokument die eigenhändige Unterschrift des Lehrlings (bzw des Lehrberechtigten im Falle der Auflösung durch ihn) trägt.

Ebenso bedarf eine eventuelle Erklärung des Lehrlings die Teilnahme am Mediationsverfahren abzulehnen (die sog **Ablehnungserklärung**) bzw sein diesbezüglicher Widerruf (sog **Widerrufserklärung**) gem **§ 15a Abs 3 2. und 3. Satz** der Schriftform.

Wird bei einer dieser drei Erklärungen die Schriftform nicht eingehalten, so ist die jeweilige Erklärung unwirksam. Der Formmangel der Auflösungs Erklärung oder ein durch die fehlerhafte Ablehnungs- oder Widerrufserklärung nicht erfolgtes Mediationsverfahren verhindern die rechtswirksame Auflösung des Lehrverhältnisses zum angestrebten Termin.

• *Weitere Erklärungen ohne Schriftformgebot*

Nun gibt es jedoch im Verfahren der außerordentlichen Auflösung – insb im Fall der Auflösung durch den Lehrberechtigten – noch eine **Vielzahl weiterer Mitteilungs- und Erklärungspflichten**. Für diese ist keine besondere Form vorgeschrieben. Es

²⁹⁸ *Gittenberger*, DRdA 2008, 68 (69).

sind dies die sog Absichtsmitteilung an den Lehrling, die Lehrlingsstelle und ggf den Betriebs- und Jugendvertrauensrat (Mitteilung über die beabsichtigte außerordentliche Auflösung und geplante Aufnahme eines Mediationsverfahrens gem § 15a Abs 3 1. Satz), der Vorschlag des Lehrberechtigten über die zur Auswahl stehenden Mediatoren (gem § 15a Abs 5) sowie die Mitteilung des Lehrberechtigten über die erfolgte außerordentliche Auflösung an die Lehrlingsstelle (§15a Abs 7). Diese drei Mitteilungen müssen demnach nicht schriftlich ausgefertigt und unterzeichnet werden um ihre jeweiligen Rechtsfolgen auszulösen sondern können auch problemlos telefonisch oder per E-Mail (ohne Unterschrift) erfolgen.

a.) Eigene Ansicht

Diese im Gesetz an verschiedenen Stellen anzufindende und nur für zwei der insgesamt sechs erforderlichen Erklärungs- bzw Mitteilungsarten geltende Anordnung der Schriftform (einerseits in § 15, andererseits in § 15a) ist mE differenziert zu betrachten. Zum einen verkompliziert die uneinheitliche Anordnung das ohnehin schon unübersichtliche Prozedere der außerordentlichen Auflösung noch weiter;²⁹⁹ ein **generelles Schriftformgebot** für alle im Verfahren abzugebenden Erklärungen und Mitteilungen im §15a selbst würde die Gefahr des Scheiterns einer solchen Auflösung möglicherweise verringern und bei allen Beteiligten zum leichteren Verständnis des Verfahrens beitragen. Andererseits kann die generelle Anordnung der Schriftform für alle im Verfahren abzugebenden Erklärungen im Falle der bisher nicht schriftformgebundenen Mitteilungen als **noch ein Formgebot mehr** gesehen werden, welches verletzt werden kann und damit die außerordentliche Auflösung noch anfälliger für Verfahrensfehler macht.

Im Effekt erscheint jedoch ein **generelles Schriftformgebot** die sachgerechtere Lösung zu sein. Dies zum einen im Hinblick auf ihre **Schutzfunktion** dem Lehrling gegenüber: denn die (bisher ja nicht formgebundene) Absichtsmitteilung des Lehrberechtigten an den Lehrling in schriftlicher Form und mit der Unterschrift des Lehrberechtigten versehen, verdeutlicht ihm gegenüber ein weiteres Mal die Bedeutsamkeit und Tragweite des damit eingeleiteten Auflösungsverfahrens. Eine solche Erklärung regt den Lehrling möglicherweise eher dazu an, sich ernsthaft mit dem Auflösungsverfahren an sich und der Möglichkeit der Inanspruchnahme einer Mediation auseinanderzusetzen als etwa ein Anruf des Lehrberechtigten am

²⁹⁹ Ebenso *Burger*, ZAS 2010, 162 (168).

Freitagabend, in dem er ihm seine Absicht zur außerordentlichen Auflösung verkündet.

Zum anderen scheint ein generelles Schriftformgebot auch im Hinblick auf die **Mediatoren** geboten. Es kann nämlich die in der Mediation essentielle neutrale/allparteiliche Stellung des Mediators (vgl dazu unter Pkt 7.1.) mE durch einen schriftlichen Vorschlag des Lehrberechtigten positiv unterstützt werden. Die schriftliche Nennung der in Frage kommenden Personen erzeugt beim Lehrling wohl eher den Eindruck einer gewissen Unabhängigkeit der Mediatoren als etwa die mündliche Aufzählung des Dreivorschlags durch den Lehrberechtigten im Pausenraum. Da der Vorschlag der Mediatoren von vornherein dem Lehrberechtigten obliegt, sollte jedenfalls das restliche Verfahren der außerordentlichen Auflösung möglichst darauf ausgerichtet sein, den Anschein der Parteilichkeit beim Lehrling hintanzuhalten. Denn gerade die Wahrung der Neutralität/Allparteilichkeit stellt im Mediationsverfahren eine große Herausforderung dar.³⁰⁰ Die schriftliche und damit in gewisser Weise formalisierte Information des Lehrberechtigten über den/die ausgewählten Mediator/en kann mE zur Stärkung der neutralen/allparteilichen Position des Mediators beitragen.

5.2.2. Zustimmung des gesetzlichen Vertreters im Fall einer Erklärung gem § 15a Abs 6?

Wie bereits erläutert bedarf eine vom mj Lehrling erklärte rechtswirksame außerordentliche Auflösung der Zustimmung seines/seiner gesetzlichen Vertreter/s. Zusätzlich zum mj Lehrling selbst müssen daher auch beide obsorgeberechtigte Elternteile dessen Auflösungserklärung unterzeichnen (vgl 4.1.5.).³⁰¹ Gleiches gilt im Falle einer einvernehmlichen Lehrvertragsauflösung durch einen mj Lehrling.

Gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt ist, ob auch die im Mediationsverfahren abgegebene **Erklärung eines mj Lehrlings gem § 15a Abs 6**, nicht weiter auf der Fortsetzung des Lehrverhältnisses zu bestehen, zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf. Um diese Frage beantworten zu können muss zunächst die Rechtsnatur dieser Erklärung von jener der zustimmungsbedürftigen **eigentlichen Auflösungserklärung** und der einvernehmlichen Auflösung abgegrenzt werden.

³⁰⁰ Falk/Koren in Falk/Koren, Kommentar zum ZivMediatG (2005) § 1 Rz 7.5.

³⁰¹ Vgl Gittenberger, DRdA 2008, 68.

a.) Meinungsstand

Die Auflösungserklärung des Lehrlings im Falle einer von ihm angestrebten außerordentlichen Auflösung ist jene einseitige Willenserklärung die das Lehrverhältnis zur Auflösung bringt. Demgegenüber ist die Erklärung gem § 15a Abs 6 lediglich die durch den Lehrling in der Mediation erklärte Hinnahme der Entscheidung des Lehrberechtigten, das Lehrverhältnis aufzulösen und die Zusage, nicht weiter auf dessen Fortsetzung zu bestehen. Die Rechtsfolge einer solchen Erklärung ist einzig und allein die **Beendigung des Mediationsverfahrens**. Das Lehrverhältnis an sich wird erst mit Zugang der vom Lehrberechtigten anschließend zu unterzeichnenden Auflösungserklärung aufgelöst.

Diese Erklärung ist somit nach der hL³⁰² **als bloße Erklärung der Hinnahme der beabsichtigten Auflösung** durch den Lehrberechtigten zu verstehen und ist als solche auch von der Zustimmung zur einvernehmlichen Auflösung (die ja ihrerseits sehr wohl zustimmungsbedürftig ist) zu unterscheiden.

Aus dieser rein systematischen und formalen Betrachtungsweise ergibt sich demnach, dass eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters im Fall einer Erklärung gem § 15a Abs 6 nicht erforderlich ist.³⁰³

b.) Eigene Ansicht

Neben der Einordnung der Erklärung gem § 15a Abs 6 als bloße Erklärung der Hinnahme der Auflösung kann argumentiert werden, dass diese Erklärung materiell eine **Zustimmung zur Auflösung** ist und damit qualitativ eine einvernehmliche Auflösung erzielt wird. In diesem Fall würde eine analoge Anwendung des Zustimmungserfordernisses zur einvernehmlichen Auflösung in Frage kommen.

ME ist jedoch der Ansicht der hL zu folgen; zum einen in Bezug auf die Einordnung der § 15a Abs 6 Erklärung als bloße Hinnahmeerklärung und zum anderen die fehlende Zustimmungserfordernis betreffend.

Die Erklärung nicht weiter auf der Fortsetzung des Lehrverhältnisses zu bestehen mag zwar effektiv die Auflösung des Lehrverhältnisses nach sich ziehen, ist von einer Zustimmung zur Auflösung aber deutlich zu unterscheiden. Während der Lehrling nach dem Konzept der außerordentlichen Auflösung nämlich die durch den

³⁰² *Burger in Resch*, Neuerungen, 17 (37); *Spitzl in ZellKomm*², § 15a BAG Rz 13.

³⁰³ So auch *Burger in Resch*, Neuerungen, 17 (37); *Spitzl in ZellKomm*², § 15a BAG Rz 13.

Lehrberechtigten einseitig eingeleitete Vertragsauflösung ohnehin nicht verhindern kann, so hat der Lehrling nach dem Konzept der einvernehmlichen (sic) Auflösung stets die Wahl, ob er dieser zustimmen möchte oder nicht. Ist das Verfahren des § 15a aber erst ein Mal eingeleitet, so bleibt dem Lehrling am Ende ja gar nichts anderes übrig, als die Entscheidung des Lehrberechtigten hinzunehmen; seine Zustimmung zur Auflösung ist an keinem Punkt des Verfahrens notwendig, weigert er sich gar, diese zu akzeptieren, endet die Mediation einfach durch Zeitablauf. Die Einordnung der **Erklärung gem § 15a Abs 6 als erklärte Hinnahme der Auflösungsentscheidung des Lehrberechtigten** ist daher mE eine durchaus treffende.

Um die Frage des **Zustimmungserfordernisses** zu klären, muss zum einen dessen genereller Schutzzweck diskutiert werden und zum anderen die Notwendigkeit im speziellen Fall der Erklärung gem § 15a Abs 6 erörtert werden.

Der mj Lehrling, der vor einer übereilten und unüberlegten Auflösung seines Lehrverhältnisses und damit auch seiner Ausbildungsmöglichkeit dadurch geschützt werden soll, dass sein/e Obsorgeberechtigter/n diese Auflösung zu ihrer Rechtswirksamkeit erst unterzeichnen müssen, hat gem § 15a Abs 5 diese/n in der Mediation zur Unterstützung an seiner Seite. Trotzdem endet das Mediationsverfahren ungeachtet allfälliger darin geäußerten Bedenken gegen die Auflösung bei Einhalten aller sonstigen Erfordernisse spätestens am fünften Werktag vor Ablauf des elften bzw 23. Lehrmonats ex lege durch Zeitablauf. Der/die Obsorgeberechtigter/n eines mj Lehrlings kann/können die vom Lehrberechtigten eingeleitete außerordentliche Auflösung ohnehin nicht verhindern (nicht einmal der Lehrling selbst kann das). Damit **könnte ein allfälliges Zustimmungserfordernis seinen Zweck gar nicht erfüllen** – ganz im Gegensatz zur einvernehmlichen Auflösung, bei der die fehlende Zustimmung des/der Obsorgeberechtigten die Auflösung sehr wohl verhindert. Für die Auflösung des Lehrverhältnisses im Falle des § 15a wäre ein Zustimmungserfordernis somit rechtlich und praktisch vollkommen irrelevant. Es ergibt sich also auch auf diesem Wege, dass eine Zustimmung zur Erklärung der Hinnahme der Auflösungserklärung des mj Lehrlings gem § 15 Abs 6 **nicht erforderlich** ist.

Ebenso zu thematisieren ist mE, ob die **schriftformgebundene Ablehnungserklärung** mj Lehrlings gem § 15a Abs 3 eines an die Zustimmung

seines/seiner gesetzlichen Vertreter/s gebunden ist. Dies ist gesetzlich nicht ausdrücklich festgelegt. Da jedoch eine Ablehnung der Teilnahme am Mediationsverfahren direkt zur Folge hat, dass der Lehrberechtigte die außerordentliche Auflösung erklären kann, sollte die zumindest denkbare Zustimmungspflichtigkeit dieser Erklärung an dieser Stelle kurz diskutiert werden.

Man wird allerdings zum selben Ergebnis wie im Falle der Erklärung gem Abs 6 kommen. Da der Schutzzweck des Zustimmungserfordernisses darin liegt, den mj Lehrling vor der unüberlegten und überstürzten endgültigen Beendigung seiner Ausbildung zu schützen, besteht im Fall der Ablehnungserklärung kein Bedarf einer elterlichen Zustimmungspflicht. Denn es kann der Lehrling (nicht allerdings der gesetzliche Vertreter, der sonst ein Vetorecht hätte) diese Ablehnungserklärung ohnehin binnen einer Frist von 14 Tagen widerrufen, wenn er es sich doch anders überlegt hat. Die Ablehnungserklärung des mj Lehrlings muss also schriftlich erfolgen, der **Zustimmung** seines/r gesetzlichen Vertreter/s ist allerdings zu ihrer Rechtswirksamkeit **nicht erforderlich**.

5.2.3. Zusammenfassung

Im Laufe des Verfahrens der außerordentlichen Auflösung sind im Sinne der umfassenden Information aller Beteiligten eine ganze Reihe von (teilweise formgebundenen) Erklärungen sowie Mitteilungen darüber an verschiedenste Stellen abzugeben und zu beachten. Deren konkrete Ausgestaltung kann bei den Beteiligten eines außerordentlichen Auflösungsverfahrens leicht zu Unklarheiten, Fehlern im Verfahren und damit letztlich zum Scheitern des insgesamt recht aufwändigen und zeitintensiven Auflösungsverfahrens des § 15a führen.

Die derzeitige gesetzliche Ausgestaltung dieser Erklärungs- und Mitteilungspflichten sowie ihrer Formvorschriften lässt daher zu wünschen übrig. ME sollte im Sinne einer zweckdienlichen aber dennoch praktikablen Lösung ein **generelles Schriftformerfordernis für alle Erklärungen und Mitteilungen des Verfahrens im § 15a selbst** eingeführt werden. Somit können Unklarheiten darüber, welche Mitteilung in welcher Form überbracht werden muss, um ihre volle Rechtswirksamkeit zu entfalten, hintangehalten werden.

Die **große Menge der im Verfahren zuzustellenden Mitteilungen und Erklärungen** ist zwar auch dann noch immer ein Faktor, der mit Sicherheit zur

geringen Beliebtheit des § 15a bei den Rechtsunterworfenen beiträgt, in der derzeitigen Konstruktion des Auflösungsverfahrens wird sie jedoch nicht wesentlich verkleinert werden können; dies insb auch durch die in Österreich traditionell starke arbeitsrechtliche Miteinbeziehung von verschiedensten Belegschafts- und Interessenvertretungen (natürlich im Besonderen bei der Auflösung von Arbeitsverhältnissen), die bei der gesetzlichen Gestaltung der außerordentlichen Auflösung natürlich bedacht werden musste.

5.3. Vorgehen bei Ablehnung des Mediationsauftrags durch den gem § 15a Abs 5 ermittelten Mediator?

Gesetzlich nicht geregelt und damit unklar ist, wie bei einer **Ablehnung des Mediationsauftrags** durch den gem § 15a Abs 5 ordnungsgemäß ermittelten Mediator vorzugehen ist. Muss dann kein Mediationsverfahren durchgeführt werden? Muss ein neues Auswahlverfahren begonnen werden? Gilt dann automatisch der Zweitvorschlag des Lehrberechtigten als angenommen? Da also der Wortlaut des Gesetzes keinen Aufschluss über die korrekte Vorgangsweise in einem solchen Fall gibt, sind interpretativ mehrere Lösungen denkbar.

a.) Meinungsstand

Nach *Spitzl*³⁰⁴ ergibt sich, dass bei Ablehnung des Mediationsauftrags durch den Mediator einfach mit einem **neuen Auswahlverfahren** zu beginnen ist.³⁰⁵ Ihm zufolge geht der Gesetzgeber offenbar davon aus, dass der Lehrberechtigte ohnehin nur einen Mediator vorschlagen wird, dessen grundsätzliche Bereitschaft zur Durchführung der konkreten Lehrlingsmediation er zuvor bereits eingeholt hat. Dass dies im Effekt einen bzw sogar drei weitere (da der Vorschlag ja uU drei Mediatoren umfasst) vom Lehrberechtigten zu beachtende Verfahrensschritte bedeutet, wird an dieser Stelle – vor dem Hintergrund der bereits des Öfteren erwähnten und im weiteren Verlauf der Arbeit noch genauer thematisierten Komplexität des Auflösungsverfahrens – kritisch zu bedenken gegeben.

Kann ein neues Auswahlverfahren dann nicht mehr rechtzeitig abgeschlossen und ein neuer Mediator nicht mehr termingerecht, dh bis zum Ende des zehnten bzw 22. Lehrmonats, beauftragt werden, so ist dies konsequenterweise wie jede andere

³⁰⁴ *Spitzl* in ZellKomm², § 15a BAG Rz 10.

³⁰⁵ *Spitzl* in ZellKomm², § 15a BAG Rz 10.

Termin- oder Fristverfehlung im Verfahren zu behandeln: da der Lehrberechtigte das Auswahlverfahren einleiten und den Mediator beauftragen muss, wird eine nicht rechtzeitig erfolgte Bestellung **zu Lasten des Lehrberechtigten** gehen und eine korrekte Auflösung zum angestrebten Termin nicht mehr möglich sein.³⁰⁶

b.) Eigene Ansicht

Aus dem Telos des Auswahlverfahrens (wenn der Lehrberechtigte den Mediator schon aussucht und beauftragt, dann soll der Lehrling jedenfalls die Möglichkeit haben aus einer – dem Gesetzgeber als angemessen erscheinenden – Anzahl von drei Mediatoren einen auszuwählen) ergibt sich mE ebenfalls, dass bei Ablehnung des Mediationsauftrags durch den Mediator dem Lehrling ein neuer Vorschlag zu unterbreiten ist. Diese Vorgehensweise ist dem Lehrberechtigten durchaus zumutbar, da das Zeitfenster für die Beauftragung des Mediators ab der Absichtsmitteilung insgesamt mindestens einen Monat beträgt (spätestens Ende des neunten bzw 21. Lehrmonats bis spätestens Ende des zehnten bzw 22. Lehrmonats) und den Lehrling ohnehin die Pflicht zur unverzüglichen Auswahl trifft.

5.4. Krankenstand

Befindet sich der Lehrling bei der Einleitung oder später im Laufe des Auflösungsverfahrens im **Krankenstand**, so gilt es einige – teils wiederum gesetzlich unregelte – Fragen zu klären: ist die Einleitung des Verfahrens gem § 15a überhaupt möglich, wenn der Lehrling im Krankenstand ist? Was passiert, wenn der Lehrling genau in dem Zeitraum krank wird, der für die Durchführung der Mediation zur Verfügung steht? Wie ist die in § 17a Abs 8 angeordnete Entgeltfortzahlungspflicht des Lehrberechtigten zu verstehen?

5.4.1. Einleitung des Auflösungsverfahrens

Befindet sich der Lehrling zum Zeitpunkt der Erklärung der sog Absichtsmitteilung des Lehrberechtigten (Verkündung der Absicht das Lehrverhältnis außerordentlich aufzulösen und ein Mediationsverfahren durchzuführen) im Krankenstand, so verhindert dies **nicht** die Einleitung des Auflösungsverfahrens.

³⁰⁶ Spitzl in ZellKomm², § 15a BAG Rz 10.

Dies lässt sich mE zum einen aus der andernfalls sinnlosen EFZ Anordnung des § 17a Abs 8 schließen, zum anderen aus dem im Arbeitsrecht allgemein fehlenden Kündungsverbot im Falle eines Krankenstands des Arbeitnehmers.³⁰⁷

5.4.2. Nach Ermittlung eines Mediators

Was passiert jedoch, wenn der Lehrling nach der Beauftragung des Mediators krank wird? Dies zu beantworten ist insofern relevant, als nur ein gewisses Zeitfenster für die Durchführung der Mediation zur Verfügung steht. Denn mit Beginn des fünften Werktages vor Ablauf des elften bzw. 23. Lehrmonats endet das Mediationsverfahren ja ex lege. Es fragt sich also, ob sich das gesetzliche Zeitfenster zur Durchführung der Mediation durch eine krankheitsbedingte Verhinderung des Lehrlings verlängert und eine ex lege Beendigung dadurch hinausgeschoben wird oder der Krankenstand des Lehrlings dafür irrelevant ist.

a.) Meinungsstand

Aus der Anordnung des § 17a Abs 8, nach der im Falle einer außerordentlichen Auflösung während einer (berufs-) krankheitsbedingten oder (berufs-) unfallbedingten Arbeitsverhinderung des Lehrlings das Entgelt für einen bestimmten Zeitraum auch über das Ende des Lehrverhältnisses hinaus zu bezahlen ist, ergibt sich jedenfalls nach *Rauch*, dass auch ein **Krankenstand** des Lehrlings während des für die Mediation zur Verfügung stehenden Zeitraums **die ordnungsgemäße Beendigung des Lehrverhältnisses iSd § 15a Abs 6 nicht ausschließt**.³⁰⁸

Demnach wäre eine ex lege Beendigung der Mediation durchaus denkbar, solange nur der Lehrberechtigte zeitgerecht bei einem ordnungsgemäß beauftragten (dh dem Lehrling bekanntgegebenen und von ihm nicht abgelehnten) Mediator anwesend und gesprächsbereit war. Sollte der Lehrling an diesem Gespräch aufgrund einer Krankheit oder eines Berufsunfalles zwar zur Teilnahme bereit, dazu aber nicht in der Lage gewesen sein (man stelle sich etwa vor, der betreffende Lehrling war zu dieser Zeit mit einem Liegegips im Krankenhaus), so endet das Mediationsverfahren den gesetzlichen Vorschriften entsprechend dennoch automatisch durch Zeitablauf.

³⁰⁷ Vgl dazu bspw *Burgstaller*, Krankheit und Kündigung, ZAS 2003, 163.

³⁰⁸ *Rauch*, ASoK 2008, 350 (354).

b.) Eigene Ansicht

Diese Lösung erscheint vor dem Wortlaut des § 17a Abs 8 zunächst überzeugend. Denn kann schon ein Krankenstand des Lehrlings bei der Erklärung der Auflösungsabsicht das Ende des Lehrverhältnisses nicht verhindern, so kann argumentum a majore ad minus ein nach Einleitung des Verfahrens beginnender Krankenstand dies wohl ebenfalls nicht. Auch die Tatsache, dass nach dem Gesetz eine Teilnahme des Lehrlings an dem zur rechtswirksamen ex lege Beendigung notwendigen Mediationsgespräch ja gerade nicht erforderlich ist (vgl dazu Pkt 4.1.1.), spricht für eine derartige Auslegung.

Im Hinblick auf **Ziel und Zweck** des eigentlichen Kernelementes der außerordentlichen Auflösung – nämlich das Mediationsverfahren und die konstruktive Konfliktbearbeitung – muss dieser Lösung allerdings jegliche Sinnhaftigkeit abgesprochen werden. Auch wird dabei der **Schutzcharakter** des BAG nicht nur vollkommen außer Acht gelassen, diese Lösung wirkt ihm sogar direkt entgegen.

Denkbar wäre mE auch eine Lösung, nach der hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen zwischen einer **gerechtfertigten Abwesenheit** (wie etwa durch Krankheit) und einem **unbegründeten Fernbleiben** von der Mediation unterschieden werden muss. Entscheidet sich der Lehrling nämlich freiwillig gegen die Teilnahme am Mediationsverfahren, so ist er nach dem Gesetzgeber nicht mehr schutzwürdig; durch das Verfahren im Vorfeld wurde bereits ausreichend sichergestellt, dass der Lehrling genügend Zeit hatte, um sich diese Entscheidung reiflich zu überlegen. Daher soll es nun nicht mehr notwendig sein, dass auch er in der Mediation erscheint, damit diese ordnungsgemäß beendet werden kann (vgl jedoch zur Kritik an dieser Konstruktion Pkt 7.4.1.). Anders verhält es sich aber im Krankheitsfall. Hier kann dem Lehrling eine Schutzwürdigkeit gerade nicht abgesprochen werden; im Gegenteil – es kann nur dem Telos des § 15a entsprechen, dass ein Lehrling, der die Mediation in Anspruch nehmen möchte aber wegen Krankheit verhindert ist, diese Gelegenheit auch bekommen soll. Schließlich sollen der Dialog und die Aufarbeitung des Konfliktes im Verfahren dieser Lehrvertragsauflösung tunlichst gefördert werden.

Auch kann die Ansicht von *Rauch* bezüglich seiner systematischen Argumentation bezweifelt werden. Aus der gesetzlich ausdrücklich festgelegten Irrelevanz eines Krankenstandes bei Erklärung der Auflösungsabsicht kann noch nicht auf dessen

Unbeachtlichkeit auch im Falle des Mediationsgespräches geschlossen werden. Es ist wohl der **Zugang einer Erklärung** (die ja während einer Krankheit ohne weiteres möglich ist) **etwas anderes als die Teilnahme an einem Mediationsverfahren**. Während es nachvollziehbar erscheint, dass ersteres einem Arbeitnehmer im Krankenstand zumutbar ist, so ist letzteres mit dem Wesen des Krankenstandes schlichtweg unvereinbar. Einem Arbeitnehmer, der wegen Krankheit arbeitsverhindert ist, kann auch die Teilnahme an einer Mediation nicht zugemutet werden.

ME sprechen also teleologische Erwägungen und der Schutzzweck des BAG dafür, dass die **gerechtfertigte Abwesenheit** des grundsätzlich teilnahmebereiten Lehrlings vom Mediationsgespräch die ex lege Beendigung des Mediationsverfahrens zu Beginn des fünften Werktages vor Ablauf des elften bzw. 23. Lehrmonats verhindert. In einem solchen Fall muss **binnen drei Wochen ab Wegfall des Verhinderungsgrundes** (dies entspricht der gesetzlich vorgesehenen Mindestzeit zwischen Beauftragung des Mediators und ex lege Beendigung gem § 15 a Abs 5 und Abs 6 – also dem für die Durchführung der Mediation vom Gesetzgeber als ausreichend angesehenen Zeitraum) ein (uU neues) Mediationsgespräch stattfinden.

Als **Gründe für eine gerechtfertigte Abwesenheit** von der Mediation kommen mE insb die Arbeitsverhinderungsgründe des § 17a – Erkrankung, Unfall, Arbeitsunfall und Berufskrankheit – sowie andere kollektivvertraglich geregelte bzw gem § 8 Abs 3 AngG (wichtige, seine Person betreffende Gründe) bestehende Dienstverhinderungsgründe in Betracht.

Wird dem Lehrling diese Möglichkeit zur Mediation trotz ausdrücklichen Verlangens seinerseits nicht gegeben, so ist die anschließend ausgesprochene außerordentliche Auflösung mE **fehlerhaft** und löst die (unter Pkt 4.3.2. bereits dargestellten) Rechtsfolgen einer unzulässigen Auflösung aus. Sollte in diesem neuerlichen Zeitraum von drei Wochen ab Wegfall des Verhinderungsgrundes zwar die grundsätzliche Bereitschaft des Lehrberechtigten zu einem Mediationsgespräch gegeben sein, dieses jedoch aus anderen Gründen (wie etwa terminlichen Schwierigkeiten) nicht stattfinden, so ist die Auflösung ebenfalls fehlerhaft. Gleiches gilt, wenn zwar ein erneuter Termin vereinbart werden konnte, der Lehrberechtigte aber in der Folge zu diesem (selbst oder durch eine qualifizierte Person vertreten) nicht erscheint (vgl diesbezüglich das zu Pkt 4.1.4. Ausgeführte).

5.4.3. Sinnvolle Regelung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall?

Ist ein Arbeitnehmer durch Krankheit oder Unglücksfall³⁰⁹ an seiner Dienstleistung verhindert und dadurch arbeitsunfähig, so gebührt ihm generell nach dem EFZG bzw den einschlägigen Bestimmungen des AngG für eine gesetzlich festgelegte Dauer die (teilweise) Fortzahlung seines Entgeltes. Wird ein Arbeitnehmer während einer solchen Dienstverhinderung gekündigt, so bleibt der Anspruch auf **Fortzahlung des Entgelts** für eine bestimmte gesetzliche Dauer bestehen, wenngleich das Dienstverhältnis früher endet (§ 9 Abs 1 AngG, § 5 EFZG).

Für den Fall der außerordentlichen Auflösung eines Lehrverhältnisses während einer Dienstverhinderung des Lehrlings enthält § 17a Abs 8 ebenfalls eine solche Anordnung der Entgeltfortzahlung über das Ende des Lehrverhältnisses hinaus. Demnach besteht bei Auflösung des Lehrverhältnisses gemäß § 15a während einer Arbeitsverhinderung wegen Erkrankung, Unfall, Arbeitsunfall oder Berufskrankheit durch den Lehrberechtigten ein **Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts** für die nach § 17a Abs 1 und Abs 4 vorgesehene Dauer besteht „*wenngleich das Lehrverhältnis vorher endet*“.

a.) Meinungsstand

Im Zusammenhang mit dieser Anordnung der Entgeltfortzahlung werden in der Lit **zwei rechtliche Probleme** diskutiert: zum einen ist nach *Burger*³¹⁰ die Bestimmung des § 17a aufgrund ihrer sprachlich unsaubereren Gestaltung bei genauer Durchsicht zweideutig; zum anderen ergibt sich nach diesem bei einer eingehenden Betrachtung der §§ 17a und 15a, dass der Anordnung der Entgeltfortzahlung in weiten Teilen ein konkreter Anwendungsbereich fehlt.

Sprachlich unsauber ist die Regelung des § 17a Abs 8 dahingehend, dass die Rechtsfolge „*bei **Auflösung** des Lehrverhältnisses*“ angeordnet wird, der Nebensatz „*wenngleich das Lehrverhältnis vorher endet*“ jedoch ergibt, dass die Rechtsfolge – nämlich die Fortzahlung des Entgelts für einen bestimmten Zeitraum – eigentlich an die **Erklärung der Auflösungsabsicht** geknüpft sein soll, welche der eigentlichen Auflösung ja ein bzw zwei Monate vorangehen muss.³¹¹ Richtigerweise sollte § 17a

³⁰⁹ Vgl zur begrifflich schwierigen Abgrenzung der beiden Begriffe bspw *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹¹ Kap 6 Rz 606.

³¹⁰ *Burger in Resch*, Neuerungen, 17 (42-43).

³¹¹ *Burger in Resch*, Neuerungen, 17 (42-43).

Abs 8 daher nach *Burger* eigentlich lauten: „Wird die Auflösungsabsicht des Lehrverhältnisses während einer Arbeitsverhinderung wegen Erkrankung, Unfall, Arbeitsunfall oder Berufskrankheit durch den Lehrberechtigten gemäß § 15a mitgeteilt, besteht Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts für die nach Abs. 1 und Abs. 4 vorgesehene Dauer, wenngleich das Lehrverhältnis vorher endet“.

Zum selben Ergebnis wie *Burger*, nämlich dass dieser EFZ Regelung weitgehend ein konkreter Anwendungsbereich fehlt, gelangt man – unter der Prämisse, dass die Entgeltfortzahlung an die Erklärung der Auflösungsabsicht geknüpft sein soll – bei näherer Betrachtung der §§ 17a und 15a wie folgt: zunächst muss bedacht werden, dass vor der Auflösung eines Lehrverhältnisses durch den Lehrberechtigten ja das mehrstufige Auflösungsverfahren inklusive Mediation durchzuführen ist. Aufgrund dieses Verfahrens liegen zwischen der Mitteilung der beabsichtigten Auflösung und der tatsächlichen Auflösung des Lehrverhältnisses mindestens zwei Monate, also **acht Wochen**.

Im Fall des **§ 17a Abs 1** (Arbeitsverhinderung durch Krankheit) ist der Lehrberechtigte zu einer Entgeltfortzahlung für vier Wochen, danach zur Zahlung eines Teilbetrages für die Dauer von maximal zwei Wochen verpflichtet. Im Ergebnis muss der Lehrberechtigte somit im Krankheitsfall seines Lehrlings maximal sechs Wochen lang das Entgelt (teilweise) fortzahlen. Es trifft ihn somit im Zeitpunkt der tatsächlichen Beendigung (acht Wochen nach der Mitteilung der Auflösungsabsicht) ohnehin keine über das Ende des Lehrverhältnisses hinausgehende Entgeltfortzahlungspflicht. Man kommt also zu dem Ergebnis, dass der Bestimmung des § 17a Abs 8 in den Anwendungsfällen des § 17a Abs 1 ein theoretisch denkbarer **Anwendungsbereich fehlt**.³¹²

Auch in den Fällen des **§ 17a Abs 4**, in denen ein Lehrling durch Arbeitsunfall oder Berufskrankheit verhindert ist, schuldet der Lehrberechtigte die volle Entgeltfortzahlung nur für die Dauer von maximal acht Wochen. Die Anordnung, dass eine eventuelle Entgeltfortzahlung auch nach dem Ende des Lehrverhältnisses weiter zu leisten ist, findet hier nach der Ansicht von *Burger* ebenso keinen Anwendungsbereich. Somit ist die **Ausdehnung des Entgeltfortzahlungsanspruches** im Krankheitsfall auch über das Ende des Lehrverhältnisses **hinaus lediglich für das Teilentgelt gem § 17a Abs 4**, welches

³¹² Ebenso *Burger* in *Resch*, Neuerungen, 17 (42-43).

nach dem Ausschöpfen des achtwöchigen Anspruches auf volle Entgeltfortzahlung noch maximal vier Wochen lang gebührt, **relevant**.³¹³

Folgt man der Ansicht von *Burger*, so ist die Anordnung des § 17a Abs 8 als systemwidrig zu bezeichnen.³¹⁴ Man muss ihr demnach sowohl eine nennenswerte praktische Relevanz als auch einen konkreten Schutzzweck absprechen. Im ohnehin nur kleinen tatsächlichen Anwendungsbereich würde sie ihren Zweck verfehlen – die Vereitelung von Auflösungen im Krankheitsfall von Arbeitnehmern zwecks Kosteneinsparung durch verpflichtende Entgeltfortzahlung.³¹⁵ Dies nämlich deshalb, weil aufgrund der in § 17a Abs 1 und Abs 4 zeitlich begrenzten Entgeltfortzahlungspflicht des Lehrberechtigten und des mehrstufigen, relativ lang dauernden Auflösungsverfahrens diesem wohl kaum die Kosteneinsparung als Auflösungsmotivation unterstellt werden kann. Denn noch bevor das Lehrverhältnis nach Durchlaufen des Verfahrens des § 15a überhaupt aufgelöst wäre, bestünde in den meisten Fällen die Entgeltfortzahlungspflicht des Lehrberechtigten den Bestimmungen des § 17a Abs 1 oder Abs 4 ohnehin nicht mehr.

b.) Eigene Ansicht

Es stellt sich also die Frage, ob die Anordnung der Entgeltfortzahlung auch anders ausgelegt werden kann. Denn es ist grundsätzlich nicht die Intention des Gesetzgebers Schutzvorschriften ohne einen konkreten Anwendungsbereich anzuordnen – auch die Auslegung von Gesetzen soll tunlichst nicht dazu führen, dass für bestimmte Regeln kein Anwendungsbereich bleibt, dass sie also unanwendbar oder unnötig und daher sinnlos werden.³¹⁶

§ 17a Abs 8 besagt: „*wird das Lehrverhältnis während einer Arbeitsverhinderung wegen Erkrankung, Unfall, Arbeitsunfall oder Berufskrankheit durch den Lehrberechtigten gemäß § 15a aufgelöst, besteht Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts für die nach Abs. 1 und Abs. 4 vorgesehene Dauer, wenngleich das Lehrverhältnis vorher endet*“. Das bedeutet, dass eine Erkrankung im **Zeitpunkt der Auflösung** einen Entgeltfortzahlungsanspruch auslöst, der unter Umständen auch dann noch für eine gewisse Zeit bestehen bleibt, wenn das Lehrverhältnis selbst

³¹³ Ebenso *Burger* in *Resch*, Neuerungen, 17 (42-43).

³¹⁴ *Rauch*, ASoK 2008, 350 (354).

³¹⁵ *Holzer* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG-Kommentar (2012) § 9 Rz 1.

³¹⁶ *Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre² (2012), 33.

bereits beendet ist. Obwohl im Verfahren der außerordentlichen Auflösung zwar mehrere (das Lehrverhältnis jeweils noch nicht beendende!) Erklärungen die Rechtswirksamkeit der abschließenden eigentlichen Auflösungserklärung bedingen (wie etwa auch die Absichtserklärung), so kann der Entgeltfortzahlungsanspruch nur an eine im Zeitpunkt des Zugangs eigentlichen Auflösungserklärung vorliegende Arbeitsverhinderung geknüpft sein. Dies ergibt sich einerseits aus dem Wortlaut des Gesetzes (Krankheit im Zeitpunkt der Auflösung, welche erst durch die **einseitige Auflösungserklärung** zum Auflösungstermin ausgelöst wird); andererseits sprechen auch teleologische Erwägungen für ein solches Verständnis, insb damit der Anordnung der Entgeltfortzahlung auch ein relevanter zeitlicher Anwendungsbereich zukommt.

Die von *Burger* behauptete sprachlich unsaubere Gestaltung der Anordnung der Entgeltfortzahlung ist daher mE nicht nachvollziehbar; die Anknüpfung an die Erklärung der Auflösungsabsicht anstelle der eigentlichen Auflösungserklärung ist vom eindeutigen Wortlaut des § 17a Abs 8 nicht gedeckt.

Einzig das Argument, dass die Entgeltfortzahlungsanordnung ihren eigentlichen **Schutzzweck** (Verhinderung von außerordentlichen Auflösungen einzig und allein aus dem Grund der Kostenersparnis, siehe oben) verfehlt, kann nicht entkräftet werden. Aufgrund des langen Verfahrens der außerordentlichen Auflösung kann eine solche verpönte Motivation wohl keinem Lehrberechtigten unterstellt werden.

5.4.4. Zusammenfassung

Befindet sich also der Lehrling bereits bei der Einleitung des außerordentlichen Auflösungsverfahrens im Krankenstand, so ist dies für die grundsätzliche Möglichkeit der Auflösung und damit die Wirksamkeit der Absichtsmitteilung irrelevant. Wie im Falle von Kündigungen gibt es auch für außerordentliche Auflösungen kein Verbot derselben im Krankenstand.

Ebenso **wirkt sich** nach der hL³¹⁷ **ein Krankenstand** des Lehrlings **nicht** auf die für die Mediation zur Verfügung stehende Zeit aus; das für die Mediation zur Verfügung stehende Zeitfenster wird durch ihn nicht verlängert, die ex lege Beendigung der Mediation wird durch ein Fehlen des kranken Lehrlings beim Mediationsgespräch nicht verhindert. Folgt man dieser Ansicht, so wird die als ultima ratio des § 15a-

³¹⁷ *Burger in Resch*, Neuerungen, 17 (42-43); ebenso *Rauch*, ASoK 2008, 350 (354).

Verfahrens angedachte Auflösung des Lehrverhältnisses im Falle eines Krankenstandes des Lehrlings zum einzig möglichen Ergebnis. Diese rechtliche Behandlung eines Krankenstands des Lehrlings im Anwendungsbereich des § 15a führt im Effekt das gesamte Verfahren ad absurdum.

Der hL widersprechend muss mE hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen zwischen einer gerechtfertigten Abwesenheit von der Mediation und einem unbegründeten Fernbleiben unterschieden werden. Gerechtfertigt ist eine Abwesenheit von der Mediation jedenfalls bei Vorliegen eines Arbeitsverhinderungsgrundes iSd § 17a sowie bei Vorliegen sonstiger Dienstverhinderungsgründe (kollektivvertragliche bzw wichtige persönliche Gründe iSd § 8 Abs 3 AngG). Im Falle der **gerechtfertigten Abwesenheit** von der Mediation beginnt die gesetzlich vorgesehene Zeit für die Durchführung der Mediation (3 Wochen) ab Wegfall des Verhinderungsgrundes erneut zu laufen. Wird einem teilnahmebereiten Lehrling in dieser Zeit kein (weiteres) Mediationsgespräch ermöglicht, so ist die Auflösung als unzulässig anzusehen (zu den Rechtsfolgen siehe bereits Pkt 4.3.2.).

5.5. Das Problem der Verschwiegenheit der Vertrauensperson und des gesetzlichen Vertreters

Gem § 15a Abs 5 sechster Satz kann der Lehrling in das Mediationsverfahren auch eine Person seines Vertrauens miteinbeziehen. Dies ist jedoch im Hinblick auf deren **fehlende rechtliche Verpflichtung zur Verschwiegenheit** in einigen Fällen praktisch problematisch.³¹⁸ Ebenso wird mE auch die in der Literatur bisher nicht thematisierte fehlende Verschwiegenheitspflicht des zwingend in die Mediation miteinzubeziehenden gesetzlichen Vertreters (in der Regel ein Elternteil) eines noch mj Lehrlings Probleme bereiten können.

Verschwiegenheitspflicht im Allgemeinen ist die Verpflichtung zur Nichtverbreitung von Wissen über Tatsachen, die geheim sind und an deren Geheimhaltung ein Interesse besteht.³¹⁹ Im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses umfasst sie dienstlich zugewandene Informationen, an deren Geheimhaltung der Arbeitgeber ein besonderes betriebliches und geschäftliches Interesse hat³²⁰ – als solche kommen beispielsweise Kunden- und Lieferantenlisten, Produktionsabläufe,

³¹⁸ Vgl dazu insb *Burger*, ZAS 2010, 162 (167).

³¹⁹ *Brodil/Winter/Mazal* in *Mazal/Hutter*, 602.

³²⁰ *Brodil* in *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht Band II, Kap X Rz 86.

technische Verfahren oder Rezepturen in Frage.³²¹ Es ist natürlich durchaus möglich, dass solche Informationen und Tatsachen im Rahmen eines Mediationsverfahrens gem § 15a thematisiert werden und es stellt sich die Frage, ob und in welcher Weise die an der Mediation teilnehmenden Personen einer diesbezüglichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen.

5.5.1. Rechtlicher Ansatz

Der mit einer Lehrlingsmediation beauftragte **Mediator ist gem § 18 ZivMediatG** gesetzlich zur Verschwiegenheit über die Tatsachen verpflichtet „*die ihm im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurden*“³²². Eine Verletzung dieser Verschwiegenheitspflicht kann gem § 31 Abs 1 leg cit auf Verlangen des dadurch in seinen Interessen Beeinträchtigten strafrechtlich verfolgt werden.

Eine Verschwiegenheitspflicht des **Lehrlings**, der ja Arbeitnehmer ist, ergibt sich zum einen schon aus der ihn treffenden allgemeinen Treuepflicht; nach dieser ist er dazu angehalten, alle sachlich gerechtfertigten wirtschaftlichen und betrieblichen Interessen seines Arbeitgebers zu wahren.³²³ Zum anderen wird sie auch aus einzelnen gesetzlich normierten Verschwiegenheitspflichten (hier insb aus dem Entlassungstatbestand des § 15 Abs 3 lit d) in Form einer allgemeinen Verschwiegenheitspflicht per analogiam abgeleitet.³²⁴

Der **Lehrberechtigte** ist in der Mediation aufgrund der ihn als Arbeitgeber treffenden Fürsorgepflicht (§ 1157 ABGB, § 18 AngG) insbesondere zum Schutz der Persönlichkeitsrechte des Lehrlings verpflichtet.³²⁵ Er hat daher sämtliche Interessen, wie etwa Sittlichkeit und Ehre, des Lehrlings zu wahren³²⁶ und darf iSd Schutzes der Persönlichkeitsrechte sensible Informationen über den Lehrling in der Mediation gegenüber nicht zur Verschwiegenheit verpflichteten Personen nicht preisgeben.

Somit muss der Lehrberechtigte im Rahmen seiner Fürsorgepflicht die Persönlichkeitsrechte und berechtigten Interessen des Lehrlings in der Mediation schützen und unterliegt bezüglich bestimmter Informationen einer Verschwiegenheitspflicht. Darüberhinaus sind sowohl der Mediator als auch der

³²¹ Brodil/Winter/Mazal in Mazal/Hutter, 602.

³²² § 18 ZivMediatG.

³²³ OGH 20.4.1994, 9 ObA 23/94.

³²⁴ ZB Brodil/Winter/Mazal in Mazal/Hutter, 603; Pfeil in Zellkomm², § 27 AngG Rz 54ff.

³²⁵ Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁸, 260.

³²⁶ Karner in Mazal/Risak, Arbeitsrecht Band II Kap XV Rz 107.

Lehrling zur Wahrung von Geschäfts-oder Betriebsgeheimnissen verpflichtet, die im Laufe des Mediationsverfahrens von einem der Beteiligten angesprochen werden. Jedoch stellt sowohl eine auf Verlangen des Lehrlings zwingend in die Mediation miteinzubeziehende Vertrauensperson als auch sein evtl ebenfalls zwingend miteinzubeziehender gesetzlicher Vertreter einen Risikofaktor für den Lehrberechtigten dar, da **beide Personen weder nach ZivMediatG noch nach dem BAG zur Verschwiegenheit verpflichtet** sind. Weigert sich somit eine dieser Personen, sich vor oder während der Mediation vertraglich zur Verschwiegenheit zu verpflichten, so wird sich so mancher Lehrberechtigte zum eigenen Schutz uU nicht weiter in die Mediation einbringen wollen³²⁷, wenn darin Themen behandelt werden, die im betrieblichen Interesse geheim gehalten werden sollen.

An dieser Stelle ist ebenfalls zu bedenken, dass nach der derzeitigen Rechtslage im Falle der Ablehnung einer vertraglichen Verpflichtung zur Verschwiegenheit durch die Vertrauensperson oder den gesetzlichen Vertreter des Lehrlings der Lehrling korrekterweise erst von seiner Verschwiegenheitspflicht **entbunden** werden müsste, um in der Mediation in Anwesenheit nicht zur Verschwiegenheit verpflichteter Personen überhaupt über Geschäfts- bzw Betriebsgeheimnisse sprechen zu dürfen.³²⁸ Dies ergibt sich aus der bereits erwähnten (sowohl nach dem ZivMediatG als auch dem BAG) fehlenden Verschwiegenheitspflicht der beiden Personen in der Mediation; der seinerseits zur Verschwiegenheit verpflichtete Lehrling (siehe oben) darf in ihrer Gegenwart daher über Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse erst mit Zustimmung des Lehrberechtigten sprechen.

5.5.2. Wesen der Mediation

Um das Problem der fehlenden Verpflichtung zur Verschwiegenheit dritter Personen in der Lehrlingsmediation zu lösen, wäre es denkbar, das Wesen der Mediation als Grundlage für die weitere Auslegung heranzuziehen. Denn nicht nur § 15a kommt als Rechtsgrundlage für die Lehrlingsmediation in Frage, auch das **ZivMediatG** muss zum weiteren Verständnis herangezogen werden. Dieses ist nach § 15a Abs 4 auf das Mediationsverfahren der außerordentlichen Auflösung anwendbar und gegenüber § 15a als *lex generalis* anzusehen.

³²⁷ Burger, ZAS 2010, 162 (167).

³²⁸ Burger, ZAS 2010, 162 (167).

Dem ZivMediatG (vgl zu diesem näher Pkt 7.1.) liegt nämlich ein gewisser Mediationsbegriff zugrunde, welcher auch die Parameter der Lehrlingsmediation vorgibt. Insbesondere soll die Mediation ein **vertrauliches, konsensuales Verfahren** sein, in dem die Parteien ihren Konflikt eigenverantwortlich und kooperativ lösen können.³²⁹ Im Fokus der Mediation stehen dabei die **Interessen aller Beteiligten**³³⁰ Die Durchführung einer Mediation iSd ZivMediatG erfordert demnach von den Parteien ein hohes Maß an **Kooperationsbereitschaft**.³³¹

Es ist daher zu überlegen, ob sich schon aus dem Wesen der Mediation ergibt, dass der Lehrling das **Recht zur Beziehung von dritten Personen** nach dem BAG **nur dann** hat, wenn sich diese **zur Verschwiegenheit verpflichten** und sich damit dem Wesen der Mediation iSd ZivMediatG entsprechend verhalten.

§ 15a Abs 5 5. Satz lautet: „*in die Mediation sind der Lehrberechtigte, der Lehrling, bei dessen Minderjährigkeit auch der gesetzliche Vertreter und auf Verlangen des Lehrlings auch eine Person seines Vertrauens einzubeziehen*“. Dh, dass bei Minderjährigkeit des Lehrlings **jedenfalls** dessen gesetzlicher Vertreter in die Mediation einzubeziehen ist. Seine Teilnahme ist somit gesetzlich verpflichtend und fällt nicht in den Dispositionsbereich des Lehrlings. Anders verhält es sich mit der Vertrauensperson, welche unabhängig vom Alter des Lehrlings von diesem verlangt werden **kann**. Während also der gesetzliche Vertreter ex lege an der Mediation teilnehmen muss, hat der Lehrling auf die Teilnahme einer Vertrauensperson ein gesetzlich vorgesehene Recht, welches er geltend machen kann oder auch nicht.

Wenn nun schon der Lehrberechtigte, welcher ebenfalls gesetzlich zur Teilnahme an der Mediation verpflichtet ist, mangels ausdrücklicher Bestimmungen sowohl im BAG als auch im ZivMediatG nicht zu einem dem Wesen der Mediation entsprechenden Verhalten verpflichtet werden kann (siehe dazu Pkt 7.4.1.), so kann mE auch bezüglich des **gesetzlichen Vertreters** des Lehrlings **keine** Verpflichtung zur Unterzeichnung einer Verschwiegenheitsvereinbarung aus dem Wesen der Mediation abgeleitet werden.

Anders verhält es sich aber mit der **Vertrauensperson** des Lehrlings. § 15a Abs 5 5. Satz räumt dem Lehrling ein Recht darauf ein, eine Person seines Vertrauens in die

³²⁹ Falk/Koren in KommZivMediatG, § 1 Rz 2.5.

³³⁰ Falk/Koren in KommZivMediatG, § 1 Rz 2.5.1.

³³¹ Falk/Koren in KommZivMediatG, § 1 Rz 2.5.2.

Mediation miteinzubeziehen. Es kann mE argumentiert werden, dass dieses Recht des Lehrlings aus dem BAG nur dann ausgeübt werden darf, wenn dadurch die Parameter eines Mediationsverfahrens nach dem ZivMediatG weiterhin eingehalten werden können – konkret also die vertrauliche, konsensuale Konfliktlösung iSd Interessen aller Beteiligten. Da die Vertrauensperson sich freiwillig und ohne gesetzliche Verpflichtung zur Teilnahme an der Mediation entscheidet, scheint ein solcher Ansatz auch durchaus sachgerecht. Werden nun in der Mediation Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse thematisiert, so darf der Lehrling nur eine solche Person einbeziehen, die dazu bereit ist sich den Grundsätzen des Mediationsverfahrens des ZivMediatG zu unterwerfen.

Es kann daher aus dem **Wesen der Mediation iSd ZivMediatG** als vertrauliches, konsensuales und interessenorientiertes Verfahren abgeleitet werden, dass das Recht des Lehrlings zur Beiziehung einer Vertrauensperson nur dann besteht, wenn sich diese Person auf Verlangen des Lehrberechtigten vertraglich zur Verschwiegenheit verpflichtet.

5.5.3. Zusammenfassung

Sowohl der Lehrberechtigte als auch der Mediator und der Lehrling sind bezüglich gewisser Informationen gesetzlich zur Verschwiegenheit verpflichtet. Bezüglich der Vertrauensperson kann mE aus dem Wesen der Mediation iSd ZivMediatG abgeleitet werden, dass das Recht des Lehrlings zu ihrer Beiziehung nur dann besteht, wenn sie bereit ist sich vertraglich zur Verschwiegenheit zu verpflichten.

Somit bleibt als „Risikofaktor“ für den Lehrberechtigten noch der zwingend in die Mediation einzubeziehende **gesetzliche Vertreter** des mj Lehrlings, der weder gesetzlich zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, noch zur vertraglichen Verschwiegenheitsverpflichtung angehalten werden kann. Ist die Person zur vertraglichen Verschwiegenheitsvereinbarung bereit, so empfiehlt sich die Absicherung mittels Konventionalstrafe.

Zu beachten ist, dass ein mj Lehrling bei Anwesenheit seines nicht zur Verschwiegenheit verpflichteten gesetzlichen Vertreters erst **rechtswirksam** von seiner Verschwiegenheitspflicht **entbunden werden muss**, um in der Mediation über Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse sprechen zu dürfen.

5.6. Beendigung der Mediation?

In § 15a Abs 6 wird bestimmt, wann eine Mediation im Rahmen der außerordentlichen Auflösung als ordnungsgemäß beendet gilt und eine rechtswirksame außerordentliche Auflösung ermöglicht. Demnach endet die Mediation **ex lege durch Zeitablauf oder durch die Erzielung eines Ergebnisses**. Als Ergebnis gilt dabei entweder die Erklärung des Lehrberechtigten das Lehrverhältnis fortsetzen zu wollen, die des Lehrlings, nicht weiter auf der Fortsetzung zu bestehen oder eine Beendigungserklärung durch den Mediator. Während diese Arten der Beendigung im weiteren Verlauf noch aus mediationstheoretischer Sicht diskutiert werden, soll an dieser Stelle auf mögliche juristisch problematische Konstellationen eingegangen werden.

5.6.1. Modifikation/Ausdehnung der Beendigungsarten?

Es muss zunächst betont werden, dass es sich bei der Aufzählung in § 15a Abs 6 um eine taxative Enumeration der Beendigungsarten handelt. Andere rechtskonforme Beendigungen kommen nicht in Frage, denkbar ist allerdings eine **Modifikation der Beendigungsarten durch etwa weitere Zusagen** der Parteien; wie *Burger* dazu ausführt, könnte etwa das Mediationsergebnis im Kern auf die Fortsetzung des Lehrverhältnisses lauten, begleitet von der Zusage des Lehrlings, sein Verhalten in einer gewünschten Weise dauerhaft zu ändern. Rechtlich durchsetzbar wären solche Zusagen allerdings idR nicht, da ihre zwangsweise Einhaltung wohl in den meisten Fällen dem Zweck der Berufsausbildung widerlaufen würden.³³² Ebenso kann die Fortführung des Lehrverhältnisses nicht unter der Vereinbarung einer rechtswirksamen Resolutivbedingung als Ergänzung des Lehrvertrages vereinbart werden. Eine solche stellt, wie bereits ausgeführt, **keine zulässige fakultative Lehrvertragsklausel** dar: zulässig sind nur solche Zusatzvereinbarungen, die nicht gesetz- oder sittenwidrig sind.

Vor allem Ausdehnungen der Auflösungsgründe des Lehrverhältnisses³³³, Ausbildungskostenrückerersatzklauseln oder Vereinbarungen über Zahlungen von Lehrgeld des Lehrlings an den Lehrberechtigten³³⁴ kommen also nicht in Frage.³³⁵

³³² *Burger* in *Resch*, Neuerungen, 17 (36).

³³³ OGH 06.09.1983, 4 Ob 101/83, RdW 1984,53 = ÖA 1985, 55.

³³⁴ OGH 13.09.1989, 9 ObA 249/89, WBI 1990,80 = SZ 62/151 = Arb 10825.

³³⁵ Vgl *Preiss/Spitzl* in *ZellKomm*², §12 BAG Rz 30 ff.

Daher wäre auch eine zusätzlich als Ergänzung des Lehrvertrages vereinbarte Kündigungsmöglichkeit des Lehrberechtigten für den Fall, dass der Lehrling seine Zusagen nicht einhält, oder die Vereinbarung der (teilweisen) Rückzahlung der Lehrlingsentschädigung als Sanktion bei Verstoß gegen die Zusage rechtsunwirksam: eine Erweiterung der Auflösungsgründe des § 15 Abs 3 durch Parteienvereinbarung ist nicht zulässig und eine Pönalzahlung verstößt gegen das Unabdingbarkeitsprinzip des entgeltlichen Lehrvertrags.³³⁶

5.6.2. Beendigungserklärung durch den Mediator

Ebenfalls ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, dass der **Mediator** bei der Beendigung der Mediation an **keine Gründe oder Voraussetzungen** gebunden ist. Es ergibt sich aus den Materialien zum ZivMediatG allerdings, dass er die Mediation insbesondere dann von sich aus für beendet erklären soll, wenn der fehlende Wille der Medianden zur Fortsetzung der Mediation erkennbar wird.³³⁷

5.6.3. Erklärung des Lehrlings gem § 15a Abs 6 ohne Mediation?

Die Erklärung des Lehrlings, nicht weiter auf Fortsetzung des Lehrverhältnisses zu bestehen, ist als mögliches Ergebnis der Mediation juristisch von der Zustimmung des Lehrlings zur Auflösung abzugrenzen. Während die Zustimmung zur Auflösung, wie bereits ausgeführt, der Schriftform und gegebenenfalls der Zustimmung des/der gesetzlichen Vertreter/s bedarf, ist die Erklärung des Lehrlings gem § 15a Abs 6 nach *Burger* als **bloße Hinnahme** des Auflösungswunsches des Lehrberechtigten zu verstehen³³⁸. Sie hat lediglich die ordnungsgemäße Beendigung des Mediationsverfahrens zur Folge, sodass der Lehrberechtigte zur rechtswirksamen Auflösung des Lehrverhältnisses nach wie vor zeitgerecht eine schriftliche Auflösungserklärung zustellen muss.

Im Zusammenhang mit der Erklärung des Lehrlings, nicht weiter auf der Fortsetzung des Lehrverhältnisses bestehen zu wollen, stellt *Maska* die Frage, ob diese der rechtswirksamen außerordentlichen Auflösung durch den Lehrberechtigten dann schadet, wenn sie ohne Durchführung eines Mediationsverfahrens erfolgt.³³⁹ Diese Frage lässt er jedoch unbeantwortet. ME führt eine solche **formlose**, etwa mündlich

³³⁶ *Burger* in *Resch*, Neuerungen, 17 (36).

³³⁷ ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 20.

³³⁸ *Burger* in *Resch*, Neuerungen, 17 (37).

³³⁹ *Maska*, *ecolex* 2009, 153 (154).

abgegebene Erklärung des Lehrlings nicht weiter auf der Fortsetzung des Lehrverhältnisses bestehen zu wollen, **zum Scheitern der außerordentlichen Auflösung**; dies nämlich dann, wenn der Lehrberechtigte nicht trotzdem ein Mediationsverfahren einleitet und in weiterer Folge selbst oder durch einen Ausbilder vertreten beim Mediator erscheint. Denn eine solche Erklärung kann nicht als rechtswirksamer Teilnahmeverzicht des Lehrlings am Mediationsverfahren gem § 15a Abs 3 (sog Ablehnungserklärung) gewertet werden, da dieser **schriftlich** erfolgen müsste. Ohne eine solche schriftliche Verzichtserklärung muss aber jedenfalls ein Mediationsverfahren eingeleitet werden.

Erklärt der Lehrling also im Vorfeld der Mediation formlos, dass er ohnehin kein Interesse an einer Fortführung des Lehrverhältnisses hat, so ist eine solche Erklärung wie eine schon im Vorfeld angekündigte „**Nichtteilnahme**“ des Lehrlings an der Mediation zu beurteilen. Der Lehrberechtigte muss zur außerordentlichen Auflösung trotzdem einen Mediator beauftragen und selbst (uU auch durch einen geeigneten Ausbilder vertreten) bei zumindest einem Mediationsgespräch anwesend sein. Das Mediationsverfahren wird so durch Zeitablauf ex lege enden, wonach die außerordentliche Auflösung ausgesprochen werden kann.

Gerade in diesem Ergebnis manifestiert sich der **Sinn und Zweck** der Anordnung der **Schriftform** für die Ablehnungserklärung gem Abs 6 und seiner 14-tägigen **Widerrufsfrist** sowie der strengen Vorschriften für seine rechtswirksame **Auflösungserklärung** – es soll dem Lehrling einerseits durch die Anordnung der Schriftform für die Ablehnungserklärung bewusst werden, dass er sich gewissermaßen die Chance auf ein konfliktbereinigendes Gespräch und die mögliche Fortführung seines Lehrverhältnisses entgehen lässt und ihm andererseits aufgrund der eingeführten 14-tägigen Widerrufsfrist ermöglicht werden, seine Meinung gegebenenfalls sogar noch zu ändern. Möchte er das Lehrverhältnis wirklich von sich aus beenden, so müssen beim mj Lehrling darüberhinaus die Eltern seiner Auflösungserklärung zustimmen. Eine formfreie Erklärung des Lehrlings, womöglich im Rahmen eines Streites, kein Interesse an der Fortsetzung dieses Lehrverhältnisses zu haben, soll ja gerade keine vertragsauflösenden Rechtswirkungen nach sich ziehen. Mediationstheoretisch ist an dieser Stelle anzumerken, dass auch eine solche Haltung und Reaktion im Rahmen der Konfliktbearbeitung in der Mediation behandelt werden kann.

5.7. Anspruch auf Postensuchtage?

Als **Postensuchtage** bezeichnet man den Anspruch auf Freizeit während der Beendigungsphase eines Arbeitsverhältnisses gem § 1160 Abs 1 ABGB (bzw § 22 AngG) im Falle von Arbeitgeberkündigung.³⁴⁰ Ein solcher Anspruch wird im Bereich des BAG auf die außerordentliche Auflösung nicht angeordnet.

Da die außerordentliche Auflösung des Lehrvertrages auch auf Initiative des Arbeitgebers hin möglich ist und (wie im folgenden Kapitel noch dargestellt wird) einer Kündigung im Wesentlichen gleicht, kann mE argumentiert werden, dass § 1160b ABGB auch mangels ausdrücklicher Anordnung im BAG **analog** zur Anwendung kommt³⁴¹. Ebenso kann teleologisch argumentiert werden, dass der Sinn und Zweck des Freizeitanspruches darin besteht, dem Arbeitnehmer in der Beendigungsphase eines Arbeitsverhältnisses das Auffinden eines neuen Arbeitsplatzes zu erleichtern.³⁴² Auch im Falle einer außerordentlichen Auflösung muss sich der Lehrling in der Beendigungsphase seines Lehrverhältnisses um eine neue Lehrstelle bemühen, weshalb er vom Telos der Bestimmung umfasst ist. Es steht dem Lehrling daher, sofern kollektivvertraglich nichts anderes vereinbart ist³⁴³, auf sein Verlangen während der einmonatigen Auflösungsfrist bezahlte Freizeit im Ausmaß von mindestens einem Fünftel seiner regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit zu.³⁴⁴

5.8. Einvernehmliche Lehrvertragsauflösung in der Mediation?

Sitzen in der Mediation Lehrling und Lehrberechtigter sprichwörtlich gemeinsam an einem Tisch und sprechen dort über die Schwierigkeiten im Umgang miteinander, so könnte es natürlich durchaus sein, dass sie sich dort auf die einvernehmliche Auflösung des Lehrvertrages einigen möchten. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass die Formvorschriften und sonstigen Wirksamkeitsvoraussetzungen der

³⁴⁰ Schindler in Mazal/Risak, Arbeitsrecht Band II, Kap XX Rz 3; Rotter, Wann gebührt Freizeit zur Postensuche?, ASoK 2002, 217.

³⁴¹ So auch Burger in Resch, Neuerungen, 17 (41-42).

³⁴² Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG-Kommentar, § 22 Rz 2.

³⁴³ Denn die genannten gesetzlichen Vorschriften sind kollektivvertragsdispositiv, vgl zB Schindler in Mazal/Risak, Arbeitsrecht Band II, Kap XX Rz 8.

³⁴⁴ Burger in Resch, Neuerungen, 17 (41-42).

einvernehmlichen Lösung nach der hL³⁴⁵ durch das Mediationsverfahren nicht außer Kraft gesetzt werden und damit weiterhin einzuhalten sind.

a.) Meinungsstand

Zunächst ist zu beachten, dass die einvernehmliche Auflösung **schriftlich** erfolgen muss (eine reine Protokollierung einer mündlichen Auflösungserklärung durch den Mediator ohne Unterschrift beider Parteien erfüllt daher das Schriftformerfordernis nicht) und beim mj Lehrling gem § 15 Abs 2 BAG iVm § 167 Abs 2 ABGB die **Zustimmung** beider vertretungsbefugter Elternteile notwendig ist.³⁴⁶

Weiters setzt eine einvernehmliche Lehrvertragsauflösung voraus, dass der Lehrling eine **amtliche Bescheinigung gem § 15 Abs 5** über seine Belehrung durch Gericht oder AK vorlegt.³⁴⁷ Wie bereits dargestellt soll diese zur Gültigkeit der Auflösung zwingend notwendige Belehrung den (auch volljährigen!) Lehrling vor überstürzter oder leichtfertiger Vereinbarung einer einvernehmlichen Auflösung schützen und auch die Durchführung eines Mediationsverfahrens ändert nichts an der zwingenden Notwendigkeit einer solchen Belehrung.³⁴⁸ Eine im Rahmen des Mediationsverfahrens vereinbarte einvernehmliche Auflösung entfaltet **keine Rechtswirkungen und das Lehrverhältnis bleibt weiterhin aufrecht**, wenn der Lehrling nicht zuvor eine Amtsbestätigung eines Arbeits- und Sozialgerichts oder eine Bescheinigung einer Kammer für Arbeiter und Angestellte iSd § 15 Abs 5 eingeholt hat.³⁴⁹

Das bedeutet im Ergebnis, dass nach einer Aussprache in der Mediation noch zusätzlich eine arbeits- und sozialgerichtliche Belehrung des Lehrlings zur Rechtswirksamkeit einer in oder nach der Mediation vereinbarten einvernehmlichen Auflösung notwendig ist. Wurde der Lehrling daher nicht bereits vor dem Mediationsgespräch belehrt, so ist damit nach seiner Belehrung **noch eine weitere Mediationssitzung** notwendig, damit die einvernehmliche Auflösung in der Mediation auch wirksam vereinbart werden kann.

Dieses Verständnis der hL von § 15 Abs 5 iVm § 15a führt damit in der Praxis zu einem doch recht umständlichen Verfahren. Wenn man bedenkt, dass das

³⁴⁵ Steinlechner, taxlex 2008, 349 (350); Burger, ZAS 2010, 162 (167).

³⁴⁶ Burger, ZAS 2010, 162 (167).

³⁴⁷ Steinlechner, taxlex 2008, 349 (350).

³⁴⁸ Burger, ZAS 2010, 162 (167).

³⁴⁹ Steinlechner, taxlex 2008, 349 (350).

Lehrverhältnis im Rahmen der außerordentlichen Auflösung auch ohne gerichtliche Belehrung (und damit viel einfacher) beendet werden kann, so kommt man zum Schluss, dass wohl eine Mehrheit der potenziell zu einer einvernehmlichen Auflösung bereiten Medianden aus Praktikabilitätsgründen lieber in der Auflösungsschiene des § 15a verbleibt.

b.) Eigene Ansicht

Vor dem Hintergrund der einander ähnlichen Schutzzwecke der Mediation und der Belehrung des Lehrlings (siehe sogleich) stellt sich daher die Frage, ob § 15 Abs 5 **teleologisch reduziert** werden kann. Im Rahmen einer teleologischen Reduktion ist zu prüfen, ob ein als zu weit empfundener Gesetzeswortlaut so eingeschränkt werden kann, dass er im Ergebnis mit den grundsätzlichen gesetzlichen Wertentscheidungen und dem Gesetzeszweck wieder in Einklang steht.³⁵⁰

Der objektive Zweck, also die ratio des Belehrungserfordernisses, ist der Schutz des Lehrlings vor übereilter bzw leichtfertiger Vereinbarung einer einvernehmlichen Auflösung.³⁵¹ Der Lehrling soll sich im Zeitpunkt der einvernehmlichen Auflösung über deren Konsequenzen im Klaren sein und nicht impulsiv und unüberlegt etwas entscheiden, das bei genauerem Überlegen nie seine ernsthafte Absicht war. Ebenso soll das Mediationsverfahren eine Plattform für den Lehrling und den Lehrberechtigten sein um alle Möglichkeiten zur Aufrechterhaltung des Lehrverhältnisses auszuschöpfen und ausreichend zu diskutieren.³⁵²

Wenn schon das Mediationsverfahren zur Klärung der Lage dient und konfliktlösend wirken soll (dessen Zweck ist die Auseinandersetzung mit der tatsächlichen Situation und ein gemeinsames Erarbeiten möglicher interessenorientierter Lösungen), so ist im Zeitpunkt der einvernehmlichen Auflösung ja bereits ein gewisses Rechtsfolgenbewusstsein sowie eine vorgelagerte Auseinandersetzung mit der Lehrvertragsauflösung beim Lehrling garantiert. Die vom Gesetzgeber befürchtete **Gefahr einer übereilten bzw leichtfertigen Vereinbarung** droht in diesem Fall nicht so sehr wie eben im Falle der einvernehmlichen Auflösung außerhalb einer Mediation, für welche ein vorhergehendes Belehrungserfordernis ausdrücklich angeordnet wird.

³⁵⁰ Vgl *Bydlinski*, Grundzüge², 90-92; *Bydlinski*, Grundzüge des Privatrechts⁸ (2010) Rz 28-30.

³⁵¹ *Preiss* in *ZellKomm*², § 15 BAG Rz 17.

³⁵² *BMWA*, 162/ME 23. GP 5.

Es ist daher mE eine einschränkende Auslegung von § 15 Abs 5 die angemessenere, wonach die **Belehrung** durch AK oder ASG im Falle einer einvernehmlichen Auflösung während einer Mediation nach § 15a zwar erforderlich ist, aber **auch nachgeholt werden kann**. Sie muss nicht zwingend vor der Auflösungsvereinbarung eingeholt werden, da die Gefahr der übereilten und leichtfertigen Auflösung schon durch das Mediationsverfahren beseitigt wird.

Eine **nachträgliche** Belehrung des Lehrlings über die genauen Rechtsfolgen der Auflösung erscheint dennoch sinnvoll, da der Mediator mangels Verpflichtung zur einschlägigen Ausbildung dahingehend nicht ausreichend aufklären kann. Nach dem Wortlaut des § 15 Abs 5 soll durch die Belehrung ja nicht nur die Überstürzungsgefahr hintangehalten werden, sondern im Weiteren auch eine umfassende rechtliche Aufklärung des Lehrlings über die Bestimmungen zur Auflösung und Ansprüche seinerseits (bspw Urlaubersatzleistung) erfolgen. Dabei muss die nachträgliche Belehrung des Lehrlings innerhalb eines angemessenen Zeitraumes nach der einvernehmlichen Auflösung in der Mediation erfolgen. Unverzüglichkeit (wie etwa bei der Ablehnung des Mediators durch den Lehrling gem § 15a Abs 5) ist mE nicht erforderlich. Eine Frist von 14 Tagen (Widerrufsfrist der Ablehnungserklärung gem § 15a Abs 3) erscheint wiederum zu lange, bedenkt man die zwischenzeitliche schwebende Unwirksamkeit der Auflösungserklärung. Eine Frist von einer Woche, also fünf Werktagen, erscheint in diesem Fall angemessen.

Möglich wären auch einzelne Fallkonstellationen, in denen **selbst die nachträgliche Belehrung** mE **nicht mehr erforderlich** ist und § 15 Abs 5 überhaupt nicht mehr anwendbar wäre. So bspw wenn der aufgrund einer speziellen Ausbildung qualifizierte Mediator (wenn er zB im Grundberuf Jurist ist oder eine einschlägige Weiterbildung zum Thema Lehrlingsmediation absolviert hat) den Lehrling in der Mediation direkt vor dem Abschluss der einvernehmlichen Auflösungsvereinbarung belehrt. Auch in Fällen, in denen der Lehrling einen Vertreter der AK als Vertrauensperson in die Mediation miteinbezieht, wäre seine nachträgliche Belehrung nicht mehr erforderlich. In beiden Fällen wäre nämlich die Gefahr einer überstürzten Auflösung nicht gegeben und gleichzeitig die tatsächliche Informiertheit des Lehrlings über ihre Rechtsfolgen garantiert.

5.8.1. Zusammenfassung

Nach der hL ist eine in der Mediation nach § 15a vereinbarte einvernehmliche Auflösung des Lehrverhältnisses nur dann wirksam, wenn zuvor eine nach § 15 Abs 5 erforderliche **Belehrung des Lehrlings** durch die AK oder das ASG erfolgt ist. Das bedeutet in der Praxis entweder eine zusätzliche Mediationssitzung oder aber – aus praktischen Gründen wohl die realistischere Alternative – ein Verbleiben der Parteien in der Auflösungsschiene des § 15a trotz einvernehmlicher Einigung auf das Ende des Lehrverhältnisses.

ME kann **§ 15 Abs 5 teleologisch reduziert** werden, sodass im Ergebnis eine Belehrung im Falle der einvernehmlichen Lehrvertragsauflösung auch noch **nachträglich** erfolgen kann. Eine Frist von fünf Werktagen nach Abschluss der einvernehmlichen Auflösung erscheint dabei angemessen. Mit Einholung der Belehrungsbescheinigung wird die zuvor schwebend unwirksame Auflösung rechtswirksam.

Praktisch empfiehlt sich daher bei einvernehmlicher Auflösung in der Mediation die schriftliche Vereinbarung zwischen Lehrling und Lehrberechtigtem, dass der Lehrling die schriftliche Belehrungsbescheinigung binnen fünf Werktagen nachreichen wird.

5.9. Die Anwendbarkeit des GIBG

Obwohl die Möglichkeit der Anfechtung einer durch den Lehrberechtigten aus diskriminierenden Gründen iSd **GIBG**³⁵³ erfolgten außerordentlichen Auflösung des Lehrverhältnisses in der taxativen Aufzählung der Kündigungsschutzbestimmungen in § 15a Abs 8 nicht angeführt ist, wird sie von der **hL**³⁵⁴ zugesprochen.

Das GIBG sieht als Rechtsfolgen der Erfüllung eines seiner Diskriminierungstatbestände eine Reihe von Sanktionen vor, im Zusammenhang besonders relevant ist die Möglichkeit der Anfechtung einer aus diskriminierenden Gründen erfolgten **Kündigung oder Entlassung** vor den Arbeits- und Sozialgerichten³⁵⁵. Es stellt sich an dieser Stelle nämlich die Frage, ob auch eine aus diskriminierenden Gründen iSd GIBG erfolgte außerordentliche Auflösung bei Gericht angefochten werden kann.

³⁵³ BGBl I 2005/82 idgF.

³⁵⁴ *Spitzl* in ZellKomm², § 15a BAG Rz 17; *Burger* in *Resch*, Neuerungen 17 (46); *Winkler*, ZAS 2008, 244 (247).

³⁵⁵ *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁸, 379.

Da das GIBG für **alle privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse** gilt – ausgenommen sind gem §§ 1, 16 GIBG lediglich Arbeitsverhältnisse zu bestimmten Gebietskörperschaften oder zum Bund – erfasst sein Anwendungsbereich auch das Lehrverhältnis. Grundsätzlich kommen daher die Bestimmungen des GIBG auch im Lehrverhältnis zur Anwendung.

Um zu klären, ob auch eine **diskriminierende außerordentliche Auflösung** nach den Bestimmungen des GIBG angefochten werden kann, muss geprüft werden, ob der genaue Wortlaut des Gesetzes eine solche erfasst. Dabei ist zu beachten, dass die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit von diskriminierenden Kündigungen und Entlassungen nicht einheitlich, sondern je nach Diskriminierungsgrund im I. oder II. Teil gesondert angeführt ist.

Der I. Teil des GIBG, welcher die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt regelt, statuiert in § 12 Abs 7 folgendes: *„Ist das Arbeitsverhältnis vom/von der Arbeitgeber/in wegen des Geschlechtes des/der Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin oder wegen der nicht offenbar unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen nach diesem Gesetz gekündigt oder vorzeitig beendet worden oder ist das Probearbeitsverhältnis wegen eines solchen Grundes aufgelöst worden (§ 3 Z 7), so kann die Kündigung, Entlassung oder Auflösung des Probearbeitsverhältnisses bei Gericht angefochten werden.“* Die außerordentliche Auflösung ist somit vom 1. Halbsatz (*„Ist das Arbeitsverhältnis [...] gekündigt oder vorzeitig beendet worden [...]“*) erfasst, da sie eine vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses darstellt. Die fehlende Erwähnung der außerordentlichen Auflösung in der Aufzählung des 2. Halbsatzes (*„[...] so kann die Kündigung, Entlassung oder Auflösung des Probearbeitsverhältnisses bei Gericht angefochten werden“*) stellt insbesondere angesichts der Tatsache, dass die außerordentliche Auflösung 2008 neu eingeführt wurde, mE kein Hindernis für die Anwendbarkeit des GIBG auf diese dar.

Zwar konnte diese Auflösungsform in der Stammfassung des GIBG noch nicht berücksichtigt werden und wurde auch in späteren Novellierungen (die letzte erfolgte 2013 durch BGBl I 107/2013) nicht bedacht; sie ist jedoch vom Telos der Bestimmung – Rechtsschutz bei jeder Art der diskriminierenden vorzeitigen Beendigung von Arbeitsverhältnissen³⁵⁶ - erfasst. Dieser ergibt sich in Wege einer

³⁵⁶ Vgl Hopf/Mayr/Eichinger, Kommentar zum GIBG (2009) § 12 Rz 142.

gebotenen **europarechtskonformen Interpretation** aus der Jud des EuGH³⁵⁷ zum sehr weit auszulegenden Entlassungsbegriff der maßgeblichen Richtlinien.³⁵⁸

Darüberhinaus entspricht (wie unter Pkt 6.1.) noch dargestellt wird, mE die außerordentliche Auflösung in ihren Tatbestandsmerkmalen einer Kündigung. Als Sonderform der Kündigung für den Bereich des BAG kann die außerordentliche Auflösung nach dieser Ansicht unter den gesetzlichen Begriff „Kündigung“ subsumiert werden und ist daher sogar wörtlich vom 2. Halbsatz erfasst.

Da sich der Entlassungsbegriff des II. Teils des GIBG (nämlich der sog Antidiskriminierungstatbestände bei Diskriminierungen aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung) mit jenem des I. Teils decken (§ 12 Abs 7 und § 26 Abs 7), kann die vorhergehende Argumentation auch auf Anfechtungsmöglichkeiten einer aus diskriminierenden Gründen des II. Teils des GIBG erfolgten außerordentlichen Auflösung umgelegt werden.

In jedem Fall gelangt man auf interpretativem Wege zu einer generellen **Anwendbarkeit der Anfechtungsmöglichkeiten des GIBG** auf Lehrverhältnisse; und damit auch zur Möglichkeit einer gerichtlichen Anfechtung von diskriminierenden außerordentlichen Auflösungen nach den Bestimmungen des I. und des II. Teiles des GIBG. Die Lehre spricht sich ebenfalls für diese Ansicht aus.³⁵⁹

5.10. Die Ausbildungsgarantie des § 38e AMSG – altersdiskriminierende Einschränkung auf Minderjährige?

Wie bereits erwähnt, sollte die durch die Einführung der außerordentlichen Auflösungsmöglichkeit des § 15a erhöhte Flexibilität des Lehrverhältnisses iSd sog „*flexicurity*“-Ansatzes durch die gleichzeitige Schaffung bzw Erweiterung der Ausbildungsgarantie ausgeglichen werden. Als **Form der sozialen Sicherheit** soll sie das Gegengewicht zur leichteren Auflösbarkeit darstellen³⁶⁰ und damit die „Kompromisslösung Ausbildungsübertritt“ zwischen der Forderung der Wirtschaft nach erleichterter Auflösung und dem öffentlichen Interesse an einer vollständigen

³⁵⁷ Bspw EuGH Rs 19/81, Burton, Slg 1982, 554; Rs C-187/00, Kutz-Bauer, Slg 2003, I-2741;

³⁵⁸ *Windisch-Graetz* in ZellKomm², § 4 Rz 32.

³⁵⁹ So bspw *Spitzl* in ZellKomm², Rz 17 zu § 15a BAG; *Burger* in *Resch*, Neuerungen 17 (46); *Winkler*, ZAS 2008, 244 (247).

³⁶⁰ *Burger* in *Resch*, Neuerungen, 17 (22).

Berufsausbildung der Jugendlichen ermöglichen.³⁶¹ Nach dieser kann der jugendliche Lehrling nach der außerordentlichen Auflösung seines Lehrverhältnisses, wenn er das möchte, in eine neue Ausbildung, die ihm vom AMS vermittelt wird, „übertreten“.

5.10.1. Entwicklung der Ausbildungsförderung jugendlicher Lehrlinge

Bereits vor der BAG Novelle 2008 gab es verschiedene Maßnahmen zur Sicherung der Jugendausbildung. Wenn Jugendliche keine geeignete Lehrstelle fanden war schon zuvor eine Ausbildung von Lehrlingen außerhalb von Wirtschaftsunternehmen (bzw von Anstalten und Schulen iSd § 19 idgF³⁶²) gem § 30 aF im Rahmen von sog „besonderen selbständigen Ausbildungseinrichtungen“ oder in Ausbildungsprojekten nach dem Jugendausbildungs-Sicherungsgesetz³⁶³ möglich.³⁶⁴ Durch eine Verschmelzung dieser beiden selbständigen Ausbildungseinrichtungen im Zuge der BAG-Novelle 2008 gibt es seither nur noch einen **einheitlichen Ausbildungstypus für die „überbetriebliche Lehrlingsausbildung“** gem § 30 idgF. In diesen neuen Ausbildungseinrichtungen kann nun erstmals auch die gesamte Ausbildung absolviert werden und die Inhaber einer solchen können durch Auflagen dazu verpflichtet werden, sich um die Vermittlung der auszubildenden Personen in reguläre betriebliche Lehrverhältnisse zu bemühen.³⁶⁵ Diese Neuregelung und Vereinheitlichung entspricht damit den Materialien zufolge zum einen der Zielsetzung die überbetriebliche Lehrausbildung als gleichwertigen und regulären Teil der Berufsausbildung einzurichten aber gleichzeitig auch der Prämisse, die betriebliche Lehrausbildung weiterhin als prioritäre Ausbildungsform beizubehalten.³⁶⁶

5.10.2. Wie funktioniert die Ausbildungsgarantie?

Wird das AMS über die Beendigung eines Lehrverhältnisses gem § 15a informiert, so hat es gem § 38e AMSG zunächst einen **Vermittlungsauftrag** zu erfüllen. Es hat einem Lehrling, der die Fortsetzung seiner Ausbildung anstrebt, binnen drei Monaten

³⁶¹ BGBl I 1998/91.

³⁶² Ausbildung oder Beschäftigung im Rahmen einer Anstalt für Erziehungsbedürftige, Körperbehinderte oder in Justizanstalten.

³⁶³ *Hölbl*, Neue Bestimmungen im Berufsausbildungsgesetz – Ausbildungsgarantie und Ausbildungsübertritt, ASoK 2008, 242 (243).

³⁶⁴ *Burger*, Aktuelle Entwicklungen zur Beendigung von Lehrverhältnissen, in *Wachter/Burger* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen zum Arbeits- und Sozialrecht (2009) 65 (99).

³⁶⁵ *Hölbl*, ASoK 2008, 242.

³⁶⁶ *Aubauer/Neumann*, taxlex 2008, 304 (306); Vgl ebenso ErläutRV 505 BlgNR 23. GP 4.

nach Erhalt der Information einen neuen Ausbildungsplatz entweder im bisher erlernten Lehrberuf, in einem demselben Berufsbereich angehörenden Lehrberuf oder in einem anderen vom Jugendlichen gewünschten Lehrberuf zu vermitteln. Dies kann ein Ausbildungsplatz in einem Lehrbetrieb, ein freier Ausbildungsplatz in einer überbetrieblichen Ausbildungseinrichtung oder eine Ausbildung durch eine „*sonstige geeignete Maßnahme*“ sein (im letzteren Fall kommen hier den Materialien zufolge etwa geeignete AMS-Kurse oder Facharbeiterintensivausbildungen in Frage³⁶⁷). Es soll dadurch eine kontinuierliche Berufsausbildung gewährleistet werden.³⁶⁸

Erst wenn das AMS diesen Vermittlungsauftrag nicht erfüllen kann, weil sich kein solcher Ausbildungsplatz findet, greift die **eigentliche Ausbildungsgarantie** des § 38d Abs 1 AMSG: „*soweit berufliche Ausbildungsmöglichkeiten für Jugendliche nicht durch Vermittlung auf Lehrstellen oder andere Maßnahmen sichergestellt werden können, hat das Arbeitsmarktservice geeignete Ausbildungseinrichtungen mit der überbetrieblichen Lehrausbildung zu beauftragen*“. Das bedeutet: das AMS hat für einen Lehrling, für den binnen drei Monaten nach Information über die außerordentliche Auflösung seines Lehrverhältnisses kein geeigneter freier Ausbildungsplatz gefunden werden konnte, im Rahmen einer überbetrieblichen Ausbildungseinrichtung eine **neue Lehrstelle** zu schaffen.³⁶⁹

Ein Lehrling, dessen Lehrverhältnis im Rahmen eines Ausbildungsübertrittes aufgelöst wird, hat daher zwar einen **Anspruch auf einen Ausbildungsplatz**, zu beachten ist aber, dass er gem § 3 Z 9 AMFG³⁷⁰ dem AMS gegenüber keinen Rechtsanspruch auf die Vermittlung eines *bestimmten* Ausbildungsplatzes hat.³⁷¹

Insbesondere ist zu beachten, dass sowohl der Vermittlungsauftrag an das AMS als auch die Ausbildungsgarantie explizit nur für **jugendliche**, dh laut den Materialien minderjährige, Lehrlinge vorgesehen sind.³⁷² Volljährige Lehrlinge haben daher nach einer außerordentlichen Auflösung ihres Lehrverhältnisses nach den Vorschriften des sog Ausbildungsübertrittes des § 15a im Falle des Scheiterns der Vermittlung durch das AMS keinen Anspruch auf einen Ausbildungsplatz. Ihnen kommt nur eine

³⁶⁷ ErläutRV 505 BlgNR 23. GP 4.

³⁶⁸ *Burger in Wachter/Burger*, Aktuelle Entwicklungen, 65 (100).

³⁶⁹ So auch *Burger in Wachter/Burger*, Aktuelle Entwicklungen, 65 (100).

³⁷⁰ BGBl 1969/31 idgF.

³⁷¹ *Burger in Wachter/Burger*, Aktuelle Entwicklungen 65 (100); ebenso *Winkler*, ZAS 2008, 244 (246).

³⁷² Ebenso *Burger in Wachter/Burger*, Aktuelle Entwicklungen 65 (101).

Hälfte der Maßnahmen iSd Flexicurity-Ansatzes „zu Gute“ – nämlich jene des flexibleren Lehrverhältnisses. In den Genuss der sozialen Sicherheitskomponente des Ausbildungsübertrittes kommen sie hingegen nicht.

Bedenkt man, dass in Österreich in den letzten Jahren rund 16,7 % der Lehrlinge bereits in ihrem 1. Lehrjahr volljährig waren³⁷³, so ergibt sich, dass diese Situation nicht nur theoretisch sondern auch praktisch sehr problematisch ist. **Bereits am Beginn seiner Lehre ist jeder sechste Lehrling volljährig.** Im zweiten Lehrjahr sind bereits doppelt so viele Lehrlinge (33%)³⁷⁴ volljährig. Zum ersten Termin der außerordentlichen Auflösung hat also im Durchschnitt jeder sechste Lehrling keine Art sozialer oder rechtlicher Sicherheit nach seiner Lehrvertragsauflösung, zum zweiten Termin sogar jeder dritte.

5.10.3. Einschränkung der Ausbildungsgarantie

Aus dieser Einschränkung der Ausbildungsgarantie auf mj Lehrlinge sowie der (unter 6. noch genau aufgezeigten) Rechtsnatur der außerordentlichen Auflösung – die materiell eine Kündigung ist – ergeben sich eine Reihe von juristisch zu bearbeitenden Fragen.

Zunächst bestehen gegen die Einschränkung der Ausbildungsgarantie **verfassungsrechtliche sowie europarechtliche Bedenken.** Wie ist die nur auf Minderjährige anwendbare Ausbildungsgarantie vor dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz zu beurteilen? Führt nicht ein eventueller Verstoß gegen die Rahmen-RL zur Gleichbehandlung³⁷⁵ durch § 38d Abs 1 AMSG zur Notwendigkeit der europarechtskonformen Interpretation der RL und damit zur Anwendung der Ausbildungsgarantie auch auf volljährige Lehrlinge?

³⁷³ IBW, Lehrlingsausbildung im Überblick 2011, <http://www.bmwfj.gv.at/Berufsausbildung/LehrlingsUndBerufsausbildung/Documents/Lehrlingsausbildung%20im%20Überblick.2011.pdf> [14.10.2013]; IBW, Lehrlingsausbildung im Überblick 2012, http://www.ibw.at/components/com_redshop/assets/document/product/1349869951_fb171.pdf [14.10.2013].

³⁷⁴ IBW, Lehrlingsausbildung im Überblick 2011, <http://www.bmwfj.gv.at/Berufsausbildung/LehrlingsUndBerufsausbildung/Documents/Lehrlingsausbildung%20im%20Überblick.2011.pdf> [14.10.2013]; IBW, Lehrlingsausbildung im Überblick 2012, http://www.ibw.at/components/com_redshop/assets/document/product/1349869951_fb171.pdf [14.10.2013].

³⁷⁵ RL 2000/78/EG vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichstellung in Beschäftigung und Beruf, ABl L 303/16.

Insbesondere im Falle eines Scheiterns der europarechtskonformen Interpretation der Ausbildungsgarantie im Lichte der Rahmen-RL zur Gleichbehandlung ist weiter zu fragen, ob die Ausnahme volljähriger Lehrlinge von der Ausbildungsgarantie durch **Interpretation der innerstaatlichen Gesetze** beseitigt werden kann. In Frage kommt zunächst eine Analyse des an sich unbestimmten Jugendbegriffes des AMVG insb mittels historischer und teleologischer Auslegung. Auch ist zu prüfen, ob volljährige Lehrlinge nicht ersatzweise die Anfechtungsmöglichkeiten des allgemeinen Kündigungsschutzes der §§ 105ff ArbVG ergreifen könnten; dies wäre bspw dann möglich, wenn eine Subsumierung der außerordentlichen Auflösung unter den Kündigungsbegriff des § 105 Abs 1 ArbVG gelingt.

5.10.4. Altersdiskriminierende Einschränkung auf Jugendliche – verfassungsrechtliche Aspekte

Es stellt sich daher die Frage, ob die Einschränkung der Ausbildungsgarantie auf unter 18-jährige Lehrlinge eine altersdiskriminierende Regelung und damit eine **Verletzung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes** darstellt (zum EU-Recht sogleich Pkt 5.10.5). Der Gleichheitssatz findet sich in Art 7 B-VG³⁷⁶ und besagt im Wesentlichen, dass der Gesetzgeber Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln hat. Er postuliert dabei nicht nur eine Rechtsanwendungsgleichheit, sondern bindet auch den Gesetzgeber selbst bei der Schaffung neuer Gesetze.³⁷⁷ Zwar beinhaltet der Gleichheitssatz dabei nicht explizit das Verbot der unsachlichen Differenzierung aufgrund des Alters, jedoch ist die darin enthaltene Aufzählung keine abschließende; sie zählt lediglich Merkmale auf, nach denen zu differenzieren *jedenfalls* suspekt ist.³⁷⁸ Dass auch andere Unterscheidungsmerkmale zu einer gleichheitswidrigen gesetzlichen Differenzierung führen können ist dadurch also nicht ausgeschlossen.

Um festzustellen, ob ein Gesetz mit **Art 7 B-VG** im Einklang steht, muss im Rahmen einer Gleichheitsprüfung festgestellt werden, ob die rechtliche Differenzierung mit tatsächlichen Unterschieden in einer Weise korrespondiert, die sachlich gerechtfertigt werden kann.³⁷⁹ Es fragt sich also, ob die Einschränkung der

³⁷⁶ BGBl Nr 1/1930 idGF.

³⁷⁷ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht⁹ (2012) Rz 760.

³⁷⁸ *Pöschl*, Altersdiskriminierung und Verfassung in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht – WiR (Hrsg)*, Alter und Recht (2012) 51.

³⁷⁹ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht⁹, Rz 762.

Ausbildungsgarantie auf Minderjährige (also eine rechtliche Differenzierung) den tatsächlichen Unterschieden in einer solchen Art und Weise entspricht, dass sie **sachlich gerechtfertigt** werden kann.

a.) Rechtfertigung aufgrund der Unterschiedlichkeit mj und volljähriger Lehrlinge?

Gesetzliche Altersgrenzen beruhen zum Teil auf der Annahme, dass sich Menschen diesseits und jenseits der Grenzen **wesentlich voneinander unterscheiden würden und daher eine Ungleichbehandlung sachgerecht sei**.³⁸⁰ Eine derartige Argumentation führt im Fall der Ausbildungsgarantie jedoch mE nicht zur sachlichen Rechtfertigung ihrer Einschränkung. Die im Bereich des ABGB entwickelte typisierte Reife, die mit der Vollendung des 18. Lebensjahres idR einhergeht, ist im Bereich des BAG und der darin bisweilen zum Ausdruck kommenden besonderen Interessenlage und Schutzwürdigkeit der ihm unterworfenen Personen nicht automatisch maßgeblich.

Ein 17-jähriger Lehrling und ein 18-jähriger Lehrling unterscheiden sich zwar im Hinblick auf ihren rechtlichen Status (der eine ist minderjährig, der andere volljährig und damit nicht mehr nur beschränkt rechtsfähig), für die tatsächlichen Auswirkungen der Lehrvertragsauflösung und den Bedarf einer sozialen Absicherung durch die Ausbildungsgarantie macht dies praktisch aber keinen Unterschied. Ein 18-jähriger Lehrling wird nach der Auflösung seines Lehrverhältnisses wohl kaum wesentlich leichter selbständig eine neue Lehrstelle finden als ein 17-jähriger Lehrling. Der volljährige und der minderjährige Lehrling befinden sich beide in der vom Gesetzgeber als schützenswert empfundenen Position: nämlich in der des Auszubildenden. Für einen volljährigen Lehrling bedeutet die Einführung des Ausbildungsübertrittes dasselbe wie für einen minderjährigen, nämlich eine zusätzliche Lösungsmöglichkeit seines Lehrverhältnisses, welche weder an ein verschuldetes Fehlverhalten seinerseits gebunden ist, noch kann er sie im Rahmen des Mediationsverfahrens wirklich verhindern. Beiden droht nach einer außerordentlichen Auflösung das Ende ihrer begonnenen beruflichen Ausbildung und beide haben wohl ein **gleich starkes Interesse und Bedürfnis** an bzw nach dessen Fortführung.

Dass der österreichische Gesetzgeber grundsätzlich auch der Ansicht ist, dass voll-

³⁸⁰ Pöschl in *WiR*, Alter und Recht, 64.

und minderjährige Lehrlinge im Anwendungsbereich des BAG gleich schützenswert sind, weil sie sich in der besonderen Situation als Lehrlinge nicht wesentlich voneinander unterscheiden, lässt sich aus einer Reihe von Bestimmungen ableiten. Sämtliche arbeitsrechtliche Sonderregelungen des BAG gelten ja für alle Lehrlinge, volljährige wie minderjährige, da sie unabhängig von ihrem Alter allein **aufgrund ihres Ausbildungsverhältnisses schutzwürdig** sind.

Als konkretes Beispiel sei etwa die Bestimmung des **§ 15 Abs 5** angeführt: sowohl ein minderjähriger als auch ein volljähriger Lehrling müssen zur rechtswirksamen einvernehmlichen Auflösung ihres Lehrverhältnisses eine Bescheinigung über ihre vorherige Belehrung durch das ASG bzw die AK vorlegen. Der Gesetzgeber bringt mit dieser Regelung zum Ausdruck, dass er den 17-jährigen wie auch den 18-jährigen Lehrling vor einer unbedachten Aufgabe seiner Ausbildung gleichermaßen schützen möchte. Selbst der volljährige Lehrling, der im Gegensatz zum minderjährigen Lehrling zur Auflösung seines Lehrverhältnisses die Zustimmung seines/r Obsorgeberechtigten gerade nicht mehr braucht, wird im BAG vor übereilten Entscheidungen geschützt.

Auch der Gesetzgeber betrachtet also idR den Schutz des Ausbildungsverhältnisses im Bereich des BAG und seiner Begleitmaßnahmen ungeachtet allfälliger Altersgrenzen als von hoher Priorität. Aus der allgemeinen Konstruktion der Bestimmungen des BAG lässt sich erkennen, dass der Gesetzgeber in Bezug auf ihre Interessenlage und Schutzwürdigkeit nicht derart deutlich zwischen voll- und minderjährigen Lehrlingen differenziert, als dass eine solche Altersgrenze gerechtfertigt werden könnte.

b.) Rechtfertigung durch einen externen Zweck?

Eine gesetzliche Altersgrenze kann auch dann sachgerecht sein, wenn die **Differenzierung zur Erreichung eines externen Zweckes** geeignet, erforderlich und ieS verhältnismäßig ist.³⁸¹ Als solche ergeben sich aus den Materialien insbesondere jugendarbeitsmarktpolitische Zwecke wie etwa die Bekämpfung der Jugendarbeitslosigkeit, die Absicherung der beruflichen Erstausbildung und die Stärkung des Modells der dualen Berufsausbildung.³⁸²

³⁸¹ Pöschl in WiR, Alter und Recht, 68.

³⁸² BMWA, 162/ME 23. GP 5.

Die strikte Einschränkung der Ausbildungsgarantie auf unter 18-Jährige ist jedoch zur Erreichung dieser Ziele weder geeignet, noch erforderlich oder gar verhältnismäßig. Die Erfassung auch volljähriger Lehrlinge steht der Bekämpfung der Jugendarbeitslosigkeit und Stärkung der Berufsausbildung in keiner Weise entgegen. Auch die Absicherung der beruflichen Erstausbildung macht eine Einschränkung auf Minderjährige nicht erforderlich. Sachgerechter wäre eine Einschränkung der Ausbildungsgarantie dahingehend, dass sie auf alle Lehrlinge in der beruflichen Erstausbildung – unabhängig von deren Alter – anwendbar ist.

c.) Rechtfertigung anhand der bisherigen Jud?

Auch können weitere Rechtfertigungsgründe, die der VfGH bei der Prüfung von Gleichheitssatzverletzungen entwickelt hat, mE in diesem Fall nicht herangezogen werden. Es sprechen weder budgetäre Erwägungen³⁸³, eine notwendige Verringerung des Verwaltungsaufwandes³⁸⁴ oder bspw die einfache und leichte Handhabbarkeit einer Regelung³⁸⁵ für den Ausschluss volljähriger Lehrlinge von der Ausbildungsgarantie. Auch kommen andere denkbare Rechtfertigungsgründe mE nicht in Betracht.

d.) Ergebnis

Die Einschränkung des § 38d AMSG (die eigentliche Ausbildungsgarantie) als Rechtsfolgen einer außerordentlichen Auflösung auf minderjährige Lehrlinge stellt daher mE eine **Verletzung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes** dar. Es gibt keine sachliche Rechtfertigung für die rechtliche Differenzierung zwischen volljährigen und minderjährigen Lehrlingen in Bezug auf die Gewährung der Ausbildungsgarantie. Als rechtliche Konsequenz muss daher im Wege **verfassungskonformer Interpretation** daher ihr Anwendungsbereich auch auf volljährige Lehrlinge ausgeweitet werden. Ein beim VfGH beantragtes Gesetzesprüfungsverfahren wegen Verfassungswidrigkeit (siehe dazu mehr unter Pkt 5.10.6.) würde wahrscheinlich zur Aufhebung des § 38d AMSG führen.

³⁸³ VfSlg 12.641/1991.

³⁸⁴ VfSlg 17.931/2006.

³⁸⁵ VfSlg 12.670/1991.

5.10.5. Altersdiskriminierende Einschränkung auf Jugendliche – europarechtliche Aspekte

Darüberhinaus ist Einschränkung der Ausbildungsgarantie auf minderjährige Lehrlinge auch aus **europarechtlicher Sicht** zu behandeln. Die rechtliche Differenzierung stellt nach den einschlägigen europarechtlichen Bestimmungen möglicherweise eine unmittelbare Diskriminierung durch nationales Recht dar, da § 38d AMSG ja direkt auf das verpönte Merkmal „Alter“ abstellen.

Die primäre Rechtsquelle zur Altersdiskriminierung auf **europarechtlichen Ebene** ist in der Praxis die RL 2000/78/EG³⁸⁶ des Rates (die sog **Rahmen-RL zur Gleichbehandlung**), auf welche sich der EuGH bei der Beurteilung von meist arbeitsrechtlichen Fragen der Altersdiskriminierung bereits in zahlreichen Fällen stützte. Sie verbietet dabei den Mitgliedsstaaten ausdrücklich altersdiskriminierende Regelungen zu treffen, wenngleich doch ein recht weiter Spielraum besteht.³⁸⁷

a.) Unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters?

Eine **unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters** liegt nach der Definition in Art 2 Abs 2 lit a Rahmen-RL dann vor, wenn eine Person wegen ihres Alters in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.³⁸⁸ Da sich sowohl der volljährige als auch der minderjährige Lehrling im Falle der außerordentlichen Auflösung ihres Lehrverhältnisses in der gleichen Situation befinden (Ende ihrer bisherigen Berufsausbildung durch eine außerordentliche Auflösung und Konfrontation mit den gleichen Bedingungen am Arbeitsmarkt), ist das Tatbestandsmerkmal der vergleichbaren Situation wohl eindeutig erfüllt. Das Gesetz knüpft daher bei vergleichbarer Lage der betroffenen Personen unmittelbar an das Alterskriterium an.

Es muss daher im Rahmen einer allgemeinen **Verhältnismäßigkeitsprüfung** festgestellt werden, ob die Regelung als Mittel zu einem legitimen Ziel dient und das Mittel zu dessen Erreichung angemessen und erforderlich ist.³⁸⁹ Was im Falle einer

³⁸⁶ RL 2000/78/EG vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichstellung in Beschäftigung und Beruf, ABl L 303/16.

³⁸⁷ *Rebhahn*, Altersdiskriminierung und Unionsrecht in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht – WiR (Hrsg)*, Alter und Recht(2012) 71.

³⁸⁸ *Rebhahn* in *WiR*, Alter und Recht, 74.

³⁸⁹ *Rebhahn*, Altersdiskriminierung in *WiR*, Alter und Recht, 71 (75-76).

unmittelbaren Diskriminierung als legitimes Ziel iSd Rahmen-RL zu verstehen ist, kann der Aufzählung des Art 6 entnommen werden. Als legitimes Ziel für eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters kommt im Fall der Ausbildungsgarantie wohl jenes des Abs 1 lit a in Frage: „*die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bedingungen für Entlassung und Entlohnung, **um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Arbeitnehmern und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen***“.

Die Einführung einer Ausbildungsgarantie für minderjährige Lehrlinge dient daher zwar einem legitimen Ziel (Sicherstellung der beruflichen Eingliederung von Jugendlichen), jedoch stellt der Ausschluss volljähriger Lehrlinge davon mE **kein angemessenes und erforderliches Mittel** zur Erreichung des Zieles dar.

Denn wird die Ausbildungsgarantie auch volljährigen Lehrlingen gewährt, so erschwert oder verhindert dies nicht die Sicherstellung der beruflichen Eingliederung eines minderjährigen Lehrlings bzw dessen beruflicher Erstausbildung. Darüberhinaus ist anzumerken, dass die Rahmen-RL keine Begriffsdefinition von „Jugendlichen“ enthält und damit insbesondere keine Einschränkung des Begriffes auf unter 18-Jährige beinhaltet. Der RL selbst wie auch ihren Materialien³⁹⁰ ist ebenfalls nicht zu entnehmen, dass unter Jugendlichen nur mj Personen zu verstehen sind.

Von der schützenswerten Gruppe junger Menschen somit uU direkt erfasst, wird der volljährige Lehrling gegenüber dem minderjährigen jedenfalls deutlich schlechter gestellt. Diese Schlechterstellung hat dabei keinerlei positiven Einfluss auf die Sicherung der Ausbildung der minderjährigen Lehrlinge.³⁹¹ Die **Einschränkung der Ausbildungsgarantie ist** daher als Mittel zur beruflichen Eingliederung Jugendlicher (unabhängig von der etwaigen Erfassung auch volljähriger Lehrlinge bis zu einem bestimmten Alter) als an sich legitimes Ziel daher **weder angemessen noch**

³⁹⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, KOM (1999) 565 endg vom vom 27.6.2000, ABl. C 177 E, 42.

³⁹¹ Dies unter der Annahme, dass die Mittel für die überbetrieblichen Ausbildungseinrichtungen nicht so stark begrenzt sind, dass eine Aufnahme sämtlicher – ohnehin nur weniger! – im Wege des § 15a „gekündigter“, regulär nicht vermittelbarer Lehrlinge unmöglich ist.

erforderlich und kann einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht standhalten.

b.) Unionsrechtskonforme Auslegung?

Da im Ergebnis volljährige Lehrlinge durch die Regelungen der Ausbildungsgarantie aufgrund ihres Alters unmittelbar diskriminiert werden, besteht ein Normenkonflikt zwischen dem Unionsrecht (Rahmen-RL) und dem nationalen Recht (§ 38d AMSG). Es wird in einem solchen Fall zunächst geprüft, ob im Wege der **unionsrechtskonformen Interpretation** nicht doch noch ein Einklang von nationalem und Unionsrecht hergestellt werden kann, bevor im Wege des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts die nationale Norm unangewendet bleiben muss.³⁹²

Eine Verpflichtung zur unionsrechtskonformen Auslegung (zuvor: gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung³⁹³) nationalen Rechts wurde vom EuGH erstmals im Jahre 1984 in der Rechtssache „*Von Colson und Kamann*“³⁹⁴ festgestellt und seither in StRspr weiterentwickelt.³⁹⁵ Demnach sind alle nationalen, generellen Rechtssätze von allen staatlichen Organen (iSv Träger öffentlicher Gewalt³⁹⁶), die konkrete Rechtsanwendung oder Rechtsprechung betreiben, so auszulegen, dass sie mit geltendem Unionsrecht in Einklang stehen.³⁹⁷ Diesen Grundsatz leitete der EuGH aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit gem Art 4 Abs 3 EUV ab. Er erfasst somit die abstrakt-generelle Prüfung, ob die Anwendung bzw Rechtsfolge einer nationalen Norm mit dem im primären oder sekundären Unionsrecht (direkt oder mittelbar) zum Ausdruck kommenden Sinn und Zweck bzw den dort verankerten Interessenentscheidungen und Wertungen vereinbar ist.³⁹⁸

Die praktisch wichtigste Ausprägung der unionsrechtskonformen Auslegung stellt die richtlinienkonforme Auslegung dar. Nach stRspr des EuGH³⁹⁹ haben die Mitgliedstaaten die Verpflichtung, alle zur Umsetzung einer Richtlinie geeigneten Maßnahmen zu treffen. Dazu gehört auch, dass sich die Auslegung von

³⁹² Frenz, Handbuch Europarecht – Band 5 (2010) § 7 Rz 443.

³⁹³ Roth in Riesenhuber (Hrsg), Europäische Methodenlehre² (2010) § 14 Rz 9.

³⁹⁴ EuGH Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891.

³⁹⁵ ZB EuGH C-378/07, Angelidaki, Slg. 2009, I-3071; C-208/06, Impact, Slg. 2008, I-2483.

³⁹⁶ Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht² (2011) 97.

³⁹⁷ Borhardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁴ (2010) Rz 148.

³⁹⁸ Frenz, Handbuch Band 5, § 7 Rz 444.

³⁹⁹ ZB EuGH Rs C-106/89, Marleasing, Slg. 1990, I-4135; EuGH Rs 79/83, Harz, Slg. 1984, 1921; EuGH Rs C-91/92, Faccini Dori, Slg. 1994, I-3325.

innerstaatlichem Recht soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten muss, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen. Dabei betrifft die richtlinienkonforme Auslegung nicht nur Recht, das zum Zweck der Umsetzung der Richtlinie erlassen wurde, sondern den gesamten Rechtsbestand der Mitgliedstaaten.⁴⁰⁰

Es stellt sich also die Frage, ob § 38d AMSG so ausgelegt werden kann, dass er mit dem Unionsrecht (in concreto: mit der Rahmen-RL zur Gleichbehandlung) vereinbar ist. Dies wäre dann der Fall, wenn der im Gesetz selbst nicht näher definierte Jugendbegriff des AMSG so ausgelegt werden kann, dass davon ganz allgemein junge, sich in der ersten Ausbildung befindliche Menschen gemeint sind und nicht nur Minderjährige. Wie jedoch unter Pkt 6.2.2. zum Jugendbegriff des AMSG noch eingehend dargestellt wird, ist ein solches nicht vom ausdrücklichen Wortlaut der Materialien gedeckt (*„Die überbetriebliche Lehrausbildung wird ergänzend zum weiterhin prioritären betrieblichen Lehrstellenangebot als Element **der Ausbildungsgarantie für Jugendliche bis 18 Jahre** ausgebaut und als gleichwertiger und regulärer Bestandteil der dualen Berufsausbildung eingerichtet.“*⁴⁰¹).

Während also der **Wortlaut der Bestimmung** des § 38d AMSG (*„Soweit berufliche Ausbildungsmöglichkeiten für Jugendliche [...]“*) eine unionsrechtskonforme Auslegung zulässt (Interpretation des Jugendbegriffes iS junger, sich in der ersten Ausbildung befindlicher Menschen), so steht der in den Materialien⁴⁰² zum Ausdruck kommende **eindeutige Wille des Gesetzgebers**, welcher ausdrücklich nur Minderjährige von der Ausbildungsgarantie erfasst haben möchte, einer solchen augenscheinlich entgegen.

Wie jede Gesetzesauslegung findet auch die unionsrechtskonforme Auslegung zunächst **im eindeutigen Wortlaut** der nationalen Vorschrift; auch unter der unionsrechtlichen Verpflichtung zur unionsrechtskonformen Auslegung darf das nationale Recht nicht contra legem ausgelegt werden.⁴⁰³ Kann sich die richtlinienkonforme Auslegung aber innerhalb der Grenzen des Wortsinnes bewegen, so hat sie jedenfalls auch dann zu erfolgen, wenn der Gesetzgeber richtlinienwidrig umsetzen wollte. Zwar ist die Frage nach den sich aus dem nationalen Recht

⁴⁰⁰ *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht², 97-98.

⁴⁰¹ ErläutRV 505 BlgNR 23. GP 4.

⁴⁰² ErläutRV 505 BlgNR 23. GP 4.

⁴⁰³ *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen⁴, Rz 153.

ergebenden Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung im Einzelnen strittig;⁴⁰⁴ nach Auffassung des EuGH ist die Auslegung vom zur Rechtsanwendung berufenen Organ jedenfalls „unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraumes, das ihm das nationale Recht einräumt“⁴⁰⁵ vorzunehmen, wobei er davon ausgeht, dass die richtlinienkonforme Interpretation gegenüber einer historischen Interpretation größeres Gewicht besitzt.⁴⁰⁶ Die historische Auslegung hat insofern der Wortauslegung im Lichte der Richtlinienkonformität als interpretatorische Vorrangregel zu weichen.⁴⁰⁷

Im vorliegenden Fall ist also der richtlinienkonformen und vom Wortsinn der Bestimmung selbst gedeckten Auslegung **Vorrang vor der historischen Interpretation** zu geben. Auch der VfGH⁴⁰⁸ hat bereits eine unklare Rechtslage in der Mineralwasserverordnung 1994 bezüglich der Geltung des „Glasflaschengebotes“ gegen die eindeutig nachweisbare Absicht des Verordnungsgebers richtlinienkonform interpretiert und damit einen Maßstab gesetzt. Er ging iSd richtlinienkonformen Interpretation später noch weiter, indem er nicht nur gegen Willen des Gesetzgebers sondern sogar entgegen dem eindeutigen Wortlaut der Bestimmung unionsrechtskonform interpretierte („Im Lichte der Grundfreiheiten des Unionsrechts [...] muss § 3 Abs 1 Z 10 EStG 1988 entgegen dem Wortlaut so verstanden werden, dass [...]“).⁴⁰⁹

Im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung muss also § 38d AMStG so interpretiert werden, dass alle jungen, sich in der ersten Ausbildung befindlichen Lehrlinge nach der außerordentlichen Auflösung ihres Lehrverhältnisses einen Anspruch auf Zuweisung eines Ausbildungsplatzes haben. Dieses Auslegungsergebnis entspricht der Rahmen-RL zur Gleichbehandlung. Da **alle Träger öffentlicher Gewalt** der Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu garantieren, müssen alle nationalen Behörden auf der Ebene der Rechtsanwendung die anzuwendenden Bestimmungen unionsrechtskonform (in

⁴⁰⁴ Vgl. Öhlinger/Potacs, EU-Recht², 100.

⁴⁰⁵ EuGH Rs 79/83, Harz, Slg 1984, 1921, Rz 28.

⁴⁰⁶ Öhlinger/Potacs, EU-Recht², 101.

⁴⁰⁷ Roth in Riesenhuber Europäische Methodenlehre², § 14 Rz 45; Öhlinger/Potacs, EU-Recht², 100.

⁴⁰⁸ VfGH 12.12.1995, V 136/94, VfSlg 14391/1995.

⁴⁰⁹ VfGH 30.09.2010, G 29/10.

concreto: richtlinienkonform) auslegen.⁴¹⁰

Der Anspruch des Einzelnen auf die Ausbildungsgarantie besteht im gegenständlichen Fall dem **AMS** gegenüber. Dieses ist gem § 1 Abs 1 AMSG mit der Durchführung der Arbeitsmarktpolitik des Bundes betraut. Es ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts, die sowohl im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung arbeitsvermittelnd tätig ist als auch mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet ist.⁴¹¹ Das AMS als juristische Person des öffentlichen Rechts ist daher bei der Rechtsanwendung im Bereich der Erfüllung seiner staatlichen Aufgaben zur unionsrechtskonformen Auslegung des § 38d AMSG verpflichtet. Es hat daher die Bestimmung so auszulegen, dass allen jungen, sich in der ersten Ausbildung befindlichen Menschen ein Anspruch auf Zuweisung eines Ausbildungsplatzes im Falle des Scheiterns einer Vermittlung zusteht.

Eine Einschränkung der Ausbildungsgarantie dahingehend, dass nur jene Lehrlinge (mj wie volljährige!) davon erfasst sein sollen, für welche die außerordentlich aufgelöste Lehre ihre **berufliche Erstausbildung** darstellt (wie bereits dargestellt lässt sich diese Intention des Gesetzgebers aus den Materialien erkennen), ist dabei mE zulässig. Sie stellt keine direkte Diskriminierung aufgrund des Alters dar (keine Anknüpfung an das verpönte Merkmal Alter) und auch eine mittelbare Diskriminierung ist auszuschließen: durch das Kriterium der Erstausbildung werden zwar tendenziell eher jüngere Personen von der Ausbildungsgarantie erfasst, diese Einschränkung kann aber jedenfalls durch ein rechtmäßiges Ziel – nämlich Förderung der beruflichen Erstausbildung – sachlich gerechtfertigt werden, insb weil die Mittel zur Erreichung dieses Ziels mE angemessen und erforderlich sind.

Als absolute Altersgrenze, welche auch den Anforderungen der Rahmen-RL zur Gleichbehandlung entspricht und einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhält, kann mE das **Erreichen des 24. Lebensjahres** herangezogen werden. Anknüpfungspunkt ist hierbei der Anspruch auf die Familienbeihilfe iSd § 2 Abs 1 FLAG⁴¹², welcher aus den Gesichtspunkten der Sachlichkeit und Angemessenheit geboten scheint. Es erscheint angemessen und sachgerecht, dass die Ausbildungsgarantie für junge Menschen nicht bis zu jedem beliebigen Alter (etwa 50 Jahre) zustehen soll.

⁴¹⁰ *Streinz*, Europarecht⁹ (2012) Rz 455.

⁴¹¹ *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2013) Rz 246ff.

⁴¹² BGBl. Nr. 376/1967 idgF.

c.) Exkurs – unmittelbare Anwendbarkeit des Unionsrechts

Da mE eine unionsrechtskonforme Auslegung bereits zur Beseitigung der unionsrechtswidrigen Altersdiskriminierung führt, ist die Prüfung der unmittelbaren Anwendbarkeit der Rahmen-RL nach dieser Ansicht nicht mehr notwendig. Der Vollständigkeit halber soll jedoch ein kurzer Exkurs aufzeigen, dass auch bei einem anderen Auslegungsergebnis der Grundsatz der unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts zur Unanwendbarkeit der altersdiskriminierenden Einschränkung der Ausbildungsgarantie führen würde.

Die unmittelbare Anwendbarkeit des Unionsrechts ist im Wege der Jud des EuGH – insb in den Rechtssachen *Vand Gend & Loos*⁴¹³ sowie *Costa/ENEL*⁴¹⁴ – als einer der Grundsätze der Rechtsnatur der EU entwickelt worden. Demnach entfalten die Bestimmungen des Unionsrechts ihre volle Wirksamkeit einheitlich in allen Mitgliedstaaten und verpflichten und berechtigen sowohl die Mitgliedstaaten als auch deren Bürger.⁴¹⁵ Im Zuge seiner Rspr hat der EuGH die unmittelbare Anwendbarkeit des primären Unionsrechtes insb auch auf die **Richtlinien** ausgedehnt.⁴¹⁶ Unter bestimmten Voraussetzungen können sich natürliche sowie juristische Personen unmittelbar auf die Bestimmungen von Richtlinien berufen und die ihnen danach zustehenden Rechte in Anspruch nehmen (sog *Direktwirkung*); ebenso kann sich aus Richtlinien, die eine klar und präzise umrissene Verpflichtung der Mitgliedstaaten festlegen, die Verpflichtung aller Organe der Mitgliedstaaten (Gesetzgeber, Verwaltung und Gerichte) ergeben, einer konkreten Richtlinienbestimmung Anwendungsvorrang vor entgegenstehendem nationalen Recht einzuräumen (sog *unmittelbare objektiv-rechtliche Wirkung*⁴¹⁷).⁴¹⁸

Da sich aus der Richtlinie die eindeutige Verpflichtung des Staates zur Schaffung eines allgemeinen gesetzlichen Rahmens zur Bekämpfung jeder Art von Diskriminierung aufgrund des Alters ergibt⁴¹⁹, kommt der Rahmen-RL zur Gleichbehandlung eine unmittelbare objektiv-rechtliche Wirkung zu; die Organe der Mitgliedstaaten dürfen daher entgegenstehende Bestimmungen nicht anwenden,

⁴¹³ EuGH Rs. 26/62, Slg. 1963.

⁴¹⁴ EuGH Rs. 6/24, Slg. 1964.

⁴¹⁵ *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen⁴, Rz 104.

⁴¹⁶ *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen⁴, Rz 138.

⁴¹⁷ EuGH C-431/92, KOM/Deutschland [Großkrotzenburg], Slg. 1995, I-2189/2220.

⁴¹⁸ *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen⁴, Rz 527-531.

⁴¹⁹ Vgl. EuGH Rs. C-88/08, Hütter, BB 2009, 1811-1814.

sondern müssen die einschlägigen Bestimmungen der RL von Amts wegen als **vorrangiges EU-Recht** beachten und anwenden.⁴²⁰

Der Anspruch des Einzelnen auf die Ausbildungsgarantie besteht dem AMS gegenüber. Dieses ist, wie bereits unter Pkt 5.10.5.b. ausgeführt, eine juristische Person des öffentlichen Rechts und hinsichtlich bestimmter staatlicher Aufgaben mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet. Dies ist deswegen von Bedeutung, da der EuGH die unmittelbare Wirkung von Richtlinien bisher nur im Verhältnis des Einzelnen zum Mitgliedsstaat anerkannt hat (sog **vertikale Direktwirkung**⁴²¹); dies auch nur dann, wenn sich die Direktwirkung zugunsten des Einzelnen, nicht aber zu ihren Lasten auswirkt (sog positive vertikale Direktwirkung⁴²²).⁴²³ Da also das AMS im Hinblick auf die Gewährung der Ausbildungsgarantie dem Mitgliedstaat zugerechnet werden kann (es erfüllt diesbezüglich eine staatliche Funktion) und die unmittelbare Anwendbarkeit der RL für den Einzelnen zu einem günstigeren Ergebnis führt (durch sie fällt die Einschränkung auf Minderjährige weg), kommt eine vertikale Direktwirkung der Rahmen-RL zur Gleichbehandlung in Frage.

Der Anspruch der Ausbildungsgarantie auf Schaffung eines Ausbildungsplatzes im Falle der gescheiterten Vermittlung durch das AMS steht **volljährigen Lehrlingen** also auch dann zu, wenn eine unionsrechtskonforme Interpretation des § 38d AMSG abgelehnt wird. Der Grundsatz der unmittelbaren Anwendbarkeit einer RL verpflichtet das AMS dazu, die Rahmen-RL zur Gleichbehandlung als vorrangiges EU-Recht anzuwenden, die entgegenstehende Einschränkung des § 38d AMSG unangewendet zu lassen.

⁴²⁰ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen⁴, Rz 531.

⁴²¹ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen⁴, Rz 524; EuGH Rs. 152/84, Marshall, Slg. 1986, 723.

⁴²² Fischer/Köck/Karollus, Europarecht⁴ (2002) Rz 880.

⁴²³ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen⁴, Rz 524; Fischer/Köck/Karollus, Europarecht⁴, Rz 880.

5.10.6. Zusammenfassung

Die altersdiskriminierende Nichterfassung volljähriger Lehrlinge von der Ausbildungsgarantie widerspricht somit sowohl dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz als auch dem Unionsrecht.

Aufgrund der Pflicht zur **unionsrechtskonformen Auslegung** muss daher der Anwendungsbereich des § 38d AMSG durch die österreichischen Behörden – im speziellen des AMS – auch auf volljährige Lehrlinge in der beruflichen Erstausbildung ausgeweitet werden. So kann gewährleistet werden, dass auf der Ebene der Rechtsanwendung ein richtlinienkonformer Zustand hergestellt wird.⁴²⁴ Auch bei einem anderen Auslegungsergebnis fällt die altersdiskriminierende Einschränkung im Effekt weg, da der **Grundsatz der unmittelbaren Anwendbarkeit** von RL dazu führt, dass § 38d AMSG zugunsten der Rahmen-RL zur Gleichbehandlung unangewendet bleibt.

Dadurch kommt die in der österreichischen Rechtsordnung aufzufindende altersdiskriminierende Bestimmung des § 38d AMSG zwar nicht mehr zur Anwendung, ist jedoch weiterhin ein Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung. Es ist daher zu bedenken, dass ein beim VfGH beantragtes **Gesetzesprüfungsverfahren** wegen Verfassungswidrigkeit (Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz) wahrscheinlich zur Aufhebung des § 38d AMSG führen würde. Zu beachten ist dabei, dass der VfGH die angefochtene Bestimmung lediglich aufhebt und nicht inhaltlich abändert oder einschränkt.⁴²⁵

Auch ein **Vertragsverletzungsverfahren** nach Art 258-260 AEUV vor dem EuGH aufgrund dieses altersdiskriminierenden innerstaatlichen Gesetzes würde höchstwahrscheinlich zu einer Verurteilung Österreichs aufgrund des unionsrechtswidrigen Zustandes führen.

⁴²⁴ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen⁴, Rz 148.

⁴²⁵ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht⁹, Rz 1030.

5.10.7. Exkurs - die Ausbildungsgarantie und die außerordentliche Auflösung als Ausfluss des Flexicurity-Ansatzes?

Da dem Begriff der „**Flexicurity**“ bei der Schaffung der außerordentlichen Auflösung offenbar eine Schlüsselrolle zukommt, soll er an dieser Stelle genauer erklärt und diskutiert werden.

a.) Zum Begriff der „Flexicurity“

Das Konzept der „Flexicurity“ fand in den späten 1990er-Jahren Eingang in den akademischen und politischen Diskurs der europäischen Arbeitsmarktpolitik⁴²⁶. Das Wort setzt sich aus den Begriffen „flexibility“ und „security“ zusammen und kann somit als an sich recht unbestimmter und mehrdeutiger Begriff sehr unterschiedlich definiert und interpretiert werden.⁴²⁷ Die am häufigsten anzutreffende **Definition** ist hierbei die folgende: *„A policy strategy that attempts, synchronically and in a deliberate way, to enhance the flexibility of labour markets, work organization and labour relations on the one hand, and to enhance security – employment and social security – notably for weaker groups in and outside the labour market, on the other hand.“*⁴²⁸ (Eine politische Strategie, nach der gleichzeitig und systematisch einerseits die Flexibilität des Arbeitsmarktes, der Arbeitsorganisationen und der Arbeitsbeziehungen und andererseits die Sicherheit – Beschäftigungssicherheit und soziale Sicherheit – insbesondere für schwächere Gruppen inner- und außerhalb des Arbeitsmarktes erhöht werden sollen.)

Das angewandte Flexicurity-Konzept soll die Notwendigkeit eines flexiblen Arbeitsmarktes mit dem Bedarf an Arbeitnehmerschutzbestimmungen (insb für besonders schützenswerte Arbeitnehmergruppen) vereinen und möchte dabei eine auf einem Konsens basierende win-win-Situation für sowohl Arbeitnehmer und Arbeitssuchende als auch deren Arbeitgeber und damit die Wirtschaft herstellen.⁴²⁹

Bis in die späten 1970er Jahre ging in den westeuropäischen Ländern der arbeitsmarktpolitische Trend deutlich in Richtung mehr Sicherheit für die gegenüber dem Arbeitgeber schwächeren Arbeitnehmer. Arbeitsrechtliche Regelungen sollten diese vor Marktunsicherheiten und anderen Auswüchsen des Kapitalismus schützen.

⁴²⁶ *Burroni/Keune*, Flexicurity: a conceptual critique, EJIR 17/2011, 75 (77).

⁴²⁷ *Lommerud/Straume*, Employment Protection Versus Security: On Technology Adoption in Unionised Firms, The Scandinavian Journal of Economics 114/2012, 177 (178).

⁴²⁸ bspw *Burroni/Keune*, EJIR 17/2011, 75 (77).

⁴²⁹ *Burroni/Keune*, EJIR 17/2011, 75 (77).

Seit dem Ende der 1970er wurde dieser sicherheitsorientierte Kurs schrittweise verlangsamt und – verursacht durch eine ideelle Umkehr in der Politik hin zu verstärkten neoliberalistischen und monetaristischen Tendenzen – dann schließlich umgedreht: immer öfter wurde in arbeitsmarktpolitischen Diskussionen nun dahingehend argumentiert, dass in einer globalen Wirtschaft die Unternehmen **mehr Flexibilität** bräuchten, um am internationalen Markt mithalten zu können. Das Ziel der globalen Marktfähigkeit von Unternehmen erfordert demnach einen Kompromiss zwischen Innovation, Qualitäts- und Produktivitätssteigerung und sozialer Sicherheit.⁴³⁰

Auch die **Europäische Integration** trug ganz wesentlich zur politischen Verbreitung des „flexicurity“ Gedankens bei. Im Verlauf des letzten Jahrzehnts hat die Europäische Kommission im Zusammenhang mit ihren Vorschlägen für gemeinsame europäische arbeitsmarktpolitische Grundsätze das Flexicurity-Konzept immer wieder ins Treffen geführt⁴³¹ und dieses den Mitgliedstaaten bei der Gestaltung ihrer arbeitsmarktpolitischen Maßnahmen explizit nahegelegt.⁴³²

Was nun auf den ersten Blick als zweckdienlicher Gestaltungsmechanismus in arbeitsmarktpolitischen und damit auch arbeitsrechtlichen Belangen erscheint, muss jedoch auch kritisch betrachtet werden. Insbesondere die **Mehrdeutigkeit** des unklaren Begriffes „flexicurity“ führte, wie bspw. von *Burroni* und *Keune*⁴³³ besonders anschaulich anhand aktueller Ereignisse aufgearbeitet, in der europäischen Politik zu einem ganz gezielten Einsatz des Flexicurity-Konzeptes als schlagendes **Argument in jede politische Richtung**. Denn der sehr unbestimmte Begriff („Flexibilität und Sicherheit“ kann ja in unterschiedlichen Kontexten ganz verschiedene Bedeutungen haben) führte auf europäischer Ebene dazu, dass nahezu alle Akteure (die Kommission, der Rat, das Parlament, der Europäische Gewerkschaftsbund, der Europäische Rat) im Zuge ihrer Vorschläge zur Verbesserung der angespannten europäischen Arbeitsmarktsituation die Notwendigkeit von mehr „Flexicurity“ betonten, jedoch im selben Moment ganz unterschiedliche Auffassungen von der

⁴³⁰ *Burroni/Keune*, EJIR 17/2011, 75 (77-78).

⁴³¹ Mitteilung der Kommission zu gemeinsamen Grundsätze für den Flexicurity-Ansatz (KOM 2007) 0359 endg vom 27.06.2007; Communication from the Commission to the European Council: A European Economic Recovery Plan (COM 2008) 800 final 26.11.200; *Commission*, Employment in Europe 2010 (2010).

⁴³² *Heyes*, Flexicurity, employment protection and the jobs crisis, *Work, Employment and Society* 25/2011, 642 (643-644).

⁴³³ *Burroni/Keune*, EJIR 17/2011, 75.

konkreten Bedeutung und Umsetzung dieses abstrakten Konzeptes hatten. Ihre jeweiligen angestammten gegensätzlichen Positionen und Interessen wurden somit unter dem einheitlichen Deckmantel „Flexicurity“ als neu und innovativ verkauft.⁴³⁴

Die unbestimmte Natur des Begriffes ermöglicht es, dass auch politische Akteure mit ganz unterschiedlichen Vorstellungen von Beschäftigung und Arbeitsmarktpolitik haben (auf österreichischer Ebene bspw die Sozialpartner) ihn insgesamt befürworten können, da sie einen generellen Diskurs über mehr Flexibilität begrüßen, jedoch im gleichen Moment stark abweichende Meinungen darüber haben, in welcher Form Flexibilität und Sicherheit miteinander vereinbart werden können.⁴³⁵

Der Begriff „Flexicurity“, der ja per definitionem zwei in einem Spannungsverhältnis stehende Ziele gleichermaßen erreichen möchte, kann daher auch als rein sprachliche und theoretische Kombination zweier Gegensätze betrachtet werden, die in praktisch jeder politischen Konstellation angewandt werden kann. Dabei überbrückt er die altbekannten Gegensätze zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen aber gerade nicht, sondern ermöglicht lediglich eine wohlklingende aber mehrdeutig interpretierbare gemeinsame Zielsetzung. Seine inflationäre Verwendung resultiert daher nach *Burroni* und *Keune*⁴³⁶ in geradezu babylonischer Verwirrung und der **Vertuschung von eigentlich gravierenden Interessenskonflikten unter dem gemeinsamen Deckmantel „Flexicurity“**. *Heyes* schlussfolgert ähnlich und formuliert das Problem folgendermaßen: „*Despite its centrality to the Commission’s employment and social policy recommendations, flexicurity remains an elusive concept. The [...] pillars of flexicurity are ambiguously worded, enabling European policy makers to present flexicurity as a policy approach through which everyone – workers, [...] employers and governments – gains and nobody loses.*“⁴³⁷ (Trotz ihres zentralen Stellenwertes in den arbeits- und sozialpolitischen Empfehlungen der Kommission bleibt das Konzept der „Flexicurity“ weiterhin schwer fassbar. Die Säulen der „Flexicurity“ sind mehrdeutig und ermöglichen es den europäischen Politikern sie als strategischen Ansatz zu präsentieren, durch den jeder – Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Regierungen – gewinnt und keiner verliert.)

⁴³⁴ *Burroni/Keune*, EJIR 17/2011, 75 (78).

⁴³⁵ *Burroni/Keune*, EJIR 17/2011, 75 (78).

⁴³⁶ *Burroni/Keune*, EJIR 17/2011, 75 (79).

⁴³⁷ *Heyes*, *Work, Employment and Society* 25/2011, 642 (644).

b.) § 15a als Anwendungsbeispiel der Flexicurity

ME kann dieser theoretische Ansatz auch für die **Einführung der außerordentlichen Auflösung** als Antwort auf die Forderung der Wirtschaft nach mehr Flexibilität im Lehrverhältnis und der Ausbildungsgarantie als Sicherheitselement fruchtbar werden.

Zwei doch sehr gegensätzliche Ziele (flexible Lehrverhältnisse und gesicherte Jugendausbildung) sollten hier in einer, wie bereits ausführlich dargestellt, theoretisch durchaus fragwürdigen Konstellation gleichermaßen erreicht werden. Auch bei Durchsicht der Gesetzesmaterialien⁴³⁸ kommt ganz klar zum Ausdruck, dass sich alle politischen Parteien dem Grunde nach so einig wie selten waren: Flexibilität und Sicherheit, diese Ziele sollen erreicht werden. Besonders im politisch meist sehr kontroversen und oft recht medienwirksam diskutierten Bildungssektor ist dies erstaunlich. Genau wie auf gesamteuropäischer Ebene lässt sich anhand dieses Beispiels auch auf österreichischer Ebene beobachten, dass bei der Einführung der außerordentlichen Auflösung und seiner Begleitmaßnahmen das Konzept der Flexicurity als gemeinsames Mittel zum unterschiedlich interpretierten Zweck gedient hat. Neben der generellen theoretischen Diskussionswürdigkeit des Konzepts der Flexicurity, auf welche an dieser Stelle nicht weiter eingegangen wird, muss im Zusammenhang mit der außerordentlichen Auflösung insbesondere dessen konkrete **Umsetzung** in § 15a und seiner Begleitmaßnahmen kritisiert werden.

Als Ergebnis einer solchen österreichischen arbeitsmarktpolitischen Umsetzungsmaßnahme der „Flexicurity“, bei der jeder gewinnen und keiner verlieren sollte, gewann im Fall der außerordentlichen Auflösung nämlich niemand; wie bereits dargestellt wird die neue Auflösungsform von denen, die sie forderten, nicht verwendet und, falls doch, bietet sie denen, die geschützt und abgesichert werden sollten, in vielen Fällen gar keinen oder nur unzureichenden Schutz bzw Sicherheit. Während das Sicherheitselement (Ausbildungsgarantie) zwar im Wege der unmittelbaren Anwendbarkeit des EU-Rechts auf alle Lehrlinge ausgeweitet werden kann, so hält im Ergebnis vor allem das **Flexibilitätselement** nicht das, was es verspricht. Denn ein Auflösungsverfahren, das so kompliziert gestaltet ist wie jenes des § 15a, kann wohl alles andere als flexibel genannt werden.

⁴³⁸ 162/ME 23. GP; ErläutRV 505 BlgNR 23. GP; StenProt BlgNR Sess 61.

6. Im Besonderen: die außerordentliche Auflösung als Kündigung?

Nachdem aufgezeigt wurde, dass die Einschränkung der Ausbildungsgarantie als Rechtsfolge der außerordentlichen Auflösung auf mj Lehrlinge eine verfassungs- sowie unionsrechtswidrige Diskriminierung aufgrund des Alters darstellt, soll nun ihre Konstruktion als Rechtsform sui generis genauer beleuchtet werden.

Es soll aufgezeigt werden, dass die außerordentliche Auflösung materiell eine **Kündigung** ist und diskutiert werden, welche Probleme sich daraus im Rahmen der Berufsausbildung ergeben.

6.1. Problem: Rechtsform sui generis?

Dem allgemeinen Tenor in der Fachliteratur⁴³⁹ zufolge ist die außerordentliche Auflösung eine **Rechtsform sui generis**. Das bedeutet, dass es sich dabei um ein Rechtsinstitut eigener Art handelt, welches keiner bereits bestehenden Beendigungsform zugeordnet werden kann. Besonders von einer Kündigung soll die außerordentliche Auflösung durch ihre Konstruktion als eine eigene Rechtsform eindeutig abgegrenzt werden können.

6.1.1. Abgrenzung zur Kündigung?

Alle Arbeitsverhältnisse können grundsätzlich entweder durch einseitige Willenserklärungen (Kündigung, Entlassung, vorzeitiger Austritt) oder durch eine Vereinbarung (einvernehmliche Lösung) beendet werden können⁴⁴⁰. Bei befristeten Arbeitsverhältnissen sind die Beendigungsmöglichkeiten aufgrund einseitiger Willenserklärungen jedoch dahingehend eingeschränkt, dass bei diesen eine einseitige Beendigung nach hA und stRspr ohne besonderen Grund – insb ohne Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit – grundsätzlich ausgeschlossen ist.⁴⁴¹

a.) Meinungsstand

Als befristetes Arbeitsverhältnis kann daher auch das Lehrverhältnis weder vom Arbeitgeber noch vom Arbeitnehmer rechtswirksam gekündigt werden.⁴⁴²

⁴³⁹ Bspw *Rauch*, Arbeitsrecht für Arbeitgeber⁸ (2009) 588; *Burger* in *Resch*, Neuerungen, 17 (41); *Winkler*, ZAS 2008, 244 (247).

⁴⁴⁰ *Rauch*, Arbeitsrecht⁸, 588.

⁴⁴¹ Vgl *Jabornegg/Resch/Strasser*, Arbeitsrecht³, 558; *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁸, Rz 406.

⁴⁴² Vgl zur einzigen Ausnahme im Fall der Nichterfüllbarkeit der Behaltspflicht aus wirtschaftlichen Gründen etwa *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹¹, Kap 7 Rz 185.

Insbesondere aufgrund seines bereits dargestellten besonderen Ausbildungszweckes wäre eine **Kündigung des Lehrverhältnisses nach dem OGH unzulässig**, denn sie stünde mit dem Zweck seiner Befristung (vollständige Absolvierung der Lehre) in direktem Widerspruch; aus den Regelungen des BAG sei zu erschließen, dass der Gesetzgeber das Interesse des Lehrlings an einer, für den Lehrberuf erforderlichen, die volle Lehrzeit umfassenden betrieblichen Ausbildung höher werte als das Interesse des Lehrberechtigten an einer freien Auflösbarkeit dieses der Ausbildung dienenden Lehrverhältnisses.⁴⁴³ Spricht ein Lehrberechtigter dennoch eine Kündigung aus, so ist sie rechtsunwirksam und bringt das Lehrverhältnis nicht zur Auflösung. Wie bereits unter Pkt 5.6. ausgeführt, kann aufgrund des speziellen Ausbildungscharakters auch eine weitere Lösungsmöglichkeit – in concreto eine Kündigung – **nicht gesondert im Lehrvertrag vereinbart** werden.

In den Erläuterungen zur RV⁴⁴⁴ wird sie mitunter ausdrücklich als **neue Lösungsmöglichkeit** bezeichnet (zur Uneinheitlichkeit der Benennung Lösungsform durch den Gesetzgeber vgl allerdings Pkt 6.2.2.). Auch ergibt sich nach manchen aus der Wortwahl des § 15a und der Anordnung des § 15a Abs 8, dass auf die außerordentliche Lösung gerade jene Bestimmungen nicht zur Anwendung kommen, die speziell für die ordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses gelten – es sollen also offensichtlich nur jene Normen zur Anwendung kommen, die ganz allgemein für alle Formen der Lösung von Dauerschuldverhältnissen gelten (zB Zugangsvorschriften⁴⁴⁵ oder das Verbot der Sittenwidrigkeit).⁴⁴⁶ Die zusätzlichen Voraussetzungen ihrer Rechtswirksamkeit (nämlich die diversen Mitteilungspflichten, das Mediationsverfahren und dessen Meldepflicht) sollen ebenfalls verdeutlichen, dass es sich um keine Kündigung handelt.⁴⁴⁷

b.) Eigene Ansicht

Doch trotz – oder vielleicht gerade wegen – der in der Literatur immer öfter thematisierten Abgrenzung der außerordentlichen Lösung von der Kündigung und der eindringlichen Hinweise in den Materialien auf ihren Charakter als eigenständige Rechtsform sollte diese Unterscheidung juristisch umfassend geprüft werden.

⁴⁴³ Vgl OGH 30.3.2006, 8 ObA 4/06f, DRdA 2007, 488 (*Naderhirn*).

⁴⁴⁴ ErläutRV 505 BlgNR 23. GP 7.

⁴⁴⁵ Vgl *Rauch*, ASoK 2008, 350 (352).

⁴⁴⁶ *Burger in Resch*, Neuerungen, 17 (41).

⁴⁴⁷ *Rauch*, Arbeitsrecht⁸, 588.

Die arbeitsrechtliche **Kündigung** ist die einseitige, empfangsbedürftige und begründungsfreie Beendigung eines Arbeitsverhältnisses unter Einhaltung von Fristen und Terminen.⁴⁴⁸ Sie wirkt insofern rechtsgestaltend, als sie das Arbeitsverhältnis nach Ablauf einer bestimmten Zeit zur Auflösung bringt⁴⁴⁹. An die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch Kündigung knüpfen sich eine Reihe von spezifischen Regelungen zum Schutz der Arbeitnehmer, die prominentesten sind dabei die Anfechtungsmöglichkeiten des allgemeinen und besonderen Kündigungsschutzes.

Vergleicht man die Tatbestandsmerkmale und elementaren Rechtsschutzbestimmungen einer außerordentlichen Auflösung und einer Kündigung grob, so entsteht folgendes Bild:

Kündigung	Außerordentliche Auflösung
einseitig	einseitig
begründungsfrei	begründungsfrei
frist- und termingebunden	frist- und termingebunden
besonderer Kündigungsschutz	besonderer Kündigungsschutz
EFZ bei Kündigung im Krankenstand	EZF bei Auflösung im Krankenstand
allgemeiner Kündigungsschutz	kein allgemeiner Kündigungsschutz, nur Verständigung des BR über das geplante Mediationsverfahren Ausbildungsgarantie als Ersatz?

Tabelle 2 (Pottmann 2013)

Sowohl die Kündigung als auch die außerordentliche Auflösung kommen durch die Willenserklärung einer Partei zustande. Es bedarf für ihre rechtsgestaltende Wirkung

⁴⁴⁸ Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁸, Rz 405; Löschnigg, Arbeitsrecht¹¹, Kap 7 Rz 9; Karl in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG-Kommentar, § 20 Rz 1.

⁴⁴⁹ Reissner in ZellKomm², § 20 AngG Rz 23.

keiner Willenserklärung des Erklärungsgegners ist einer Zustimmung. Beide sind daher **einseitig**.⁴⁵⁰

Als **begründungsfreie** Beendigungsarten sind sowohl die Kündigung als auch die außerordentliche Auflösung an sich nicht an das Vorliegen etwaiger Auflösungsgründe gebunden (solche können sich uU aus Sondergesetzen, dem Kollektivvertrag oder dem Arbeitsvertrag ergeben).⁴⁵¹

Eine Kündigung erfordert zwar nicht wesensmäßig, jedoch im Bereich des Arbeitsrechts regelmäßig das Einhalten von sog Kündigungszeiten – nämlich **Fristen und Terminen**.⁴⁵² Diese sind in den arbeitsrechtlichen Sondergesetzen aber auch in Kollektiv- oder Arbeitsverträgen geregelt.⁴⁵³ Wie auch bei der außerordentlichen Auflösung des Lehrverhältnisses müssen daher bei der Kündigung eines Arbeitsvertrags bestimmte Fristen und Termine eingehalten werden.

Durch das Kündigungsschutzrecht wird das prinzipiell freie Kündigungsrecht des Arbeitgebers aus sozialen Gründen zu Gunsten des Arbeitnehmers eingeschränkt. Es schützt (iVm dem Entlassungsschutz) vor einseitigen Schritten des Arbeitgebers zur Lösung des Arbeitsverhältnisses, wobei zwischen allgemeinem und besonderem Kündigungsschutz zu unterscheiden ist.⁴⁵⁴ Für die außerordentliche Auflösung hat der Gesetzgeber die Anwendbarkeit einer Reihe von **Bestimmungen des besonderen Kündigungsschutzes** in § 15a Abs 8 angeordnet, nicht jedoch jene des allgemeinen Kündigungsschutzes. Minderjährigen Lehrlingen wird allerdings die Fortsetzung ihrer Ausbildung durch die Ausbildungsgarantie zugesichert.

Wird ein Arbeitnehmer während einer Dienstverhinderung gekündigt, so steht ihm nach § 5 EFZG bzw § 9 Abs 1 AngG trotzdem für einen bestimmten Zeitraum die (teilweise) **Fortzahlung seines Entgeltes** zu. Es soll so dem Arbeitgeber unmöglich gemacht werden, sich den Entgeltfortzahlungspflichten dadurch zu entziehen, dass er das Arbeitsverhältnis beendet und so ein gewisser Schutz des Arbeitsplatzes erzielt werden.⁴⁵⁵ Für den Fall einer außerordentlichen Auflösung während einer

⁴⁵⁰ Reissner in ZellKomm², § 20 AngG Rz 24.

⁴⁵¹ Reissner in ZellKomm², § 20 AngG Rz 37.

⁴⁵² Vgl Krejci in Rummel, Kommentar zum ABGB³ (2007) § 1159c Rz 43a.

⁴⁵³ Reissner in ZellKomm², § 20 AngG Rz 38ff.

⁴⁵⁴ Reissner in ZellKomm², § 20 AngG Rz 70ff.

⁴⁵⁵ Drs in ZellKomm², Rz 4 zu § 9 AngG.

Dienstverhinderung des Lehrlings ordnet § 17a Abs 8 ebenfalls die (teilweise) Fortzahlung des Entgeltes für einen bestimmten Zeitraum an.

Zusammenfassung der Gegenüberstellung

Sowohl die außerordentliche Auflösung als auch die Kündigung sind also einseitige, begründungsfreie, frist- und termingebundene Beendigungen eines Arbeitsverhältnisses unter Anordnung besonderer Kündigungsschutzbestimmungen und einer EFZ-Anordnung bei Beendigung im Krankenstand. Neben einigen Sonderbestimmungen (wie bereits erwähnt bspw Postensuchtage) fehlt der außerordentlichen Auflösung im Vergleich zur Kündigung damit insbesondere ein allgemeiner Kündigungsschutz.

In ihren Tatbestandsmerkmalen, den wesentlichen Rechtsfolgen und darauffolgenden Rechtsschutzbestimmungen somit vollkommen gleich, unterscheiden sich die beiden Beendigungsarten nur durch eine ausdrücklich andere Benennung durch den Gesetzgeber, eine Reihe zusätzlich eingeführte Verfahrensschritte – insb bei Auflösung durch den Lehrberechtigten – sowie einige der außerordentlichen Auflösung fehlenden Rechtsschutzbestimmungen.

6.1.2. Ergebnis: materielle Kündigung

Materiell ist also die außerordentliche Auflösung eine Kündigung. Dies kann insbesondere zur analogen Anwendung der zuvor aufgezählten Sonderbestimmungen auf die außerordentliche Auflösung führen (nämlich wenn dies unter dem Aspekt des Gleichbehandlungsgrundsatzes geboten scheint).

Da der Gesetzgeber dazu verpflichtet ist Gleiches gleich zu behandeln, müssen im Falle der außerordentlichen Auflösung einen Lehrling die gleichen Rechtsfolgen treffen und die gleichen Ansprüche zustehen wie im Falle der Kündigung einen/einem Arbeitnehmer. Dieses Ergebnis untermauert die bereits zuvor vertretene analoge Anwendung der Bestimmungen über den Anspruch auf Postensuchtage (vgl Pkt 5.7.) auf die außerordentliche Auflösung.

6.2. Folgeprobleme

Als Folge dieser rechtsdogmatischen Einordnung der außerordentlichen Auflösung stellen sich eine Reihe von Fragen: Wie ist diese Lehrlingskündigung vor dem Aspekt des Ausbildungszweckes zu beurteilen? Stellt die Ausbildungsgarantie einen

adäquaten Ersatz für den fehlenden allgemeinen Kündigungsschutz gem §§ 105ff ArbVG dar? Ist deren Einschränkung auf Minderjährige vor dem Hintergrund des fehlenden allgemeinen Kündigungsschutzes möglicherweise ein gesetzgeberisches Versehen? Was soll für jene Lehrlinge gelten, die auch nicht von der unionsrechtskonformen Ausweitung der Ausbildungsgarantie profitieren, etwa weil sie sich bereits im zweiten Bildungsweg befinden?

6.2.1. Ausbildungszweck

Wie bereits unter 6.1.1. dargestellt, widerspricht nach dem **OGH** eine Kündigungsmöglichkeit des Lehrverhältnisses direkt den Wertungen des BAG. Aus den Regelungen des BAG sei zu erschließen, dass der Gesetzgeber das Interesse des Lehrlings an einer die für den Lehrberuf erforderliche volle Lehrzeit umfassenden betrieblichen Ausbildung höher werte als das Interesse des Lehrberechtigten an einer freien Auflösbarkeit dieses der Ausbildung dienenden Lehrverhältnisses. Eine Kündigungsmöglichkeit stünde mit dem Zweck seiner Befristung, nämlich der vollständigen Absolvierung der Lehre, in direktem Widerspruch.⁴⁵⁶

Auch der **hL**⁴⁵⁷ zufolge steht der Ausbildungszweck des Lehrverhältnisses einer Kündigung entgegen. Die zwingende Beschränkung der Auflösungsmöglichkeiten im BAG auf möglichst wenige Tatbestände unterstreicht die Intention des Gesetzgebers nach der Förderung einer vollständigen Absolvierung der einmal begonnenen Berufsausbildung – idealerweise beim selben Lehrberechtigten.⁴⁵⁸

Vor dem soeben dargestellten Verständnis vom Ausbildungs- und Schutzzweck des BAG ist die Einführung einer Kündigung ein **Wertungswiderspruch**. Denn auch die durch ein Mediationsverfahren und maximal zwei mögliche Termine „abgeschwächte“ Kündigung verhindert die vollständige Absolvierung der ein Mal begonnenen Lehre und lockert die Bestandhaftigkeit des Lehrverhältnisses. Die neue Lehrlingskündigung passt mit dem bisherigen Verständnis vom Ausbildungszweck und dem sich daraus ergebenden schützenswerten Gut „vollständige Beendigung der begonnenen Lehre“ nicht zusammen.

⁴⁵⁶ Vgl OGH 30.3.2006, 8 ObA 4/06f, DRdA 2007, 488 (Naderhirn).

⁴⁵⁷ Bspw Preiss/Spitzl in ZellKomm², § 15 BAG Rz 20 ff; Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁸, 156; Winkler, ZAS 1979, 169.

⁴⁵⁸ Winkler, ZAS 1979, 169.

Die Auflösung dieses Wertungswiderspruchs erschließt sich aus den Materialien⁴⁵⁹ zur RV. Gab der Gesetzgeber bis dahin dem Interesse des Lehrlings am Abschluss seiner ein Mal begonnenen Ausbildung den Vorzug gegenüber dem Interesse des Lehrberechtigten an einer leichteren Lösbarkeit, so sprach man bei der Einführung des § 15a erstmals vom Interesse des Lehrlings an einer abgeschlossenen **beruflichen Erstausbildung**.⁴⁶⁰

Man könnte von einem **arbeitsmarktorientierten Ansatz** sprechen, der das Verständnis vom Ausbildungszweck und der Art seiner Verankerung im BAG erweitert und verändert hat. Nicht mehr die vollständige Absolvierung der Lehre in ein und demselben Lehrbetrieb allein entspricht dem Ziel des Gesetzgebers. Geschützt werden soll im BAG die berufliche Erstausbildung junger Menschen an sich, die auch in mehreren Betrieben oder einer überbetrieblichen Ausbildungseinrichtung stattfinden kann.

Ein solcher Ansatz ermöglicht die Legitimation der Einführung einer Kündigung – allerdings nur bei entsprechender **Sicherstellung der Fortsetzung** der Erstausbildung.

6.2.2. *Jugendbegriff des § 38d AMSG?*

Es stellt sich mE in weiterer Folge die Frage, ob die **Einschränkung** der Ausbildungsgarantie auf mj Lehrlinge in den Erläuterungen zur RV⁴⁶¹ nicht überhaupt ein **gesetzgeberisches Versehen** darstellt und eine präzise historische Auslegung ein anderes Ergebnis erlaubt.

a.) Problem

Während das geltende österreichische Recht keine rechtsübergreifende Legaldefinition dieses Begriffes kennt und in den verschiedenen Gesetzen von unterschiedlichen Altersgruppen ausgegangen wird⁴⁶², so versteht der Gesetzgeber darunter idR Personen unter 18 Jahren.⁴⁶³ Mitunter finden sich aber auch Legaldefinitionen nach denen ältere Personen vom Jugendbegriff erfasst sind, wie

⁴⁵⁹ ErläutRV 505 BlgNR 23. GP 2.

⁴⁶⁰ ErläutRV 505 BlgNR 23. GP 2.

⁴⁶¹ ErläutRV 505 BlgNR 23. GP 4.

⁴⁶² *Sadoghi*, Kinder und Jugendliche im Wandel des Rechts – Ein Beitrag aus Rechtswissenschaftlicher Sicht, http://www.ju-quest.at/downloads/Sadoghi_Konferenz2010.pdf [6.3.2014].

⁴⁶³ § 1 Abs 1 Z 2 KJBG; § 1 Z 2 JGG; § 11 Abs 1 WaffG.

bspw § 2 Abs 1 B-JVG⁴⁶⁴: „Als Jugendliche im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten alle jungen Menschen bis zur Vollendung ihres 30. Lebensjahres“. Das AMSG selbst enthält **keine Definition des Jugendbegriffs**.

Es muss daher anhand der **Materialien**⁴⁶⁵ geprüft werden, welche Altersgruppe vom Jugendbegriff des § 38d AMSG erfasst sein sollte. Diese sprechen zwar an einer Stelle ausdrücklich von „Jugendlichen unter 18 Jahren“⁴⁶⁶, lassen bei genauerer Durchsicht aber auf eine andere Absicht des Gesetzgebers schließen.

b.) These

In Zusammenhang mit den Ergebnissen des vorigen Punktes kann die These aufgestellt werden, dass der Gesetzgeber iS eines **Schutzes der beruflichen Erstausbildung** die Ausbildungsgarantie jungen Lehrlingen generell gewähren wollte. Gem § 38d AMSG sollte **allen Lehrlingen** im ersten Bildungsweg nach der außerordentlichen Auflösung ihres Lehrverhältnisses ein Anspruch auf die Fortsetzung ihrer beruflichen Erstausbildung zustehen (zum Problem der Lehrlinge im zweiten Bildungsweg vgl Pkt 6.3.4.).

c.) Relevanz

Kann diese These interpretativ weiter untermauert werden, kommt eine Anwendung der Ausbildungsgarantie auf alle Lehrlinge, für die ihre nach § 15a aufgelöste Lehre die erste Berufsausbildung darstellt, in Frage. Da unter Pkt 5.10.5. bereits die unmittelbare Anwendbarkeit der Rahmen-RL zur Gleichbehandlung diskutiert und bejaht wurde, ist dieser Ansatz zur Erfassung volljähriger Lehrlinge zwar für die Rechtsunterworfenen (und damit praktisch) irrelevant, jedoch rechtstheoretisch von Bedeutung. Kann diese nämlich auch im Wege der Auslegung erreicht werden, so wäre ein Verstoß gegen die **Rahmen-RL zu verneinen** und eine Verurteilung Österreichs durch den EuGH wegen Vertragsverletzung ausgeschlossen.

d.) Prüfung

Anhaltspunkte für eine dahingehende Prüfung bieten insb die Materialien⁴⁶⁷. Diesen ist an mehreren Stellen zu entnehmen, dass der Mehrheit der Nationalratsabgeordneten bei der Beschließung des § 15a gar **nicht bewusst** war,

⁴⁶⁴ Bundes-Jugendvertretungsgesetz, BGBl I. Nr. 127/2000 idgF.

⁴⁶⁵ ErläutRV 505 BlgNR 23. GP; StenProt BlgNR 62 Sess.

⁴⁶⁶ ErläutRV 505 BlgNR 23. GP 4.

⁴⁶⁷ StenProt BlgNR Sess 61; ErläutRV 505 BlgNR 23. GP; 162 ME 23. GP.

dass die Ausbildungsgarantie nur Minderjährigen zugute kommen solle. So wurde deren Einschränkung (sowohl in der RV als auch der parlamentarischen Diskussion) durch etliche Formulierungen verschleiert: *„Die neue Auflösungsmöglichkeit soll keinen Spielraum für willkürliche Auflösungen von Lehrverhältnissen eröffnen. Deswegen soll die Auflösung nur zu ganz bestimmten Zeitpunkten möglich sein und ein vorgelagertes Mediationsverfahren auf die Lösung von Konflikten hinwirken, um alle Möglichkeiten zur Aufrechterhaltung des Lehrverhältnisses auszuschöpfen. Kann die Auflösung durch den Lehrberechtigten aber trotzdem nicht verhindert werden, soll der Lehrling, der die Fortführung der Ausbildung in einem Lehrberuf anstrebt, durch das Arbeitsmarktservice im Rahmen eines Ausbildungsübertritts auf einen adäquaten Ersatzausbildungsplatz vermittelt werden, um den Abschluss der beruflichen Erstausbildung sicherzustellen.“*⁴⁶⁸ heißt es da bspw an einer Stelle und erweckt so fälschlicherweise den Eindruck, dass die Ausbildungsgarantie **jeden** Lehrling erfasst, dessen Lehrverhältnis von nun an leichter gelöst werden kann.

Die Stellungnahmen der einzelnen Parlamentarier in der Nationalratsdebatte zur RV lassen in der Tat darauf schließen, dass den meisten von ihnen die Einschränkung nicht bewusst war. So etwa Nationalratsabgeordneter Dr. Mitterlehner: *„Viele **junge Leute** haben zu dem Zeitpunkt, wenn sie mit der Lehre anfangen, eine andere Vorstellung von der Arbeitswelt und ein ganz anderes Entwicklungsprofil als nachher, drei Jahre später. [...] In dieser Hinsicht ist diese Ausbildungsgarantie sehr wichtig und, ich würde sagen, ein entsprechender Fortschritt. Deswegen haben wir beide Komponenten sichergestellt, nämlich einerseits eine neue Struktur in der Förderung mit mehr Qualität und andererseits bei der Kündigung des **Lehrlings** eine Garantie, dass die Ausbildung in anderen Bereichen erfolgt. Daher ist das meines Erachtens eine sehr gelungene Umsetzung im Bereich der **Lehrlingsausbildung**.“*⁴⁶⁹.

Weitere Wortmeldungen lassen darauf schließen, dass die meisten Nationalrats- und Bundesratsabgeordneten von einer Ausbildungsgarantie als Ausgleich zur leichteren Lösbarkeit für **alle** Lehrlinge (die zwar idR junge aber keinesfalls immer minderjährige Personen sind) ausgingen:

- *„Wir haben [...] zuerst auch sehr kritisch die Aufweichung des Kündigungsschutzes gesehen. [...] Bei einer vorzeitigen Auflösung gibt es das Mediationsverfahren, aber auch*

⁴⁶⁸ ErläutRV 505 BlgNR 23. GP 5.

⁴⁶⁹ StenProt BlgNR Sess 62 190-191.

die **Garantie, dass der junge Mensch** dann in einem anderen Bereich ausgebildet werden kann und werden soll.“⁴⁷⁰

• „Wenn er irgendwo ist, wo es aus irgendwelchen Gründen nicht passt, dann ist es doch gescheiter, meine sehr geehrten Damen und Herren, dass wir schauen, dass der **junge Mensch** woanders eine Lehrstelle bekommt, wo er wirklich in vollster Zufriedenheit seinen Beruf machen kann.“⁴⁷¹

Insgesamt findet sich weder in den StenProt zur Nationalratsdebatte⁴⁷² noch zur Bundesratsdebatte⁴⁷³ eine einzige Wortmeldung mit Hinweis darauf, dass der betreffende Abgeordnete um die Einschränkung der Ausbildungsgarantie auf Minderjährige laut RV wusste.

Gleichzeitig lassen diese Wortmeldungen darauf schließen, dass das Mediationsverfahren iVm der Ausbildungsgarantie gewissermaßen als **Ausgleich für einen fehlenden allgemeinen Kündigungsschutz** eingeführt werden sollte.

Dies spricht zunächst für eine historische Auslegung dahingehend, dass nach dem Willen des Gesetzgebers ganz allgemein junge Lehrlinge von der Ausbildungsgarantie erfasst sein sollten. Eine Einschränkung auf unter 18-jährige lässt sich daraus noch nicht ableiten. Auch der Telos der Bestimmung deutet eigentlich auf den Schutz der beruflichen Erstausbildung und damit eine andere Begriffsdefinition hin.

Der Wortlaut der RV, die ja ausdrücklich von mj Lehrlingen spricht, ist im Rahmen der historischen Auslegung ebenfalls heranzuziehen: „Die überbetriebliche Lehrausbildung wird ergänzend zum weiterhin prioritären betrieblichen Lehrstellenangebot als Element der **Ausbildungsgarantie für Jugendliche bis 18 Jahre** ausgebaut und als gleichwertiger und regulärer Bestandteil der dualen Berufsausbildung eingerichtet.“⁴⁷⁴

Es fragt sich also, was gelten soll, wenn die ErläutRV und die Parlamentsdiskussion voneinander offenbar abweichen. Im Rahmen einer differenzierten historischen Auslegung muss einer Argumentation dahingehend, dass der wahre Wille des Gesetzgebers laut Parlamentsdiskussion die Erfassung junger Menschen allgemein

⁴⁷⁰ Nationalratsabgeordnete Ursula Haubner, StenProt BlgNR Sess 62 204.

⁴⁷¹ Bundesratsabgeordnete Sonja Zwazl, StenProt BlgBR Sess 757.

⁴⁷² StenProt BlgNR Sess 62.

⁴⁷³ StenProt BlgBR Sess 757.

⁴⁷⁴ ErläutRV 505 BlgNR 23. GP 4.

sei, folgendes entgegengehalten werden: nämlich dass sich im Laufe einer jeden Nationalratsdebatte stets nur ein Bruchteil der Abgeordneten zu Wort meldet. Es stellt sich die Frage nach der **Repräsentationskraft der Aussagen einzelner Parlamentarier** im Verhältnis zur Gesamtheit des Gesetzgebers. Selbst wenn einem gewissen (möglicherweise sogar recht großen) Teil der Abgeordneten bei der Einführung des Gesetzes die explizite Nichterfassung volljähriger Lehrlinge nicht klar war (etwa weil sie die ErläutRV nicht gelesen haben), so kann entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut der ErläutRV eine solche nicht der Gesamtheit der Parlamentarier unterstellt werden. Die Intention des Gesetzgebers kann trotz allfälliger Widersprüchlichkeiten und Unklarheiten im Gesetzgebungsverfahren nicht anders verstanden werden, als dass nur mj Lehrlingen die Ausbildungsgarantie und damit ein adäquater Ersatz zum allgemeinen Kündigungsschutz zustehen sollte.

Dabei ist anzumerken, dass es eigentlich nur im Sinne des Gesetzgebers gewesen wäre, den Begriff „Jugend“ nicht strikt mit „minderjährig“ gleichzusetzen, sondern dass ganz allgemein junge, sich in der ersten Ausbildung befindende Menschen von der Ausbildungsgarantie erfasst sein sollten. So könnte eine Stärkung der Wirtschaft umso mehr erreicht und der Fachkräftemangel am Arbeitsmarkt – als weiteres Ziel hinter der Förderung der Jugendausbildung⁴⁷⁵ – umfassend beseitigt werden. Die Einschränkung der Ausbildungsgarantie auf mj Lehrlinge erscheint angesichts ihres ins Treffen geführten ergänzenden arbeitsmarktpolitischen Zweckes jedenfalls **unverständlich**.

e.) Ergebnis

Die **Ausnahme volljähriger Lehrlinge** von der Ausbildungsgarantie entspricht somit dem **Willen des Gesetzgebers**. Dieser hat die für sie (innerstaatlich) entstehende Rechtsschutzlücke offensichtlich in Kauf genommen.

Auch die ebenfalls im Zuge des Sozialpartnerpakets aus 2007⁴⁷⁶, also zeitgleich mit der BAG Novelle, umgesetzte Qualifizierungsoffensive für erwachsene Arbeit Suchende, mit der die Zahl der Fachausbildungen des AMS schrittweise erhöht werden sollte und wofür 121 Mio Euro zur Verfügung gestellt wurden, zielte wohl

⁴⁷⁵ Sozialpartner/Bundesregierung, <http://www.austria.gv.at/DocView.axd?CobId=26962> [15.10.2012].

⁴⁷⁶ Sozialpartner, http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/20071001_Sozialpartner%20Maßnahmenpaket_Arbeitsmarkt_vorläufigeEndversion.pdf [14.10.2010].

offensichtlich nicht als **alternatives Angebot zur Ausbildungsgarantie** auf gerade jene volljährigen Lehrlinge ab, die im Wege des neuen § 15a ihre Lehrstelle verlieren sollten – die Einführung dieses Programms wurde durch die schlechten Prognosen der verschiedenen Wirtschaftsforschungsinstitute in Bezug auf die bereits bestehende hohe Arbeitslosenquote motiviert.⁴⁷⁷ Sie ist also nicht als Begleitmaßnahme zur außerordentlichen Auflösung konstruiert.

Praktisch führt dieses Ergebnis aber trotzdem nicht zur Ausschließung volljähriger Lehrlinge von der Ausbildungsgarantie. Es darf bezüglich der Gewährung der Ausbildungsgarantie aufgrund des europäischen Unionsrechts nicht zwischen volljährigen und mj Lehrlingen unterschieden werden. Aufgrund der unionsrechtskonformen Auslegung der Rahmen-RL zur Gleichbehandlung (vgl Pkt 5.10.5.) kann sich ein volljähriger Lehrling direkt auf sie berufen und daraus das Recht ableiten, wie ein mj Lehrling auch die Ausbildungsgarantie in Anspruch zu nehmen.

6.3. Allgemeiner Kündigungsschutz

Grundsätzlich ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses nicht von der Angabe von Kündigungsgründen abhängig – sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer müssen die Kündigung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses nicht begründen.⁴⁷⁸ Man nennt dies das „Prinzip der Kündigungsfreiheit“.⁴⁷⁹ Um dabei aber zu verhindern, dass insb der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus bestimmten, vom Gesetzgeber als verpönt erachteten, Motiven bzw in bestimmten Fällen ohne gehörige Beachtung der sozialen Interessen des Arbeitnehmers auflöst, hat der Gesetzgeber mit den §§ 105 - 107 ArbVG⁴⁸⁰ den **allgemeinen Kündigungsschutz** eingeführt.

6.3.1. Problem und Relevanz

Im vorhergehenden Kapitel wurde dargestellt, dass die außerordentliche Auflösung materiell eine Kündigung ist. Auf diese wurden zwar Bestimmungen des besonderen Bestandschutzes angeordnet, jedoch kein allgemeiner Kündigungsschutz gem §§ 105ff ArbVG. Es soll nun in diesem Kapitel geprüft werden ob die **außerordentliche**

⁴⁷⁷ Vgl zum Sozialpartnerpaket *Wallner*, Neues Arbeitsmarktpaket von Sozialpartnern und Regierung, RdA 2008, 183.

⁴⁷⁸ Vgl bspw *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁸, Rz 451; *Reissner* in ZellKomm², § 20 AngG Rz 37.

⁴⁷⁹ *Wolligger* in ZellKomm², Rz 1 zu § 105 ArbVG.

⁴⁸⁰ BGBl 1974/22 idgF.

Auflösung unter den Kündigungsbegriff des § 105 Abs 1 ArbVG subsumiert werden kann.

Wie auch im Fall der Prüfung einer Auslegung des Jugendbegriffes im vorigen Punkt ist die **Relevanz** dieser Prüfung weitgehend theoretischer Natur. Praktisch stellt auch hier die unionsrechtskonforme Auslegung (bzw die unmittelbare Anwendbarkeit der Rahmen-RL zur Gleichbehandlung) sicher, dass volljährige Lehrlinge in der beruflichen Erstausbildung den gleichen Rechtsschutz genießen wie mj und die Anfechtungsmöglichkeiten des allgemeinen Kündigungsschutzes eigentlich nicht brauchen.

Für **volljährige Lehrlinge im zweiten Bildungsweg** (sowie jene, die nach dem unter Pkt 5.10.5. Ausgeführten auch im ersten Bildungsweg keinen Anspruch auf die Ausbildungsgarantie haben) kann eine analoge Anwendung des Kündigungsschutzes jedoch auch praktisch relevant sein. Diese können gem § 15a gekündigt werden ohne danach einen Anspruch auf eine neue Lehrstelle oder Ersatzausbildung in einer überbetrieblichen Lehrstelle zu haben. Sie sind damit gegenüber Lehrlingen im ersten Bildungsweg schlechter gestellt. Gleichzeitig haben sie auch keine Möglichkeit gegen die Kündigung im Wege des allgemeinen Kündigungsschutzes vorzugehen. Damit sind sie gegenüber anderen Arbeitnehmern – zumindest jene in größeren Betrieben – schlechter gestellt.

6.3.2. Allgemeines zu den Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes

Eine Kündigung durch den Arbeitgeber ist für einen Arbeitnehmer regelmäßig mit erheblich nachteiligen Folgen verbunden: der Verlust seiner Arbeit bedeutet dabei nicht nur den Verlust des Einkommens, sondern erfordert uU auch eine komplette Umstellung seiner bisherigen Lebensweise. Der Gesetzgeber wertet daher in bestimmten Fällen den Schutz des Arbeitsplatzes des Arbeitnehmers höherrangiger als die Kündigungsmöglichkeit des Arbeitgebers und hat zu diesem Zweck das Instrument des **allgemeinen Kündigungsschutzes** eingeführt. IS einer sinnvollen Einschränkung der Privatautonomie des Arbeitgebers sollen gewisse Kündigungen einer gerichtlichen Sachlichkeitskontrolle unterworfen sein.⁴⁸¹

Der Geltungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes entspricht jenem der Betriebsverfassung – er kommt also all jenen Arbeitnehmern zu Gute, die in gem § 33

⁴⁸¹ *Wolligger* in *ZellKomm*², Rz 1 zu § 105 ArbVG.

ArbVG **betriebsratspflichtigen Betrieben** arbeiten (dh in Betrieben mit mindestens 5 Arbeitnehmern). Die jeweiligen Anfechtungsmöglichkeiten der betreffenden Kündigung hängen von der Reaktion des Betriebsrates ab.

Gem § 105 Abs 1 ArbVG muss der Arbeitgeber vor dem Ausspruch der Kündigung eines Arbeitnehmers gegenüber den Betriebsrat darüber informieren. Dieser hat daraufhin eine Woche Zeit, um sich zu beraten und der Kündigung entweder **zuzustimmen**, ihr explizit zu **widersprechen** oder im Rahmen eines sog „schlichten“ Widerspruchs die Frist **ungenutzt** verstreichen lassen.⁴⁸²

Je nach Reaktion des Betriebsrates gestalten sich die Anfechtungsmöglichkeiten der Kündigung unterschiedlich. Sie kann entweder aufgrund eines in § 105 Abs 3 Z 1 lit a-j ArbVG taxativ aufgezählten **verpönten Motivs** und/oder aufgrund von **Sozialwidrigkeit** (§ 105 Abs 3 Z 2) vor dem zuständigen ASG angefochten werden.

Gem § 105 Abs 6 ArbVG kann eine Kündigung welcher vom Betriebsrat explizit **zugestimmt** wurde, nur vom Arbeitnehmer selbst und nur aufgrund eines verpönten Motives angefochten werden. Hat der Betriebsrat ihr ausdrücklich **widersprochen**, so kann der gekündigte Arbeitnehmer den Betriebsrat binnen einer Woche formfrei dazu auffordern, die Kündigung gerichtlich anzufechten bzw diese im Falle der Untätigkeit des Betriebsrates selbst anfechten. Dies kann in beiden Fällen wegen eines verpönten Motives und wegen Sozialwidrigkeit erfolgen. Im Falle eines **schlichten Widerspruchs** des Betriebsrates steht das Anfechtungsrecht dem Arbeitnehmer selbst zu, dies sowohl wegen eines verpönten Motivs als auch wegen Sozialwidrigkeit.

6.3.3. Anwendbarkeit auch im Falle der Auflösung nach § 15a?

Nach hA haben Lehrlinge kein Recht auf eine Kündigungsanfechtung nach den Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes.⁴⁸³ Dies wird vom OGH wie folgt begründet: „*Da das Gesetz die Möglichkeit einer Kündigung des Lehrverhältnisses nicht zulässt, hat der in den §§ 105 ff ArbVG geregelte allgemeine Kündigungsschutz für Lehrlinge keine Bedeutung*“⁴⁸⁴. Dies erscheint durchaus logisch, denn dort wo eine

⁴⁸² Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁸, Rz 451 ff.

⁴⁸³ So bspw Wolligger in ZellKomm², § 105 ArbVG Rz 5; ebenso Spitzl in ZellKomm², § 15a BAG Rz 14; ebenso Rauch, Arbeitsrecht⁸, 589.

⁴⁸⁴ OGH vom 16.09.1987, 9 ObA 72/87.

Kündigung an sich gar nicht möglich ist, besteht ja auch kein Bedarf an einem Kündigungsschutz.⁴⁸⁵

Dies hat sich jedoch 2008 mit der Einführung des § 15a geändert. Denn, wie bereits unter 6. ausgeführt, ist die außerordentliche Auflösung tatsächlich nichts anderes als eine (an die Bedürfnisse der Lehrlingsausbildung angepasste) Kündigung. Da nun im Endeffekt eine Kündigung auch im Bereich des BAG möglich ist, greift das bisherige Argument für den Ausschluss von Lehrlingen vom allgemeinen Kündigungsschutz nicht mehr.

a.) Auslegung des Kündigungsbegriffes

Es fragt sich also, ob eine **interpretative Erfassung** der außerordentlichen Auflösung vom Kündigungsbegriff des § 105 Abs 1 ArbVG möglich ist. Zwar liegt sie nicht wörtlich in dessen Anwendungsbereich, weil sie keine formelle Kündigung ist; jedoch ist sie als materielle Kündigung vom Telos der Bestimmung (nachträgliche Überprüfungsmöglichkeit zur Verhinderung einseitiger Arbeitsvertragsbeendigungen aus verpönten Motiven oder wegen möglicher Sozialwidrigkeit) erfasst. Auch die verfassungskonforme Auslegung gebietet eine Gleichbehandlung von Lehrlingskündigung und „regulärer“ Kündigung. Im Wege eines Größenschlusses⁴⁸⁶ kann ebenfalls von einer Anwendbarkeit der allgemeinen Kündigungsschutzbestimmungen ausgegangen werden: wenn schon ein regulärer Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, seine Kündigung gerichtlich überprüfen zu lassen, dann soll ein als besonders schützenswert erachteter Lehrling diese Möglichkeit erst recht haben.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang allerdings der **historische Wille des Gesetzgebers**. Ganz allgemein muss bei der Prüfung gesetzlich un geregelter Sachverhalte geprüft werden, ob der Gesetzgeber diese Frage bewusst nicht geregelt hat oder ob ihre Nichtbeachtung ein Versehen darstellt.⁴⁸⁷ Hat also im konkreten Fall des § 15a der Gesetzgeber ganz bewusst keinen allgemeinen Kündigungsschutz angeordnet hat oder liegt eine unbeabsichtigte Lücke vor? Nur im zweiten Fall käme

⁴⁸⁵ Vgl. *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg.), *ArbVG online – Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (2013)* § 105 Rz 36.

⁴⁸⁶ Vgl. *Bydlinski*, *Grundzüge*², 90.

⁴⁸⁷ *Bydlinski*, *Grundzüge*², 81.

eine Subsumtion der außerordentlichen Auflösung unter den Kündigungsbegriff des ArbVG überhaupt in Frage.

Aus der RV ergibt sich, dass der Gesetzgeber ganz bewusst keinen allgemeinen Kündigungsschutz angeordnet hat: „Aus der taxativen Aufzählung folgt, dass andere Bestimmungen über den Kündigungsschutz, insbesondere über den **allgemeinen Kündigungsschutz nach dem ArbVG, nicht zur Anwendung kommen.**“⁴⁸⁸ Dies kann auch e contrario aus der Anordnung der besonderen Bestandschutzbestimmungen in § 15a Abs 8 geschlossen werden.

b.) Erster Bildungsweg – zweiter Bildungsweg?

Die Subsumtion der außerordentlichen Auflösung unter den Kündigungsbegriff des § 105 Abs 1 ArbVG scheidet also zunächst am Willen des historischen Gesetzgebers. Dieser hat ganz **bewusst keinen allgemeinen Kündigungsschutz** angeordnet. Hinsichtlich der weiteren Vorgehensweise bei der Auslegung muss folgendes beachtet werden: während volljährige Lehrlinge im ersten Bildungsweg (idR, siehe sogleich) schon im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung von der Ausbildungsgarantie erfasst sind, haben sie hinsichtlich des fehlenden allgemeinen Kündigungsschutzes mE kein Rechtsschutzdefizit, welches eine analoge Anwendung der Kündigungsschutzbestimmungen auf sie erfordern würde. Zwar können sie die außerordentliche Auflösung nicht nachträglich einer gerichtlichen Kontrolle unterziehen, jedoch haben sie einen durchsetzbaren Anspruch auf die Zuweisung einer neuen Lehrstelle. Die Nichterfassung vom allgemeinen Kündigungsschutz erscheint aufgrund der adäquaten Ersatzmaßnahme der Ausbildungsgarantie nicht weiter problematisch.

Anders jedoch im Fall der **volljährigen Lehrlinge im zweiten Bildungsweg** (sowie jener Lehrlinge, die sich zwar im ersten Bildungsweg befinden aber das 24. Lebensjahr bereits vollendet haben, vgl zur diesbezüglichen Altersgrenze Pkt 5.10.5.). Diese werden nicht von der Ausbildungsgarantie erfasst. Eine Einschränkung dieser auf junge Menschen im ersten Bildungsweg erscheint sachgerecht und ist daher europarechtlich wie verfassungsrechtlich zulässig (vgl Pkt 5.10.5.b.). Da sie also keinen Anspruch auf die Zuweisung einer neuen Lehrstelle haben, stellt sich gerade

⁴⁸⁸ ErläutRV 505 BlgNR 23 GP 7.

bei ihnen die Frage nach einer analogen Ausweitung des allgemeinen Kündigungsschutzes.

6.3.4. *Volljährige Lehrlinge im zweiten Bildungsweg?*

Im Ergebnis fällt nach dem bisher Diskutierten also die Gruppe der **volljährigen Lehrlinge im zweiten Bildungsweg** (sowie Lehrlinge im ersten Bildungsweg, die aufgrund einer absoluten Altersgrenze nicht mehr in den Genuss der Ausbildungsgarantie kommen; vgl Pkt 5.10.5.b.) im Rahmen der außerordentlichen Auflösung sowohl um einen allgemeinen Kündigungsschutz als auch die Ausbildungsgarantie um.

- *Keine Ausbildungsgarantie?*

Unionsrechtlich stellt die Differenzierung aufgrund des Merkmals „erster Ausbildungsweg“ mE keine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters dar (vgl dazu Pkt 5.10.5.b.) und ist somit unionsrechtskonform. Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes stellt diese Differenzierung mE keine unsachliche Schlechterstellung dar. Die Ausnahme von der Ausbildungsgarantie ist also rechtlich unbedenklich.

- *Kein allgemeiner Kündigungsschutz?*

Jedoch ist die Tatsache, dass dieser Gruppe von Arbeitnehmern auch ein allgemeiner Kündigungsschutz nicht zustehen soll, vor dem Aspekt des Gleichheitssatzes gem Art 7 B-VG bedenklich. Da die außerordentliche Auflösung materiell eine Kündigung ist, werden volljährige Lehrlinge im zweiten Bildungsweg gegenüber regulären Arbeitnehmern **unsachlich schlechter** gestellt. Während diese nämlich ihre Kündigung im Wege des allgemeinen Kündigungsschutzes anfechten können, bleibt Lehrlingen in einer vergleichbaren Situation (Kündigung des Arbeitsverhältnisses) diese Möglichkeit vorenthalten.

Im Rahmen der Auslegungsmethoden ist daher das Ergebnis der historischen Interpretation des Pkt 6.3.3., welche zunächst auf einen Ausschluss sämtlicher Lehrlinge vom allgemeinen Kündigungsschutz schließen lässt, um Aspekte der **verfassungskonformen Interpretation** zu erweitern. Dies ist die Auslegung von Gesetzen im Einklang mit dem Verfassungsrecht.⁴⁸⁹ Im Rahmen dieser müssen jene

⁴⁸⁹ *Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht*⁹, Rz 36.

(mit den üblichen Interpretationsmethoden gewonnenen) Interpretationsergebnisse ausgeschlossen werden, die mit dem Verfassungsrecht nicht vereinbar sind; erscheint also ein Gesetzestext in verschiedener Weise interpretierbar, werden jene Interpretationen ausgeschlossen, die der Verfassung widersprechen und die Auslegung auf jene Interpretation reduziert, die mit der Verfassung in Einklang steht.⁴⁹⁰ Zu bedenken ist im Rahmen der verfassungskonformen Interpretation, dass eine in den Materialien dokumentierte, im Wortlaut aber nichtklar zum Ausdruck kommende Absicht des Gesetzgebers einer abweichenden verfassungskonformen Auslegung nicht entgegensteht.⁴⁹¹

Nach dem bisher Aufgearbeiteten führen also die historische Auslegung sowie ein Umkehrschluss zu dem Ergebnis, dass der allgemeine Kündigungsschutz auf volljährige Lehrlinge im zweiten Bildungsweg / Lehrlinge jenseits der absoluten Altersgrenze nicht anwendbar sein soll. Ein Größenschluss (wenn schon reguläre Arbeitnehmer vom allgemeinen Kündigungsschutz erfasst sein sollten, dann erst recht besonders schützenswerte Lehrlinge) und teleologische Erwägungen (Schutzzweck des Kündigungsschutzes ist die Überprüfbarkeit einseitiger Arbeitsvertragsauflösungen, vgl Pkt 6.3.2.) führen hingegen zu dem Ergebnis, dass auch Lehrlinge bei entsprechendem Rechtsschutzbedürfnis von den Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes erfasst sein sollen; dies insb aus einem systematischen Aspekt, nach dem die außerordentliche Auflösung materiell eine Kündigung ist.

Im Lichte der Verfassung – insb des **verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes** (vgl zu diesem schon Pkt 5.10.4.) ist nun jenes Ergebnis vorzuziehen, nach dem volljährige Lehrlinge im zweiten Bildungsweg gegenüber anderen Arbeitnehmern nicht unsachlich schlechter gestellt werden. Die rechtliche Differenzierung zwischen gekündigten Arbeitnehmern und de-facto gekündigten Lehrlingen korrespondiert nicht mit tatsächlichen Unterschieden in einer solchen Weise, als dass sie sachlich gerechtfertigt werden könnte. Dies ergibt sich aus dem zur Rechtsnatur der außerordentlichen Auflösung Ausgeführten (vgl dazu eingehend Pkt 6.1.), die materiell eine Kündigung ist. Der Gesetzgeber muss Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, weshalb ein Lehrling in der gleichen Situation wie ein

⁴⁹⁰ *Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht*⁹, Rz 36.

⁴⁹¹ VfGH 19.06.1998, VfSlg 15.199/1998.

regulärer Arbeitnehmer nicht schlechter gestellt werden darf. Auch diesem ist (wenn er nicht schon von der Ausbildungsgarantie erfasst ist und somit de facto kein Rechtsschutzdefizit mehr hat) die Möglichkeit der Anfechtung einer außerordentlichen Auflösungen nach den Bestimmungen der §§ 105ff ArbVG zu gewähren.

Die §§ 105ff ArbVG sind daher **auf volljährige Lehrlinge, denen die Ausbildungsgarantie nicht zukommt**, nach der außerordentlichen Auflösung ihres Lehrverhältnisses **analog anzuwenden**.

6.3.5. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Gesetzgeber die Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes **ganz bewusst nicht** auf die außerordentliche Auflösung von Lehrverhältnissen **angeordnet** hat. Dies ist trotz der Tatsache, dass die außerordentliche Auflösung materiell eine Kündigung ist, dort unproblematisch, wo die Ausbildungsgarantie einen adäquaten Ersatz für die Bestimmungen der §§ 105ff ArbVG darstellen kann.

Anders die Situation im Falle jener Lehrlinge, die auch nach unionsrechtskonformer Auslegung und unter verfassungskonformen Aspekten nicht von der Ausbildungsgarantie erfasst sind. Das für volljährige Lehrlinge im zweiten Bildungsweg und Lehrlinge jenseits einer (mE sachgerechten und zulässigen) absoluten Altersgrenze der Ausbildungsgarantie entstehende Rechtsschutzdefizit kann im Wege verfassungskonformer Interpretation der §§ 105ff ArbVG iVm § 15a beseitigt werden. Ersatzweise kommt eine **analoge Anwendung des allgemeinen Kündigungsschutzes** auf sie in Frage.

6.4. Besonderer Kündigungsschutz

Während der Gesetzgeber für den Fall der außerordentlichen Auflösung gem § 15a also ausdrücklich keinen allgemeinen Kündigungsschutz vorgesehen hat und ein solcher auch nicht interpretativ ermittelt werden kann, so hat er doch einige Bestimmungen des besonderen Bestandschutzes angeordnet.

Durch die Bestimmungen des sog **besonderen Bestandschutzes** werden bestimmte Arbeitnehmergruppen bei der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses durch Kündigung vom Gesetzgeber in besonderer Weise geschützt. Es wird einerseits die Rechtswirksamkeit der Kündigung an die Zustimmung des Gerichts bzw Behindertenausschusses geknüpft und andererseits die Kündigungsmöglichkeit durch die notwendige Geltendmachung einer besonderen Begründung eingeschränkt.⁴⁹² Zu den wichtigsten Gruppen besonders bestandgeschützter Arbeitnehmer zählen dabei bestimmte Funktionäre der Belegschaft (wie etwa Mitglieder des Betriebsrates), Eltern, Präsenz- und Zivildienstler und begünstigte Behinderte nach den jeweiligen Vorschriften des ArbVG, MSchG, VKG, APSG und BEinstG.

Für die außerordentliche Auflösung, die ja per definitionem keine Kündigung sein soll, hat der Gesetzgeber in **§ 15a Abs 8** die wichtigsten Vorschriften des besonderen Kündigungsschutzes ausdrücklich angeordnet: es ist danach der besondere Kündigungsschutz nach dem MSchG, VKG, APSG, BEinstG und für Mitglieder des Betriebs- bzw Jugendvertrauensrates nach dem ArbVG anzuwenden. Aufgrund der konkreten Wortwahl ergeben sich dabei aber einige rechtliche Probleme.

6.4.1. Vom besonderen Bestandschutz des ArbVG erfasster Personenkreis?

So ist es etwa unklar auf welchen **Personenkreis der besondere Bestandschutz nach dem ArbVG** konkret anzuwenden ist. Nach § 120 Abs 1 ArbVG dürfen die vom Anwendungsbereich erfassten Personen bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit nur nach vorheriger Zustimmung des Gerichts gekündigt werden.

Das Problem liegt darin, dass der besonders bestandgeschützte Personenkreis im **BAG** im Vergleich zu jenem des ArbVG **enger gefasst** ist. Während § 15a Abs 8 die Anwendung der besonderen Bestandschutzvorschriften des ArbVG nur auf „Mitglieder des Vertrauensrates oder Betriebsrates“ anordnet, sind nach dem ArbVG

⁴⁹² Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁸, Rz 486

selbst auch „Personen, die tatsächlich zur Vertretung herangezogene Ersatzmitglieder, Mitglieder von Wahlvorständen oder Wahlwerber zur Betriebsratswahl sind“ davon erfasst.

a.) Meinungsstand

Nach dem **Wortlaut des Gesetzes** sollen also nur jene Lehrlinge vom besonderen Bestandschutz des ArbVG erfasst sein, die auch Mitglieder des Vertrauensrates oder Betriebsrates sind (§§ 120 Abs 1 iVm § 130 Abs 1 ArbVG). Das würde bedeuten, dass jene Personen, die nach § 120 Abs 4 ArbVG (dh Personen, die tatsächlich zur Vertretung herangezogene Ersatzmitglieder, Mitglieder von Wahlvorständen oder Wahlwerber zur Betriebsratswahl sind) eigentlich auch in den Anwendungsbereich des besonderen Bestandschutzes des ArbVG fallen, im Bereich des BAG davon ausgenommen sind.⁴⁹³

Da aber bei der umfassenden Auslegung von Gesetzen nicht nur der Wortlaut ausschlaggebend ist, müssen zur Beantwortung dieser Frage auch andere Kriterien herangezogen werden. So wird in der Literatur etwa im Rahmen einer **teleologischen Interpretation** ausgehend vom Schutzzweck des § 15a Abs 8 sowie des § 120 Abs 1 ArbVG argumentiert, dass auch jenen Personen, die in § 120 Abs 4 ArbVG genannt werden, im Fall einer außerordentlichen Auflösung ihres Lehrverhältnisses der besondere Kündigungsschutz nach dem ArbVG zukommen soll.⁴⁹⁴

b.) Eigene Ansicht

ME ist gerade im Anwendungsbereich des BAG iZw dem **Schutzzweck der Norm** Vorrang vor der den Schutzbereich einschränkenden Formulierung des Gesetzgebers zu geben. Daher ist der besondere Bestandschutz des ArbVG im Bereich des BAG nicht nur auf Mitglieder des Betriebsrates und Jugendvertrauensrates, sondern auch auf die in § 120 Abs 4 ArbVG genannten Personen anzuwenden. Wenn schon einem regulären Arbeitnehmer im Falle seiner aktiven Mitwirkung am Betriebsrat oder an einer Betriebsratswahl (als Wahlwerber oder Mitglied des Wahlvorstandes sowie als tätig werdendes Ersatzmitglied) im Falle einer Kündigung der besondere Bestandschutz des ArbVG zugute kommt, so soll im selben Fall argumentum a minore

⁴⁹³ Spitzl in ZellKomm², § 15a BAG Rz 15; Rauch, ASoK 2008, 350 (353).

⁴⁹⁴ Burger in Resch, Neuerungen, 17 (44).

ad majus⁴⁹⁵ ein Lehrling, der im Gegensatz zu einem regulären Arbeitnehmer vom Gesetzgeber aufgrund seines geringen Alters und des Ausbildungszweckes seines Arbeitsverhältnisses als besonders schutzwürdig angesehen wird, ja erst recht vom besonderen Bestandschutz des ArbVG erfasst werden, wenn sein Arbeitsverhältnis außerordentlich aufgelöst wird.

Außerdem muss beachtet werden, dass im Sinne einer (europarechtlich wie verfassungsrechtlich) gebotenen **Gleichbehandlung** die außerordentliche Auflösung (wie bereits eingehend dargestellt) materiell eine Kündigung ist. Da im Falle von Kündigungen der weitere Personenkreis vom besonderen Bestandschutz nach dem ArbVG erfasst ist muss dies auch für die außerordentliche Auflösung gelten. Gleiches ist gleich zu behandeln, daher kommt jenen Personen der besondere Bestandschutz des ArbVG bei der außerordentlichen Auflösung zugute, die auch im Falle einer Kündigung davon erfasst wären. Dies sind also neben Mitgliedern des Vertrauensrates oder Betriebsrates auch tatsächlich zur Vertretung herangezogene Ersatzmitglieder, Mitglieder von Wahlvorständen oder Wahlwerber zur Betriebsratswahl.

6.4.2. Mögliches Zeitproblem bei Anwendung der besonderen Bestandschutzvorschriften

Gem § 15a Abs 8 sind alle darin aufgezählten besonderen Kündigungsvorschriften dann zusätzlich zum Mediationsverfahren nach § 15a Abs 3 zu beachten, wenn der Lehrling zum **Zeitpunkt der Erklärung der außerordentlichen Auflösung** dem jeweils geschützten Personenkreis angehört.⁴⁹⁶ Das bedeutet, dass die Zugehörigkeit des Lehrlings zum geschützten Personenkreis im Zeitpunkt der Mitteilung der Auflösungsabsicht oder der Durchführung des Mediationsverfahrens irrelevant ist.

Es kann also sein, dass der besondere Bestandschutz erst später im Laufe des außerordentlichen Auflösungsverfahrens beginnt. Die rechtzeitige Einholung der Zustimmung des Arbeits- und Sozialgerichts nach den jeweiligen Bestimmungen des MSchG, VKG, APSG oder ArbVG kann somit Probleme bereiten oder überhaupt unmöglich werden, wenn die zur Verfügung stehende Zeit bis zum letztmöglichen

⁴⁹⁵ Vgl *Bydlinski*, Grundzüge², 90.

⁴⁹⁶ *Spitzl* in *ZellKomm*², § 15a BAG Rz 16.

Termin für den Ausspruch der Auflösung (Ende des 11. bzw 23. Lehrmonates) dafür nicht mehr ausreicht.⁴⁹⁷

a.) Meinungsstand

In diesem Fall ist es **strittig**, ob durch die zusätzliche Anwendung besonderer Kündigungsvorschriften der nach § 15a Abs 1 einzuhaltende spätestmögliche Termin zum Ausspruch der Auflösung gegenstandslos wird⁴⁹⁸ oder ob er trotzdem einzuhalten ist und die außerordentliche Auflösung im Fall einer dadurch entstandenen Terminwidrigkeit unzulässig ist.⁴⁹⁹

b.) Eigene Ansicht

Als systemkonformer erweist sich dabei mE die Ansicht, dass durch die entstandene Terminwidrigkeit eine außerordentliche Auflösung **nicht mehr möglich** ist. Denn auch in allen anderen Fällen, in denen bei der außerordentlichen Auflösung ein Termin oder eine Frist nicht eingehalten wird, ist die Auflösung als unzulässig und rechtsunwirksam einzustufen. So bewirkt etwa die verspätete Beauftragung des Mediators ebenfalls die Rechtsunwirksamkeit der Auflösung. Es ist nicht einzusehen, warum gerade bei der Einholung der gerichtlichen Zustimmung dem Lehrberechtigten mehr Zeit für die notwendigen Verfahrensschritte zur Verfügung stehen soll. Auch wenn man argumentiert, dass der gerichtlichen Kontrolle der außerordentlichen Auflösung wohl eine besondere Bedeutung zukommt, die im Auflösungsverfahren auch prioritär zu behandeln ist, so sprechen mE überwiegende Gründe der Rechtssicherheit gegen ein zusätzliches Zeitfenster. Aufgrund der ohnehin schon komplizierten Konstruktion des Verfahrens sollte es tunlichst vermieden werden, weitere Besonderheiten und Ausnahmen im Verfahren nach § 15a einzubauen. Der mitunter schwer zu bestimmende Zeitrahmen für die außerordentliche Auflösung soll nicht durch weitere Sonderregelungen noch vielschichtiger und damit undurchsichtiger werden.

⁴⁹⁷ *Spitzl* in ZellKomm², § 15a BAG Rz 16.

⁴⁹⁸ So *Schrank*, ASR, 73, der nach Erhalt der gerichtlichen Zustimmung die außerordentliche Auflösung mit einer Mindestfrist von einem Monat und ohne Termin bei unverzüglicher Erklärung für zulässig hält.

⁴⁹⁹ So *Spitzl* in ZellKomm², § 15a BAG Rz 16.

6.5. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann zu den sich aus der Rechtsnatur der außerordentlichen Auflösung ergebenden Konsequenzen gesagt werden, dass ihre Qualifikation als Rechtsform *sui generis* und der konkrete Wortlaut der diesbezüglichen Bestimmungen des BAG eine Reihe von Ungereimtheiten mit sich bringen. Diese verursachen ein nicht unwesentliches Maß an **Rechtsunsicherheit** für die Rechtsunterworfenen, wie bspw die Unklarheit über den geschützten Personenkreis der besonderen Bestandschutzbestimmungen des ArbVG im Bereich des § 15a, die mögliche zeitliche Kollision der Auflösungsstermine mit den Vorschriften über die Einholung der gerichtlichen Zustimmung zur Auflösung des Lehrverhältnisses nach den besonderen Bestandschutzbestimmungen oder die unklare Möglichkeit der Anfechtung einer diskriminierenden außerordentlichen Auflösung.

Als größtes praktisches Problem kann dabei wohl die **altersdiskriminierende Einschränkung der Ausbildungsgarantie** auf minderjährige Lehrlinge betrachtet werden. Gegen die Einschränkung auf mj Lehrlinge in § 38d AMSG bestehen nicht nur verfassungsrechtliche Bedenken unter dem Aspekt des Gleichbehandlungsgrundsatzes sondern auch auf europäischer Ebene steht die Ausbildungsgarantie im Widerspruch zum unionsrechtlichen Verbot der Altersdiskriminierung. Aufgrund der Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung ist die Einschränkung jedoch weitgehend unbeachtlich und auch volljährige Lehrlinge haben – sofern sie sich in ihrer beruflichen Erstausbildung befinden – einen Anspruch auf die Ausbildungsgarantie.

Auch die Konstruktion des § 15a als Rechtsform *sui generis* ist juristisch differenziert zu betrachten. Denn materiell ist die außerordentliche Auflösung eine **Kündigung**. Insbesondere unter dem Aspekt des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes kann dies dort Probleme mit sich bringen, wo Lehrlinge gem § 15a gegenüber gekündigten Arbeitnehmern unsachlich schlechter gestellt werden. Praktisch betroffen von dieser Problematik ist die Gruppe der volljährigen Lehrlinge im zweiten Bildungsweg, da sie im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung nicht in den Anwendungsbereich der Ausbildungsgarantie fallen. Auf sie ist daher mE im Wege der verfassungskonformen Interpretation der allgemeine Kündigungsschutz analog anzuwenden.

7. Die mediationstheoretischen Aspekte des § 15a

Das Mediationsverfahren im Rahmen der vom Lehrberechtigten initiierten außerordentlichen Auflösung von Lehrverhältnissen – die sog **Lehrlingsmediation** – ist das erste und bisher einzige gesetzlich zwingend durchzuführende Mediationsverfahren in der österreichischen Rechtsordnung. In der RV zur BAG Novelle 2008 wurde erstmals angekündigt „*dass eine wechselseitige außerordentliche Auflösungsmöglichkeit am Ende des ersten und zweiten Lehrjahres eingeführt werden soll. Voraussetzung dieser Auflösungsmöglichkeit ist gemäß dem Regierungsprogramm ein vorgängig durchzuführendes Mediationsverfahren und für den Lehrling eine Aufnahmegarantie in die Erstausbildungsangebote. [...]*“

*Die neue Auflösungsmöglichkeit soll **keinen Spielraum für willkürliche Auflösungen von Lehrverhältnissen** eröffnen. Deswegen soll die Auflösung nur zu ganz bestimmten Zeitpunkten möglich sein und ein vorgelagertes Mediationsverfahren auf die Lösung von Konflikten hinwirken, um alle Möglichkeiten zur Aufrechterhaltung des Lehrverhältnisses auszuschöpfen. Kann die Auflösung durch den Lehrberechtigten aber trotzdem nicht verhindert werden, soll der Lehrling, der die Fortführung der Ausbildung in einem Lehrberuf anstrebt, durch das Arbeitsmarktservice im Rahmen eines Ausbildungsübertritts auf einen adäquaten Ersatzausbildungsplatz vermittelt werden, um den Abschluss der beruflichen Erstausbildung sicherzustellen. Die geplante moderate Ausweitung der Auflösungsmöglichkeiten in der Lehrlingsausbildung soll Ausbildungsbetrieben die Möglichkeit geben, flexibler auf auftretende Schwierigkeiten im Ausbildungsgeschehen zu reagieren und damit das Vertrauen in die Möglichkeit zur Korrektur von nachteiligen Entwicklungen im Verlauf von Lehrverhältnissen zu festigen. Korrespondierend dazu soll durch flankierende Maßnahmen das berechtigte Interesse der Jugendlichen an einer abgeschlossenen Berufsausbildung gewährleistet werden. Insgesamt soll damit zu einer **Stärkung der dualen Berufsausbildung** beigetragen werden“⁵⁰⁰.*

Da die historischen, bildungs- und arbeitsmarktpolitischen Hintergründe der BAG-Novelle 2008 bereits eingehend dargestellt und die Veränderungen in der RV aufgrund der zahlreichen Stellungnahmen im Vorfeld bereits aufgearbeitet wurden, soll nach einer kurzen allgemeinen Einführung in die Mediationstheorie das Verfahren der Lehrlingsmediation auf seine theoretische und praktische Relevanz hin

⁵⁰⁰ Erläut RV 505 BlgNR 23. GP 4-5.

bearbeitet werden. Insbesondere soll dabei auf die spezielle **Einbettung des Mediationsverfahrens in ein Rechtsinstrument** – nämlich die Beendigung eines Lehrverhältnisses – eingegangen werden, um zu hinterfragen, ob eine derartige Konstruktion generell sowie im konkreten Fall mediationstheoretisch möglich und sinnvoll ist.

7.1. Das Mediationsverfahren allgemein

Die Mediation in ihrer heutigen Form ist ein relativ modernes strukturiertes **Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung**, hat in ihren Grundzügen jedoch eine sehr lange Tradition. Während sie vor rund 30 Jahren in den USA als Konfliktlösungsverfahren im Rahmen der ADR-Bewegung („Alternative Dispute Resolution“ – „Alternative Konfliktbeilegung“)⁵⁰¹ wiederentdeckt und weiterentwickelt wurde, reichen ihre Wurzeln weit in die europäische, afrikanische⁵⁰² und chinesische Kultur zurück.⁵⁰³ In der griechischen, römischen, mittelalterlichen und auch neuzeitlichen Geschichte finden sich immer wieder Belege dafür, dass Mediation in verschiedensten Lebensbereichen nicht nur praktiziert, sondern sogar institutionalisiert wurde.⁵⁰⁴ Inzwischen hat sich das Mediationsverfahren in Europa rasch verbreitet und zur eigenständigen Disziplin entwickelt, die heute in der Politik, in Wirtschaft und Arbeitswelt, in Umweltkonflikten, in Ehe- und Familienkonflikten und auch in der Rechtspflege immer mehr Anwendung findet.⁵⁰⁵

Während sie in Österreich noch in den Achtzigerjahren als Instrument der außergerichtlichen Konfliktregelung praktisch unbekannt war, hat sich der Gesetzgeber insb seit dem erfolgreichen Modellprojekt „Familienmediation“ in den Jahren 1994-1995 immer mehr an sie herangetastet und die Mediation stellenweise auch im Gesetz vorgesehen.⁵⁰⁶

⁵⁰¹ *Haft* in *Haft/Schlieffen (Hrsg)*, Handbuch Mediation (2002) § 2 Rz 2.

⁵⁰² *Steixner*, Westafrikanische Scherzbündnisse in *Mehta/Rückert (Hrsg)*, Mediation – Instrument der Konfliktregelung und Dienstleistung (2008) 99.

⁵⁰³ *Montada/Kals*, Mediation – ein Lehrbuch auf psychologischer Basis² (2007) 1-6.

⁵⁰⁴ Vgl bspw *Duss-von Werdt*, Eine alte Tradition – eine junge Profession in *Mehta/Rückert*, Mediation, 79; ebenso *Hehn*, Entwicklung und Stand der Mediation – ein historischer Überblick in *Haft/Schlieffen*, Mediation, § 6.

⁵⁰⁵ *Montada/Kals*, Mediation², 1.

⁵⁰⁶ *Bajons*, Mediation: Der Weg von einem österreichischen Pilotprojekt bis zur EU-Mediations-Richtlinie in FS Leopold, 499.

In der Fachliteratur findet man eine Reihe von unterschiedlichen – jedoch im Kern sehr ähnlichen – Definitionen der modernen Mediation. Bei einem weiten Begriffsverständnis wird darunter meist die **Unterstützung einer Verhandlung durch einen neutralen Helfer** (Mediator) verstanden, der seine **Tätigkeit als Dienstleistung für die Verhandlungsparteien** (Medianden) ausübt und der **keine Entscheidungsbefugnis** besitzt.⁵⁰⁷ In § 1 ZivMediatG⁵⁰⁸ hat sich der österreichische Gesetzgeber bei der Schaffung einer ersten generellen rechtlichen Grundlage der Mediation für eine Legaldefinition als „*eine auf Freiwilligkeit der Parteien beruhende Tätigkeit, bei der ein fachlich ausgebildeter, neutraler Vermittler (Mediator) mit anerkannten Methoden die Kommunikation zwischen den Parteien systematisch mit dem Ziel fördert, eine von den Parteien selbst verantwortete Lösung ihres Konfliktes zu ermöglichen*“ entschieden.

In der Programmatik und Praxis der Mediation gibt es ein breites Spektrum an Varianten bzw. Schulen⁵⁰⁹, wobei besonders der Ablauf und das Verfahren der Mediation variieren; angesichts ihrer Flexibilität und Formfreiheit gibt es fast ebenso viele Formen und Stile wie Mediatoren.⁵¹⁰ Häufig anzutreffen sind dabei vor allem im deutschsprachigen Raum unterschiedliche Phasen-Modelle – von Drei-Phasen- über Sieben-Phasen- bis hin zu Zwölf-Phasen-Modellen wird dabei in der Literatur alles vertreten⁵¹¹ – nach denen in der Mediation systematisch vorgegangen werden soll. Trotz teils unterschiedlich gewichteter dahinterstehender Mediationsphilosophien ähneln einander aber in ihren elementaren Grundstrukturen und Prinzipien. Das Ziel einer jeden Mediation ist dabei etwa immer das Erreichen einer **win-win-Situation** für alle Beteiligten.⁵¹² Ihre Grundprinzipien (in unterschiedlich starken Ausprägungen) sind die stets die Eigenverantwortlichkeit der Konfliktparteien, ihre Freiwilligkeit und die Vertraulichkeit des Verfahrens.⁵¹³

⁵⁰⁷ *Haft* in *Haft/Schlieffen*, Mediation, § 2 Rz 1.

⁵⁰⁸ Zivilrechts-Mediations-Gesetz, BGBl I 29/2003 idgF.

⁵⁰⁹ *Montada/Kals*, Mediation², 37.

⁵¹⁰ *Haft*, Verhandlung und Mediation – die Alternative zum Rechtsstreit² (2000) 245.

⁵¹¹ *Wenzel*, Konfliktbearbeitung durch Mediation aus berufspädagogischer Sicht (2008) 132.

⁵¹² So bspw. *Montada/Kals*, Mediation², 9; *Mehta* in *Mehta/Rückert*, Mediation, 297; ebenso *Holzer*, Der Mediator (2008) 15 und *Spörer/Frese* in *Haft/Schlieffen*, Mediation, § 3 Rz 64-65.

⁵¹³ *Montada/Kals*, Mediation², 4; *Spörer/Frese* in *Haft/Schlieffen*, Mediation, § 3 Rz 66; *Mehta* in *Mehta/Rückert*, Mediation, 298; *Likar/Krommer*, Mediation und Recht – Das Recht in der Mediation, AnwBl 2005, 60.

In Österreich erhält die Mediation durch das **ZivMediatG** ihren gesetzlichen Rahmen. Das ZivMediatG regelt jedoch nur die Mediation in Zivilrechtssachen und diesbezüglich auch nur gewisse Aspekte der Ausübung der Tätigkeit der sog. eigetragenen Mediatoren – also jenen Mediatoren, die in die beim BM für Justiz geführte Liste der Mediatoren eingetragen sind. Neben den Rechten und Pflichten eines Mediators regelt es insb. die Ausbildung von Mediatoren, das Führen der Mediatorenliste und ihr Eintragungsverfahren sowie die Einrichtung des Mediatorenbeirats. Das Mediationsverfahren an sich wird dabei gesetzlich nicht geregelt, der Mediator hat sich gem. § 1 bei der „systematischen“ Förderung der Kommunikation zwischen den Parteien lediglich an „anerkannte Methoden“ zu halten. Auch ist zu beachten, dass die Tätigkeit anderer – also nicht eingetragener – Mediatoren durch das ZivMediatG nicht untersagt wird. Da sie aber vom Anwendungsbereich des Gesetzes nicht erfasst sind, gelten für sie die Berufspflichten sowie das Beweisaufnahmeverbot gem. § 320 Z 4 ZPO und das Aussageverweigerungsrecht gem. § 157 Abs 1 Z 3 StPO nicht.⁵¹⁴

Das ZivMediatG enthält also **vorwiegend formal-organisationsrechtliche Vorschriften** und regelt das eigentliche Mediationsverfahren – auf das § 15a Abs 4 ja verweist – gerade nicht (vgl. aber zu dem ihm zugrunde liegenden mediationstheoretischen Ansatz Pkt 7.3.1.). Sein Zweck ist nach den Materialien nämlich nicht etwa die umfassende Regelung des Mediationsverfahrens, sondern vielmehr die Schaffung eines rechtlichen Rahmens für die Mediation, um im Interesse der Klientel und qualifizierter Mediatoren eine sichere Grundlage für die Nutzung dieses neuen Weges der außergerichtlichen Konfliktregelung zu schaffen.⁵¹⁵ Es wurde mit dem ZivMediatG also dem Grunde nach ein rudimentäres Berufsrecht für Mediatoren geschaffen.⁵¹⁶ Aus mediationstheoretischer Sicht ist dies auch nicht weiter problematisch oder verwunderlich, da die mangelnde Förmlichkeit oftmals als Charakteristikum der Mediation bezeichnet wird;⁵¹⁷ das Verfahren soll ja flexibel und relativ formfrei bleiben, es wird bewusst nicht in strenge Formen gepresst – lediglich „Leitfäden“ sollen die verschiedenen Mediationsmodelle darstellen.⁵¹⁸

⁵¹⁴ Ferz/Filler, Mediation – Gesetzestexte und Kommentar (2003) § 15 Erl 2.

⁵¹⁵ ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 1.

⁵¹⁶ So Likar/Krommer, AnwBl 2005, 60.

⁵¹⁷ Likar/Krommer, AnwBl 2005, 60.

⁵¹⁸ Mayr, Die Zwangsmediation in FS Binder 295 (301).

Um trotz aller – in dieser Arbeit nicht näher behandelten – ideologischen Differenzen um die „richtige“ Mediationstheorie und nach den vorherigen recht theoretischen Ausführungen eine ungefähre Vorstellung davon geben zu können, wie eine Mediation nach der in Österreich überwiegend vertretenen Auffassung üblicherweise abläuft und welche Prinzipien ein Mediator dabei zu beachten hat, soll kurz das **5-Phasen-Modell** dargestellt werden. Dieses stellt mE das in der österreichischen Mediationsszene am weitesten verbreitete Modell dar und wird auch häufig in den Mediationsausbildungen gelehrt⁵¹⁹. Generell beruhen die heute im deutschsprachigen Raum bekannten Mediationsverfahren durchwegs auf Phasenmodellen⁵²⁰, von welchen das 5-Phasen-Modell⁵²¹ eine sehr häufig anzutreffende Variante ist.

Nach diesem wird in der ersten Phase, der sog Einleitungsphase, den Medianden das System und der Ablauf der Mediation vorgestellt. Meist werden sog „Kommunikations- oder Mediationsregeln“ vereinbart und organisatorische Fragen geklärt. In der zweiten Phase werden die in der Mediation zu behandelten Regelungspunkte bzw Themen gesammelt, dies indem jede Partei ihre jeweilige Sicht des Sachverhaltes darstellt. In der dritten Phase, der sog Konflikterhellungsphase, sollen die Beweggründe und Interessen der Medianden gefunden und gegenseitig verstanden werden – diese Phase ist die Kernphase einer jeden Mediation (auch wenn sie nicht dem Fünf-Phasen-Modell folgt). In der vierten Phase werden zunächst – aufbauend auf den Interessen der Medianden – unverbindlich sämtliche Optionen und Lösungen für den Konflikt entworfen und gesammelt. In der letzten, der fünften Phase, werden nun die für die Medianden realistisch denkbaren Lösungen verhandelt und eine endgültige Lösung, auf die sie sich geeinigt haben, wird von ihnen dokumentiert und in einer Mediationsvereinbarung festgehalten.⁵²²

⁵¹⁹ So bspw an der *Akademie KonsensKultur* oder im Diplomlehrgang *Mediation und Konfliktmanagement* des BFI Wien; vgl auch Zebisch in *Kleindienst-Passweg/Proksch/Wiedermann(Hrsg)*, Handbuch Mediation Band I (2013) 6.1 1.

⁵²⁰ Zebisch in *Kleindienst-Passweg/Proksch/Wiedermann*, Handbuch Band I, 6.1 17.

⁵²¹ Bspw Schwarz, *Mediation – Collaborative Law – Collaborative Practice bei Trennungs- und Scheidungskonflikten* (2010); Montada/Kals, *Mediation²*; Haft, *Verhandlung und Mediation²*.

⁵²² Schwarz, *Mediation*, 46-48; Montada/Kals, *Mediation²*, 221; Haft, *Verhandlung und Mediation²*, 245.

Die jedem „klassischen“ Mediationsverfahren zugrundeliegenden **Prinzipien** sind die der Neutralität und Allparteilichkeit des Mediators, die Vertraulichkeit des Verfahrens, die Eigenverantwortlichkeit der Medianden sowie ihre Freiwilligkeit.⁵²³

Die **Neutralität** des Mediators bedeutet, dass er als neutraler Dritter das Verfahren garantiert und sicherstellt, dass sich darin keine Partei benachteiligt fühlt.⁵²⁴ Das Gebot der **Allparteilichkeit** impliziert, dass sich der Mediator im Verfahren um den Ausgleich von Ungleichheiten der Medianden bemüht, dies jedoch mit unparteilichen Kommunikationsstrategien.⁵²⁵ Die **Eigenverantwortlichkeit** der Medianden als essentielles Prinzip der Mediation bedeutet, dass der Mediator kein Schlichter oder Schiedsrichter ist – seine Funktion ist vielmehr die Unterstützung der Verhandlung, die Lösung des Problems müssen die Medianden allein – also eigenverantwortlich – erarbeiten.⁵²⁶ Die **Freiwilligkeit** des Mediationsverfahrens setzt voraus, dass die Parteien ohne äußeren Zwang dazu bereit sind und so eine Verhandlung ohne Druck vom Außen ermöglicht wird.⁵²⁷

Als weitere Prinzipien oder Grundsätze des Mediationsverfahrens werden auch oft die Informiertheit der Parteien (über die entscheidungserheblichen Tatsachen und die Rechtslage), die fehlende Förmlichkeit⁵²⁸ und die Vertraulichkeit des Verfahrens genannt⁵²⁹.

7.2. Das Mediationsverfahren nach § 15a BAG – Fragen der gesetzlichen Anordnung

Die **Einbettung der Mediation nach § 15a in ein Rechtsinstrument** – nämlich die Beendigung eines Lehrvertrages – bringt eine Reihe von **Sonderbestimmungen** für das Mediationsverfahren mit sich. Da das Mediationsverfahren an sich in Österreich bisher noch nicht gesetzlich geregelt wurde, stellen diese Sonderbestimmungen aus mediationstheoretischer Sicht eine Besonderheit dar; es musste die bisher frei angewandte „reine“ Mediationstheorie an die rechtlichen und praktischen

⁵²³ So etwa *Hohmann/Morawe*, Praxis der Familienmediation (2001) 3; ebenso *Montada/Kals*, Mediation², 44.

⁵²⁴ *Kracht* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch, § 15 Rz 9-11.

⁵²⁵ So etwa *Montada/Kals*, Mediation², 47.

⁵²⁶ *Kracht* in *Haft/Schlieffen*, Mediation, § 15 Rz 102.

⁵²⁷ *Kracht* in *Haft/Schlieffen*, Mediation, § 15 Rz 99.

⁵²⁸ *Haft*, Verhandlung und Mediation², 245.

⁵²⁹ So bspw *Kracht* in *Haft/Schlieffen*, Mediation, § 15 Rz 114-120; ebenso *Montada/Kals*, Mediation², 228.

Gegebenheiten und Erfordernisse eines Vertragsauflösungsverfahrens angepasst werden. Die grundsätzlich relativ große Freiheit des Mediators bei der Gestaltung der Mediation wurde zugunsten ihrer Anwendbarkeit im Rahmen eines Rechtsinstrumentes und aus Gründen der Rechtssicherheit in mehreren Punkten eingeschränkt.

So ist etwa der Zeitrahmen für das Mediationsverfahren beschränkt, die Beauftragung des Mediators muss nach den gesetzlichen Vorschriften erfolgen, die an der Mediation jedenfalls teilnehmenden Personen werden vom Gesetzgeber genannt, die Kosten des Verfahrens sind zwingend vom Lehrberechtigten zu übernehmen und die Beendigung des Verfahrens muss auf eine der drei gesetzlich genannten Arten erfolgen. Es stellt sich nun zunächst die Frage, wie diese **gesetzliche Gestaltung des Mediationsverfahrens aus mediationstheoretischer Sicht** zu bewerten ist.

Die nachfolgende Aufarbeitung soll in einer möglichst übersichtlichen und dabei die Mediationslandschaft trotzdem adäquat widerspiegelnden Darstellung die jeweiligen Problemstellungen und ihre Bedeutung vor dem Hintergrund der Mediationsprinzipien in zumeist **mehreren theoretischen Abstufungen** diskutieren. Es soll dargelegt werden, wie die Sonderkonstellationen der Lehrlingsmediation bei einem jeweils sehr engen, einem etwas weiteren und einem sehr weiten mediationstheoretischen Begriffsverständnis zu behandeln sind.

7.2.1. Ablauf

Im Kapitel über die rechtlich relevanten Aspekte der Verfahrensschritte der außerordentlichen Auflösung wurden bereits die zeitlichen Parameter für die Lehrlingsmediation sowie die zu beachtenden Mitteilungs- und Erklärungspflichten dargestellt. Auf diese soll daher nicht mehr näher eingegangen werden. Zur Einführung in die mediationstheoretischen Aspekte der Lehrlingsmediation soll lediglich eine kurze **Darstellung des Verfahrensablaufs** nach den Regelungen des § 15a gegeben werden.

Nachdem der Lehrberechtigte die angestrebte außerordentliche Auflösung und Aufnahme eines Mediationsverfahrens dem Lehrling termingerecht mitgeteilt hat und dieser seine Teilnahme an der Mediation nicht schriftlich widerrufen hat, muss der Lehrberechtigte spätestens bis zum Ende des zehnten bzw. 22. Lehrmonats einen geeigneten **Mediator beauftragen**. Geeignet ist dabei jeder in die Mediatorenliste

des BM für Justiz eingetragene Mediator, da auf das Mediationsverfahren gem § 15a Abs 4 die Vorschriften des ZivMediatG anwendbar sind. Das Verfahren zur Auswahl eines konkreten in die Mediatorenliste eingetragenen Mediators ist dabei ebenfalls in § 15a geregelt und soll unter 7.2.3. eingehend dargestellt und diskutiert werden.

Nach der Beauftragung des Mediators ist dann die eigentliche **Mediation** durchzuführen. Gem § 15a Abs 5 sollen daran der Lehrberechtigte, der Lehrling, bei dessen Minderjährigkeit der gesetzliche Vertreter und auf Verlangen des (auch volljährigen) Lehrlings eine Person seines Vertrauens teilnehmen. Zweck der Mediation ist es nach dem Gesetz, die Problemlage für die Beteiligten nachvollziehbar darzustellen und zu erörtern, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Fortsetzung des Lehrverhältnisses möglich ist. Die Kosten des Mediationsverfahrens hat der Lehrberechtigte zu tragen.

§ 15a Abs 6 regelt die Frage der Beendigung der Mediation; sie soll dann beendet sein, wenn ein Ergebnis erzielt wurde. Als **Ergebnis** gilt nach dem Gesetz entweder die Bereitschaft des Lehrberechtigten zur Fortsetzung des Lehrverhältnisses oder die Erklärung des Lehrlings, nicht weiter auf der Fortsetzung des Lehrverhältnisses zu bestehen. Das Mediationsverfahren ist ebenso beendet, wenn der Mediator die Mediation für beendet erklärt – begründen muss er seine Beendigungserklärung nicht. Außerdem endet das Mediationsverfahren in jedem Fall automatisch mit Beginn des fünften Werktages vor Ablauf des elften bzw 23. Lehrmonats, sofern zumindest ein Mediationsgespräch unter Beteiligung des Lehrberechtigten oder in dessen Vertretung einer mit der Ausbildung des Lehrlings betrauten Person stattgefunden hat. Für die Durchführung der Mediation bleibt den Parteien dabei **mindestens 25 Tage** (Kalendertage, nicht Werktage) Zeit (zum diesbezüglichen Berechnungsproblem vgl Pkt 7.2.4.).

7.2.2. Freiwilligkeit und gesetzlich angeordnete Mediation?

Wie eingangs bereits erwähnt wird in der deutschsprachigen Literatur die Freiwilligkeit oft als Prinzip der Mediation genannt.⁵³⁰ Die Tatsache, dass die Mediation gesetzlich zwingend vorgeschrieben wird, widerspricht diesem Prinzip augenscheinlich. Der Konflikt, der sich durch die Kollision der gesetzlichen Anordnung der Mediation in § 15a mit dem Prinzip der Freiwilligkeit ergibt, lässt sich

⁵³⁰ Bspw *Kracht in Haft/Schlieffen*, Mediation, § 15 Rz 99; *Mehta in Mehta/Rückert*, Mediation, 298; *Likar/Krommer*, AnwBl 2005, 60.

auch aus dem Gesetz selbst ableiten: auf das Verfahren der Lehrlingsmediation ist gem § 15a Abs 4 das ZivMediatG anzuwenden. In dessen § 1 Abs 1, der Legaldefinition der Mediation, wird statuiert, dass die Mediation eine auf Freiwilligkeit der Parteien beruhende Tätigkeit ist. Weil aber im Fall des § 15a **eine wirksame Auflösungserklärung die Durchführung der Mediation normativ voraussetzt**, basiert die Lehrlingsmediation nach § 15a hinsichtlich der Einlassung des Lehrberechtigten gerade nicht auf der Freiwilligkeit der Parteien.⁵³¹

Während nun auf juristischer Ebene dieser scheinbare Widerspruch zweier Bestimmungen⁵³² leicht aufgeklärt werden kann – es stellt nämlich das BAG eine **lex specialis** und auch lex posterior zum ZivMediatG dar und dehnt so dessen Anwendungsbereich auch auf das „unfreiwillige“ Verfahren nach § 15a aus⁵³³ – muss die fehlende Freiwilligkeit bei der Einlassung in das Mediationsverfahren aus mediationstheoretischer Sicht etwas ausführlicher und aufgrund der Fülle an Literatur auch differenzierter betrachtet werden.

Der Begriff der Freiwilligkeit ist sehr **vielschichtig**, sowohl in psychologischer als auch in philosophischer Hinsicht. Je nach Mediationsrichtung bzw -stil wird er unterschiedlich definiert und gewichtet, in den einzelnen Phasen ist er von unterschiedlich großer Bedeutung. Dabei hat das Freiwilligkeitspostulat seinen Grund vor allem in dem Anliegen, zwischen den Medianden eine möglichst offene Verhandlungsatmosphäre zu schaffen. Einigkeit besteht jedenfalls darüber, dass eine freiwillige Teilnahme es den Medianden erheblich erleichtert, sich konstruktiv in das Verfahren einzubringen und tatsächlich selbst die Verantwortung für das Verfahren und die Konfliktlösung zu übernehmen.⁵³⁴

a.) Freiwilligkeit bei einem engen Begriffsverständnis

Während es in der Literatur meist relativ unproblematisch erscheint, wenn der Grundsatz der Freiwilligkeit eine Einschränkung dadurch erfährt, dass eine angesehene Einrichtung (wie etwa das Gericht) den Streitenden empfiehlt, ihren

⁵³¹ So auch *Burger in Resch*, Neuerungen, 17 (33).

⁵³² So spricht etwa *Maska*, *ecolex* 2009, 153 (153) von einer „*Ambivalenz der beiden Formulierungen*“.

⁵³³ *Burger*, Neuerungen in *Resch*, Neuerungen, 17 (34).

⁵³⁴ *Bargen*, *Gerichtsinterne Mediation: eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt* (2008) 18.

Konflikt im Wege eines Mediationsverfahrens zu lösen⁵³⁵, so verhält es sich mit einer gesetzlichen Verpflichtung zur Durchführung der Mediation in der deutschen und österreichischen Mediationsliteratur anders. Wenn nämlich durch einen Einlassungszwang die Entscheidung für die Mediation nicht freiwillig erfolgt, so führt diese fehlende Freiwilligkeit regelmäßig zum Herausfallen des angeordneten Verfahrens aus dem in der Mediationsszene mitunter sehr eng gehandelten Mediationsbegriff.⁵³⁶

Dieser sehr enge Mediationsbegriff begreift die Mediation nämlich definitionsgemäß als eine auf strenger Freiwilligkeit basierende Methode, die nur bei vollkommen autonomer Zustimmung aller Parteien möglich ist.⁵³⁷ Das Verfahren darf nicht von Dritten „verordnet“ werden, sondern muss von den Konfliktparteien bewusst als alternativer Weg der Konfliktregelung gewählt werden.⁵³⁸ Möchte also ein Lehrberechtigter das Lehrverhältnis außerordentlich auflösen, so entscheidet er sich zwar freiwillig für die Vertragsauflösung, jedoch nicht notwendigerweise auch für das im Vertragsauflösungsverfahren enthaltene Mediationsverfahren.

Aufgrund der bereits erwähnten semantischen Differenzen bei der genauen Begriffsabgrenzung der Mediation finden sich neben einem solchen „klassischen“⁵³⁹ Wesensbegriff auch noch andere Begriffsdeutungen. So setzt die Freiwilligkeit etwa keine vollständig autonome Entscheidung zur Mediation voraus, sondern verlangt, dass die Medianden im Verfahren in ihrer Selbstbestimmung nicht beschränkt sind und der Mediator keinen Weisungen unterliegt. Wesentliches Element des Grundsatzes der Freiwilligkeit ist nach dieser Ausrichtung insbesondere, dass die Mediation **von allen Beteiligten jederzeit beendet** werden kann.⁵⁴⁰ Bei einem solchen Verständnis ist der Grundsatz der Freiwilligkeit trotz gesetzlicher Verpflichtung zur Mediation dann ausreichend verwirklicht, wenn die Medianden und der Mediator im Verfahren frei agieren können und keine bestimmte Zeit lang am Verfahren teilnehmen müssen.

⁵³⁵ So etwa *Schlieffen* in *Haft/Schlieffen*, Mediation, § 7 Rz 59.

⁵³⁶ *Schlieffen* in *Haft/Schlieffen*, Mediation, § 7 Rz 55-56.

⁵³⁷ *Bargen*, Mediation, 18.

⁵³⁸ *Hammerl*, Kooperation statt Konfrontation – neue Wege in der Lösung von Konflikten, in *Ferz (Hrsg)*, Rechtskultur – Streitkultur – Mediation, die Reaktivierung verlorener Selbstverantwortung und abgegebener Eigenkompetenz (2003) 29 (32).

⁵³⁹ *Trossen* in *Haft/Schlieffen*, Mediation, § 18 Rz 7.

⁵⁴⁰ *Hohmann/Morawe*, Familienmediation, 75.

In der Mediationsliteratur ebenfalls vertreten wird auch eine dogmatische **Unterteilung der Freiwilligkeit** in zwei Facetten: so wird zwischen der Freiwilligkeit *zur* Mediation und der Freiwilligkeit *in der* Mediation unterschieden. Nach dieser Ansicht ist eine möglicherweise fehlende Freiwilligkeit bei der Einleitung und auch Beendigung des Mediationsverfahrens vernachlässigbar, wenn die Freiwilligkeit der Parteien in der Mediation ausreichend abgesichert ist; eine Freiwilligkeit in diesem Sinne ist dabei schon durch einen „echten“ Mediator im Verfahren gewährleistet, der keine Entscheidungsmacht hat und durch den die Autonomie der Parteien und ihre Eigenverantwortung erhalten bleibt.⁵⁴¹

Bei einem **sehr engen Begriffsverständnis** führt also eine gesetzlich zwingende Anordnung dazu, dass diese Mediation aufgrund der vollständig aufgegebenen Freiwilligkeit der Parteien **keine Mediation im eigentlichen Sinne** mehr ist (zu den Konsequenzen siehe 4.3.2.).

b.) Freiwilligkeit bei einem weiten Begriffsverständnis

Der **überwiegende Teil der** (internationalen) **Literatur** sieht hingegen in der fehlenden Freiwilligkeit aufgrund eines Einlassungszwanges **kein Problem**, die Anordnung der Mediation in einem Gerichtsverfahren oder dem Gesetz wird mediationstheoretisch durchaus akzeptiert⁵⁴²: wie die Mediation begonnen wird (freiwilliges Aufsuchen eines Mediators durch die Parteien, auf Anraten eines Dritten, aufgrund einer Vereinbarung oder gar aufgrund des Gesetzes) hat für die Qualifikation als Mediationsverfahren meist keine Konsequenzen.⁵⁴³

Auch aus der **EU-Mediations-RL** 2008/52/EG ergibt sich, dass die gesetzliche Anordnung der Mediation insb dann unproblematisch ist, wenn es den Parteien neben der Mediation weiterhin möglich ist, ihr Recht auf Zugang zum Gerichtssystem wahrzunehmen.⁵⁴⁴ Die Kommission, die 2002 ein Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung in Zivil- und Handelsrecht veröffentlichte, sieht in der

⁵⁴¹ *Bargen*, Mediation, 21.

⁵⁴² *Wall/Stark/Standifer*, Mediation: A Current Review and Theory Development, *Journal of Conflict Resolution* 2001/45, 370 (372).

⁵⁴³ So zB *Wall/Lynn*, Mediation: A Current Review and Theory Development, *Journal of Conflict Resolution* 1993/37, 160 (164); *Kriesberg*, Mediation in Conflict Systems, *Systems Research and Behavioral Science* 29/2012, 149.

⁵⁴⁴ Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen 2008/52/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 21.05.2008, ABl 2008 L 136/3 Erwägungsgründe 13 & 14.

gesetzlichen Anordnung der Mediation ebenfalls kein Hindernis sondern unterstreicht die positive Wirkung, die Mediation trotz Einbettung in ein gerichtliches Verfahren oder als vorgeschaltetes und gesetzlich verpflichtendes Verfahren zur Streitbeilegung haben kann.⁵⁴⁵

c.) Eigene Ansicht

ME ist ein jedenfalls **weites Begriffsverständnis** von der Freiwilligkeit zu bevorzugen. Dies in der Mediationstheorie im Allgemeinen, besonders aber im Falle der Lehrlingsmediation. Die Mediation als ein für viele Konflikte des täglichen Lebens geeigneter Konfliktlösungsmechanismus kann aufgrund allzu strenger theoretischer Anforderungen ihr volles praktisches Potenzial nicht entfalten. Ein strenges theoretisches Freiwilligkeitserfordernis führt regelmäßig dazu, dass Konflikte gar nicht im Wege der Mediation aufgearbeitet und gelöst werden können. Vor allem die Zweckdienlichkeit der in der Praxis mitunter üblichen Prüfung des tatsächlichen Vorhandenseins der Freiwilligkeit der Parteien am Beginn eines Mediationsgespräches darf in diesem Zusammenhang angezweifelt werden.⁵⁴⁶

7.2.3. Die gesetzliche Gestaltung der Auswahl und Beauftragung des Mediators sowie die einseitige Kostentragungspflicht

Das **Verfahren zur Auswahl** eines in die Mediatorenliste des BM für Justiz eingetragenen Mediators für die Lehrlingsmediation ist gesetzlich geregelt. Gem § 15a Abs 5 hat Lehrberechtigte dem Lehrling zeitgerecht eine in die Liste gemäß § 8 ZivMediatG eingetragene Person für die Durchführung des Mediationsverfahrens vorzuschlagen. Der Lehrling kann die genannte Person unverzüglich ablehnen, wonach der Lehrberechtigte zwei weitere Personen vorzuschlagen hat. Von diesen muss der Lehrling unverzüglich eine Person auswählen. Tut er dies nicht (unverzüglich), so ist der Erstvorschlag automatisch angenommen. Der so ausgewählte Mediator ist vom Lehrberechtigten sodann zeitgerecht zu beauftragen. Gem § 15a Abs 5 letzter Satz hat der Lehrberechtigte die Kosten des Mediationsverfahrens (welche Posten darunter fallen siehe unter 4.1.8.) zu tragen.

Aus mediationstheoretischer Sicht bedarf die Tatsache, dass die einvernehmliche Auswahl des Mediators durch die Konfliktparteien durch eine besondere gesetzliche

⁵⁴⁵ Europäische Kommission, Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung in Zivil- und Handelsrecht, KOM (2002) 169 endg vom 19.04.2002, 15-16.

⁵⁴⁶ Vgl zB Likar/Krommer, AnwBl 2005, 60.

Regelung verdrängt wird⁵⁴⁷, besonderer Beachtung. Auch die gesetzliche Anordnung der alleinigen Kostentragung durch den Lehrberechtigten ist zu thematisieren. Beide dieser Bestimmungen führen dazu, dass zwei Entscheidungen (Wen wollen wir als Mediator? Wie teilen wir uns die Kosten auf?) der vollständigen Autonomie durch die Konfliktparteien entzogen werden und insbesondere vor dem Hintergrund der Neutralität des Mediators zu diskutieren sind.

Die **Neutralität** des Mediators wird im Allgemeinen als Voraussetzung für eine erfolgreiche Mediation gefordert.⁵⁴⁸ Wie auch im Fall der Freiwilligkeit wird sie jedoch unterschiedlich ausgelegt und hängt eng mit dem ebenfalls postulierten Prinzip der Allparteilichkeit des Mediators zusammen.

Einigkeit herrscht weitgehend darüber, dass als Mediator nur eine Person in Frage kommen kann, die nicht selbst in den Konflikt involviert ist und die keine eigenen persönlichen Betroffenheiten und Interessen in diesem Konflikt hat.⁵⁴⁹ Diese Art der Neutralität wird in der Literatur auch als "Unparteilichkeit" oder „**persönliche Neutralität**“⁵⁵⁰ bezeichnet und steht der „**Verfahrensneutralität**“⁵⁵¹ als zweites Element der Neutralität zur Seite. Während die persönliche Neutralität – also die Unvoreingenommenheit des Mediators den Parteien und dem Konflikt gegenüber – überwiegend als notwendig und sinnvoll erachtet wird⁵⁵², wird der Rahmen und die Bedeutung der Verfahrensneutralität von den Anhängern der unterschiedlichen Mediationsstile variantenreich interpretiert.⁵⁵³

Von Bedeutung ist im Zusammenhang mit der Tatsache, dass der Mediator vom Lehrberechtigten vorgeschlagen, beauftragt und bezahlt wird, vor allem die Frage der Unparteilichkeit oder **persönlichen Neutralität** des Mediators. Denn durch die derzeitige Gestaltung des Auswahlverfahrens kommt als Mediator jedenfalls nur eine vom Lehrberechtigten vorgeschlagene Person in Frage; der Mediator wird ebenfalls

⁵⁴⁷ *Mayr*, Die Zwangsmediation in FS Binder, 299 (306).

⁵⁴⁸ *Montada/Kals*, Mediation², 45.

⁵⁴⁹ *Montada/Kals*, Mediation², 45.

⁵⁵⁰ *Bargen*, Mediation, 21.

⁵⁵¹ *Kracht* in *Haft/Schlieffen*, Mediation, § 15 Rz 25.

⁵⁵² So etwa *Hohmann/Morawe*, Familienmediation, 20; *Montada/Kals*, Mediation², 45; *Bargen*, Mediation, 22.

⁵⁵³ *Bargen*, Mediation, 22.

nur vom Lehrberechtigten beauftragt – nicht wie sonst üblicherweise von beiden Medianden.⁵⁵⁴

Zusammen mit der Tatsache, dass der Mediator zwingend nur von einer Partei, nämlich ebenfalls dem Lehrberechtigten, bezahlt wird, kann beim Lehrling der Eindruck der **Parteilichkeit des Mediators** dem Lehrberechtigten gegenüber entstehen. Durch den Anschein seiner Parteilichkeit ist die Akzeptanz des Mediators durch den Lehrling und somit auch der Erfolg der Mediation gefährdet. Es stellt sich die Frage, wie diese Verfahrensgestaltung aus mediationstheoretischer Sicht zu beurteilen ist.

a.) Meinungsstand

Der *Österreichische Bundesverband der MediatorInnen* (kurz *ÖBM*) hat im Vorfeld seine Bedenken gegen die im ME noch gänzlich fehlende gesetzliche Gestaltung des Auswahlverfahrens geäußert. Er empfahl als Mindestvoraussetzung die Möglichkeit des Lehrlings aus einem Dreivorschlag des Lehrberechtigten den Mediator auswählen zu dürfen, weil seiner Ansicht nach das Vertrauen in dessen Person eine wesentliche Voraussetzung für das Gelingen einer jeden Mediation sei.⁵⁵⁵ Aus der Sicht des *ÖBM* stellt demnach die Gestaltung des Auswahlverfahrens in § 15a kein gravierendes Problem im Zusammenhang mit der Neutralität des Mediators dar; **das Vertrauen** des Lehrlings in seine Person soll durch die **Möglichkeit der Auswahl aus dem Dreivorschlag ausreichend gewährleistet** sein. Da die einseitige Kostentragungspflicht nicht kritisiert wird, scheint diese dem *ÖBM* wohl aus sozialen Gesichtspunkten geboten und problemlos im Hinblick auf die Neutralität. Die Neutralität des Mediators ist nach dieser Ansicht also durch die gesetzlichen Bestimmungen nicht gefährdet.

Nach einer anderen in der Literatur vertretenen Ansicht ist die gesetzliche Regelung zur Auswahl und Beauftragung des Mediators hingegen nicht geglückt, da ein klares Übergewicht auf Seiten des Lehrberechtigten besteht: sowohl die Gestaltung des Auswahlverfahrens als auch die einseitige Kostentragungspflicht bergen nach *Mayr* die große Gefahr (zumindest des Anscheins) der Parteilichkeit. Die gesetzlichen Regelungen stehen demnach der Berufspflicht der Neutralität der Mediatoren

⁵⁵⁴ *Mayr*, Die Zwangsmediation in FS Binder, 299 (306).

⁵⁵⁵ SN 9/162 ME 23. GP 1.

entgegen und sind nach diesem **zu kritisieren**.⁵⁵⁶ *Mayr* schlägt vor, die Auswahl des Mediators dem Einverständnis der Konfliktparteien zu überlassen; sollte innerhalb einer gewissen Frist (zB einer Woche) keine Einigung erzielt werden können, so müsste die Auswahl (binnen einer weiteren Frist) auf eine neutrale Stelle (etwa das zuständige Arbeits- und Sozialgericht) übergehen.⁵⁵⁷

b.) Eigene Ansicht

Im Auswahlverfahren sollte also nach *Mayr* die neutrale Stellung des Mediators idealerweise dadurch sichergestellt werden, dass die Parteien sich im Vorfeld auf einen Mediator einigen und dann gemeinsam an diesen herantreten. Allerdings muss beachtet werden, dass ein solches Auswahlverfahren nicht immer möglich ist: nicht nur bei gesetzlicher Anordnung der Mediation muss eine praktikable Lösung gefunden werden, auch im Verfahren mit vielen Parteien (etwa im öffentlichen Bereich) muss in einem förmlichen Verfahren nach festgelegten Kriterien ein Mediator ausgewählt werden.⁵⁵⁸ Durch die **Festlegung von Kriterien, welche die Neutralität des Mediators umfassend sicherstellen** (bspw der Ausschluss von Personen, die eine Nahebeziehung zu einer Partei haben oder bereits eine Mediation mit ihr durchgeführt haben), kann auch ein förmliches Auswahlverfahren den Anschein der Parteilichkeit des Mediators hintanhaltend. Ebenfalls in Betracht kommen in der Literatur zur Sicherstellung seiner Neutralität festgelegte Kriterien, nach denen sich der Mediator selbst in einem konkreten Konflikt ausschließen muss.⁵⁵⁹

Obwohl weder durch spezielle Kriterien im Auswahlverfahren noch durch die Einführung von Ausschlussgründen durch den Mediator selbst die Sicherstellung der Neutralität des Mediators in § 15a gesetzlich verankert wurde, so ergibt sich mE aus § 1 Abs 1 ZivMediatG („[...] bei der ein fachlich ausgebildeter, neutraler Vermittler [...]“) die **Verpflichtung des Lehrberechtigten** in einer Mediation nach § 15a nur solche Personen als Mediator vorzuschlagen, die **neutral iSd ZivMediatG** sind. Nach diesem ist eine Person nicht schon deswegen neutral, weil sie der Sphäre keiner der Parteien zugeordnet werden kann, sondern nur unter der (weiteren) Voraussetzung, dass sie

⁵⁵⁶ *Mayr*, Die Zwangsmediation in FS Binder, 299 (306).

⁵⁵⁷ *Mayr*, Die Zwangsmediation in FS Binder, 299 (308).

⁵⁵⁸ *Kracht in Haft/Schlieffen*, Mediation, § 15 Rz 33.

⁵⁵⁹ *Kracht in Haft/Schlieffen*, Mediation, § 15 Rz 36.

zu beiden Parteien etwa die gleiche Distanz aufweist.⁵⁶⁰ Es darf also der Lehrberechtigte als die mit der Vorauswahl des Mediators beauftragte Partei jedenfalls keine Person vorschlagen, die seiner Sphäre zugeordnet werden kann; in Frage kommen also all jene eingetragenen Mediatoren, mit denen er außerhalb der Beauftragung für die anstehende Lehrlingsmediation noch keinen nennenswerten persönlichen Kontakt hatte. Insbesondere Mediatoren, die bereits eine Mediation zwischen dem Lehrberechtigten und einer anderen Person durchgeführt haben, sowie persönliche Bekannte des Lehrberechtigten dürfen nicht beauftragt werden (zu den Konsequenzen der Beauftragung eines Mediators außerhalb des Mediatorbegriffs des ZivMediatG siehe 4.3.2.).

Dass der Lehrling durch die Gestaltung des Auswahlverfahrens dennoch den **Anschein** der Parteilichkeit des Mediators haben könnte, kann so zwar nicht vollständig verhindert werden; der Mediator sollte also idealerweise am Anfang der Mediation seine neutrale Position unterstreichen. Faktisch stellt die aus § 1 Abs 1 ZivMediatG ableitbare Verpflichtung des Lehrberechtigten zum Vorschlag neutraler Personen als Mediatoren die Unparteilichkeit des Mediators mE jedoch ausreichend sicher, auch aus dem ZivMediatG ergibt sich eine berufsrechtliche Pflicht der Mediatoren zur Neutralität.

Auch wenn die **Kostentragung** in der klassischen Mediationslehre meist zu Beginn der Mediation, also in der ersten Phase, thematisiert wird⁵⁶¹ und als Idealfall mitunter eine Beteiligung aller Medianden an den Kosten angesehen wird⁵⁶², gibt es kein Prinzip der Mediation, welches einer verpflichtenden einseitigen Kostentragung durch den Lehrberechtigten explizit entgegensteht. In Kombination mit anderen Regelungen kann eine solche Anordnung zwar den Anschein der Parteilichkeit des Mediators unterstützen, für sich alleine gesehen stellt sie aber vor dem Hintergrund der Neutralität kein unmittelbares Problem dar. Darüberhinaus erscheint eine solche Anordnung mE aus allgemeinen sozialen Gesichtspunkten für den Fall der Lehrlingsmediation durchaus angemessen.

⁵⁶⁰ ErläutRV 24 BlgNR 22. GP, 11-12.

⁵⁶¹ So etwa *Montada/Kals*, *Mediation*², 230; ebenso *Kracht* in *Haft/Schlieffen*, *Mediation*, § 15 Rz 74.

⁵⁶² *Klammer*, *Was ist Mediation?* in *Klammer/Geißler (Hrsg)*, *Mediation – Einblicke in Theorie und Praxis professioneller Konfliktregelung* (1999) 9 (19).

7.2.4. Gesetzlich begrenzter Zeitraum, der für die Mediation zur Verfügung steht?

Aufgrund der bereits dargestellten Fristen und Termine im Verfahren der außerordentlichen Auflösung steht für die Durchführung der Mediation nur ein gewisser Zeitraum zur Verfügung. Dieser beträgt nach *Burger*⁵⁶³ mindestens 21 Werktage, nach dem *ÖBM*⁵⁶⁴ hingegen maximal 19 Werktage und nach der Berechnung im Beispiel der vorliegenden Arbeit 17 Werktage (exklusive Samstage) bzw 25 Kalendertage. Während nun die genaue Anzahl der Tage offenbar schwer zu generalisieren ist (aufgrund unterschiedlich langer Monate sowie der Unterschiedlichkeit der Ergebnisse durch den Miteinbezug oder die Ausklammerung von Samstagen), so steht fest: **für die Mediation bleibt weniger als einen Monat Zeit**. Es stellt sich die Frage, wie dieser Zeitrahmen aus mediationstheoretischer Sicht zu beurteilen ist.

Während zwar der Effekt, den ein vorgegebener Zeitdruck auf die Mediation hat, in der Literatur vielerorts diskutiert wird⁵⁶⁵, wird die Tatsache, dass für die Mediation nur ein begrenzter Zeitraum zur Verfügung steht sowie die möglichen Ursachen für einen solchen (Vereinbarung, Natur der Sache, Gesetz) weitgehend als unproblematisch angesehen; so werden **zeitliche Beschränkungen der Mediation** etwa auch auf **europarechtlicher Ebene als zulässig** angesehen. In den Erwägungsgründen zur Mediationsrichtlinie heißt es ausdrücklich, dass es nach nationalem Recht für die Gerichte möglich sein sollte, Fristen für ein Mediationsverfahren zu setzen.⁵⁶⁶

Die Tatsache, dass die Lehrlingsmediation zeitlich beschränkt ist, stellt also aus mediationstheoretischer Sicht weder ein Novum noch ein Problem dar. Kritisiert wird allerdings, wie die Lehrlingsmediation zeitlich beschränkt ist.

a.) Meinungsstand

So nennt etwa *Mayr* den für die Lehrlingsmediation zur Verfügung stehenden Zeitraum ein „enges zeitlichen Korsett“, welches nicht unbedingt im Sinne einer

⁵⁶³ *Burger*, Neuerungen in *Resch*, Neuerungen, 17 (31).

⁵⁶⁴ SN 9/162 ME 23. GP 2.

⁵⁶⁵ So bspw *Wall/Stark/Standifer*, *Journal of Conflict Resolution* 2001/45, 377.

⁵⁶⁶ Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen 2008/52/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 21.05.2008, ABl 2008 L 136/3 Erwägungsgrund 13.

gedeihlichen Mediation, in der konkreten Situation aber wohl unvermeidlich ist.⁵⁶⁷ Der ÖBM erachtet den Zeitrahmen, den er mit maximal 19 Werktagen berechnet, ebenfalls für zu kurz, jedoch betrachtet er diesen nicht als unvermeidlich: er forderte bereits in seiner Stellungnahme zum ME⁵⁶⁸ eine derartige Umgestaltung der Fristen und Termine, dass die Vorschlagsfrist des Lehrberechtigten mit 7 Tagen nach Bekanntgabe der beabsichtigten Kündigung bzw. Aufnahme eines Mediationsverfahrens (spätestens am Ende des neunten bzw. 21. Lehrmonats) festgelegt wird, wonach der Lehrling binnen 7 Tagen seine Wahl bekannt geben muss. Der ausgewählte Mediator sollte sodann umgehend, spätestens aber bis zur Mitte des zehnten bzw. 22. Lehrmonats, bestellt werden. Die übrigen Fristen könnten gleich bleiben. Somit hätte sich der Zeitraum für die tatsächliche Durchführung des Mediationsverfahrens um 10 Werktage verlängert. Dies erschien dem ÖBM als ein angemessenerer Zeitraum und hätte ihm zufolge bei Bedarf auch die Durchführung der für ein gutes Ergebnis eventuell nötigen mehreren Sitzungen ermöglicht.⁵⁶⁹

b.) Eigene Ansicht

Zeitliche Beschränkungen von Mediationsverfahren werden an sich als überwiegend unproblematisch angesehen. Sie stehen **per se nicht im Konflikt mit den Prinzipien oder dem Wesen der Mediation**. Fraglich ist allerdings, ob aus mediationstheoretischen und praktischen Gesichtspunkten die konkrete Gestaltung des Zeitrahmens für die Lehrlingsmediation als ausreichend anzusehen ist. Abzuwägen ist dabei zwischen den theoretischen und ideologischen Anforderungen an die Mediation als kommunikationsförderndes, den Konflikt ausreichend tief und umfassend bearbeitendes Verfahren, welches möglicherweise mehrere Sitzungen in Anspruch nimmt sowie den praktischen Gegebenheiten eines in ein Vertragsauflösungsverfahren integriertes und dadurch notwendigerweise in gewisse Schranken gewiesenes Instrument.

Es ist mE der Vorschlag des ÖBM begrüßenswert, wonach durch eine Fristenumgestaltung der Zeitraum für die Mediation um fast ein Drittel verlängert wird. Zwar ist die Vereinbarung eines Mediationstermins innerhalb des derzeitigen Zeitraums von 17 Werktagen durchaus möglich; die eventuelle Vereinbarung eines

⁵⁶⁷ Mayr, Die Zwangsmediation in FS Binder, 299 (307).

⁵⁶⁸ SN 9/162 ME 23. GP 2.

⁵⁶⁹ SN 9/162 ME 23. GP 2.

zweiten oder dritten Termins, an dem zumindest drei Personen teilnehmen können, erscheint dagegen schon schwieriger. Innerhalb der **Zeitspanne von rund einem Monat** dürfte dies wohl deutlich leichter möglich sein und könnte einen weiteren Anreiz (insb für den Lehrberechtigten) bieten, eine echte Einlassung in die Mediation und die Konfliktlösung zuzulassen.

7.2.5. Zusammenfassung

Durch ihre gesetzliche Anordnung wird die fehlende **Freiwilligkeit** der Lehrlingsmediation diskutiert. Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Zwangseinlassung nur bei einem sehr engen Begriffsverständnis von der Mediation zum Problem wird.

Ebenso ist die in der österreichischen Literatur diskutierte mögliche Gefährdung der Neutralität des Mediators durch das Auswahlverfahren und die Kostentragungsregel dargestellt worden. Dem Wunsch nach einer Umgestaltung dahingehend, dass der Position des Lehrlings bei der Auswahl der Person des Mediators eine bedeutendere Rolle zukommt, kann mE die aus § 1 Abs 1 ZivMediatG ableitbare Verpflichtung des Lehrberechtigten zur Auswahl neutraler Personen iSd ZivMediatG entgegengehalten werden.

Dass die Lehrlingsmediation **zeitlich beschränkt** ist steht per se nicht im Widerspruch mit den Prinzipien der Mediation. Angesichts der Gesamtdauer des Auflösungsverfahrens wird allerdings ihr konkreter Zeitrahmen (deutlich weniger als einen Monat) überwiegend für zu eng erachtet.

7.3. Das Mediationsverfahren des § 15a – Fragen, die sich aus der Anwendbarkeit des ZivMediatG ergeben

Im Mediationsverfahren des § 15a ergeben sich neben den in der Literatur bereits bearbeiteten Problemen noch weitere Fragen. Diese resultieren insb aus der Anwendbarkeit des ZivMediatG und dem ihm zugrunde liegenden mediationstheoretischen Ansatz und haben eine durchaus praktische Relevanz.

Es fragt sich zum einen was passiert, wenn in der Lehrlingsmediation eines der **Tatbestandselemente** der Mediation **des ZivMediatG nicht erfüllt** wird. Was passiert, wenn das Mediationsverfahren von einem nicht eingetragenen Mediator iSd ZivMediatG durchgeführt wird? Was passiert, wenn der Mediator gerade keine neutrale Person ist? Welche „anerkannten Methoden“ muss der Mediator anwenden und was hat es für Konsequenzen, wenn er dies nicht tut?

Daneben stellt sich die allgemeine Frage, was außerhalb der ausdrücklichen Tatbestandselemente **innerhalb dieses Mediationsbegriffes** überhaupt **zulässig** ist, also welcher Spielraum für die Gestaltung der Lehrlingsmediation zur Verfügung steht. Darf statt eines persönlichen Mediationsgesprächs etwa eine Telefonkonferenz oder Videokonferenz zwischen Mediator, Lehrberechtigtem und Lehrling durchgeführt werden? Kann die Mediation in Form einer Shuttle-Mediation durchgeführt werden, also als Mediation in reinen Einzelsitzungen zwischen Mediator und abwechselnd Lehrling/ Lehrberechtigtem?

7.3.1. *Welchen mediationstheoretischen Zugang hat das ZivMediatG?*

Wie bereits unter Pkt 7.1. erwähnt wurde, enthält das ZivMediatG in § 1 Abs 1 eine Legaldefinition der Mediation. Obwohl das genaue Verfahren einer Mediation im ZivMediatG gerade nicht geregelt ist, kann aus dieser Legaldefinition und den Materialien⁵⁷⁰ ein bestimmter **mediationstheoretischer Ansatz** abgeleitet werden, den der Gesetzgeber bei der Schaffung des ZivMediatG vor Augen hatte. Diese Vorstellung des Gesetzgebers von der Mediation an sich und ihren verfahrenstechnischen Ausprägungen ist maßgeblich für die Beurteilung des Spielraums, der den Parteien einer Lehrlingsmediation bei deren Gestaltung und Durchführung zukommt. Denn liegt das durchgeführte Mediationsverfahren außerhalb des gesetzlichen Mediationsbegriffes, so ist der für die außerordentlich

⁵⁷⁰ ErläutRV 24 BlgNR 22. GP.

Auflösung erforderliche Tatbestand der Mediation nicht erfüllt (dazu sogleich unter 7.3.3.).

Bei Durchsicht der Erläuterungen zur RV⁵⁷¹ des ZivMediatG lassen sich folgende Eckpunkte des **gesetzgeberischen Mediationsverständnisses** herausfiltern:

- Mediation als nicht förmliches, freiwilliges Verfahren;
- Kooperation statt Konfrontation als Verhandlungsmethode;
- gegenwarts- und zukunftsorientiert;
- neutraler, allparteilicher Mediator, der die Parteien bei der Identifikation ihrer Streitposition, der Entwicklung gemeinsamer und unterschiedlicher Interessen und der Untersuchung und Bewertung möglicher Lösungen unterstützt;
- Ziel: eine von den Parteien selbst verantwortete win-win-Lösung.

Die Mediation iSd ZivMediatG ist als Prozess zu verstehen, der durch die kommunikationsfördernde Tätigkeit des Mediators gekennzeichnet ist und auf ein bestimmtes Ziel hinausläuft: der Mediator soll eine von den Parteien selbst verantwortete, auf ihren jeweiligen Interessen basierte Lösung ihres Konfliktes ermöglichen.⁵⁷²

Diese Art der Mediation entspricht dem mediationstheoretischen Ansatz der **Facilitativen Mediation**, welche grob als Konflikt-Prozessbegleitung bzw Konflikt-Prozessberatung definiert werden kann⁵⁷³. Facilitative Mediation kann auch als interessenorientierte Mediation bezeichnet werden, bei der ein Dritter die Parteien in der Findung einer auf ihren Interessen basierten Lösung unterstützt; dabei leitet er lediglich den Prozess durch verschiedenste Kommunikationstechniken (bspw aktives Zuhören oder Reframing) und nimmt auf die Inhalte der Gespräche und Lösungen keinen Einfluss.⁵⁷⁴ Der Prozess des interessenbasierten Verhandeln wird also durch den Mediator aktiv strukturiert und durch Interventionen, die weg von den Positionen und Bedürfnissen führen, unterstützt. Das Resultat einer facilitativen

⁵⁷¹ ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 2-3, 10-11.

⁵⁷² Vgl *Falk/Koren* in *KommZivMediatG*, § 1 Rz 5.

⁵⁷³ Bspw *Glasl*, *Wie Organisationsmediation mit Macht in Konflikten umgehen kann*, *Gruppendynamik und Organisationsberatung* 2012/43, 153 (164).

⁵⁷⁴ *Brooker*, *An Investigation of Evaluative and Facilitative Approaches to Construction Mediation*, *Structural Survey*, Vol 25 iss 3/4, 220.

Mediation ist die informierte und selbstbestimmte Entscheidung der Medianden aufgrund ihrer miteinander erarbeiteten, interessenbasierten Optionenvielfalt.⁵⁷⁵

In den Erläuterungen zur RV⁵⁷⁶ stellt der Gesetzgeber klar, dass unter „**anerkannten Methoden**“ iSd ZivMediatG „entsprechende wissenschaftlich entwickelte Methoden“ zu verstehen sind. Das Kriterium der anerkannten Methodenwahl ist wohl in erster Linie als Selbstverständnis zu sehen, dass ein ausgebildeter Mediator seine Tätigkeit nach professionellen und mediatorisch-ethisch vertretbaren Grundsätzen ausübt;⁵⁷⁷ gleichzeitig lässt sich daraus aber auch schließen, dass der Gesetzgeber eine bestimmte Vorstellung davon hatte, wie die Vorgehensweise eines professionellen Mediators auszusehen hat und welche Methoden im Rahmen einer Mediation iSd ZivMediatG angewandt werden sollen. Aufgrund der Fülle von Zugängen zur Mediation gibt es in der internationalen Konfliktlösungsliteratur keinen allgemein anerkannten abschließenden Katalog von Mediationsmethoden.⁵⁷⁸ Die konkreten Methoden (wie das Setting, Kommunikationstechniken des Mediators, Ablauf der Mediation, etc), die in der Mediation verwendet und anerkannt werden, hängen vom jeweiligen mediationstheoretischen Zugang ab.

Es ist also davon auszugehen, dass sich der Gesetzgeber unter anerkannten Methoden iSd ZivMediatG jene Methoden vorstellt, die in der einschlägigen wissenschaftlichen Fachliteratur zur Facilitativen Mediation – also jenem Mediationsverständnis, von dem der Gesetzgeber bei der Schaffung des ZivMediatG ausging – angeführt werden; angelehnt an die Begriffsbestimmung dessen § 1 Abs 1 beschreibt *Mehta* die Methoden und Abläufe einer Mediation iS eines dem ZivMediatG zugrundeliegenden theoretischen Zugangs: „Die inhaltliche Verantwortung für die Konfliktlösung bleibt bei den Streitparteien, während der Mediator die Verantwortung für den Prozess und die Prozessgestaltung der Konfliktbearbeitung übernimmt. [...] Ein diszipliniertes und angeleitetes Zur-Sprache-Bringen der Umstände, Hintergründe, Motive, Absichten und Sichtweisen tragen [...] zu nachhaltig zufriedenstellenden Lösungen bei. [...] Dabei schaffen Mediatoren die nötigen Bühnen und Begegnungsräume [iSv] Gesprächssituationen [...]. Der Mediator [...] fördert Voraussetzungen zur Dialogbereitschaft Kooperationsfähigkeit der Konfliktpartner [...] und unterstützt

⁵⁷⁵ *Dörflinger-Khashman*, Modelle von Mediation, Perspektive Mediation 2011/1, 14 (17).

⁵⁷⁶ ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 10.

⁵⁷⁷ *Falk/Koren* in KommZivMediatG, § 1 Rz 10.3.

⁵⁷⁸ *Falk/Koren* in KommZivMediatG, § 1 Rz 10.4.

[diese] beim Überlegen und Aushandeln von einvernehmlichen Vereinbarungen. [...] Mediatoren moderieren und balancieren vieles aus, sodass Dialogfähigkeit und ein wechselseitiger Respekt zustande kommen bzw erhalten bleiben.“⁵⁷⁹ Weiters beschreibt sie den Ablauf einer Mediation entsprechend dem unter 7.1. bereits dargestellten 5-Phasen-Verfahren und verdeutlicht insb die Bedeutung des Kontakts mit allen Beteiligten, der unmittelbaren Vermittlung iSv direktem, gemeinsamen Gespräch der Konfliktparteien sowie den Vorrang der Bedürfnis- und Interessenorientiertheit gegenüber Faktenfindung und Ursachenforschung.⁵⁸⁰ Techniken, die einem Mediator nach einem derartigen Mediationsverständnis zur Verfügung stehen umfassen insb Visualisieren, Spiegeln, Zusammenfassen, Normalisieren, Doppeln, Monologisieren, Umdefinieren, Konfliktmusterunterbrechung, die Verwendung von Metaphern und verschiedenen Fragetechniken.⁵⁸¹

Zum näheren Verständnis des Begriffes kann auch die **Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung**⁵⁸² herangezogen werden. In dieser hat der Gesetzgeber jene Ausbildungsinhalte festgelegt, die einem Mediator im Zuge seiner Ausbildung zum eingetragenen Mediator jedenfalls vermittelt werden müssen. Im Anhang zur AusbildungsVO findet sich insbesondere folgendes Lernziel: Methoden und Phasen der Mediation unter besonderer Berücksichtigung verhandlungs- und lösungsorientierter Ansätze.

Das gesetzgeberische Begriffsverständnis von Mediation entspricht also den mediationstheoretischen Ansätzen der **Facilitativen** Mediation. Dabei geht der Gesetzgeber auch von einem der Mediation zugrundeliegenden **Phasenmodell** aus, an welchem sich der Mediator unter anderem orientieren soll. Seine Tätigkeit soll er nach wissenschaftlich im Rahmen dieser Mediationsstile entwickelten Grundsätzen ausüben.

7.3.2. Was ist innerhalb dieses Zugangs zulässig?

Da nun das Verständnis des Gesetzgebers von Mediation aufgearbeitet wurde, kann ein Bild dessen skizziert werden, was innerhalb einer Mediation iSd ZivMediatG zulässig ist und was von dessen Mediationsbegriff nicht mehr erfasst wird.

⁵⁷⁹ Mehta in Mehta/Rückert, Mediation, 230-232.

⁵⁸⁰ Mehta in Mehta/Rückert, Mediation, 232-233.

⁵⁸¹ Kleindienst-Passweg/Wiedermann in Kleindienst-Passweg/Proksch/Wiedermann, Handbuch Band I, 4.2.

⁵⁸² BGBl. II Nr 47/2004.

Zunächst kann die Frage relativ kurz und bündig beantwortet werden, was passiert, wenn ein **Tatbestandselement** des ZivMediatG oder BAG in der Lehrlingsmediation **nicht erfüllt** wird.

- Wenn also ein nicht eingetragener oder nicht neutraler Mediator die Mediation leitet;
- wenn sich dieser nicht fachlich anerkannten Methoden iSv in der Ausbildung zum Mediator gelernten Techniken bedient.

Das Fehlen eines Tatbestandselementes führt dazu, dass es sich bei der Lehrlingsmediation um **keine Mediation** iSd ZivMediatG bzw des BAG handelt. Die Voraussetzungen für eine rechtswirksame Auflösung wurden somit nicht erfüllt (dazu näher sogleich unter 7.3.3.). Nur dort, wo ein fehlendes Tatbestandselement des ZivMediatG durch die Anwendung des BAG als *lex specialis* gerechtfertigt werden kann (wie etwa die fehlende Freiwilligkeit iSd ZivMediatG durch die gesetzliche Anordnung der Mediation im BAG), bleibt die Mediation vom gesetzlichen Mediationsbegriff erfasst.

Es fragt sich auch, was außerhalb der ausdrücklichen gesetzlichen Voraussetzungen der Mediation an **Gestaltungsspielraum** bleibt. Fest steht nach der bisherigen Darstellung des gesetzgeberischen Willens, dass die Kommunikation zwischen den Parteien mit verschiedensten Kommunikationsstrategien gefördert werden soll. Dabei soll in gemeinsamen Gesprächen systematisch das Ziel verfolgt werden, auf Basis der jeweiligen einzelnen und gemeinsamen Interessen die Findung einer win-win-Lösung durch die Parteien zu ermöglichen.

- **Mediation via Telefon- oder Videokonferenz:** denkbar wäre etwa eine Mediation, die nicht im Rahmen einer gemeinsamen Sitzung in einem Raum stattfindet, sondern in Form eines Conference Call bzw einer Videokonferenz. Eine solche Mediation wäre innerhalb der ausdrücklichen Tatbestandselemente des **ZivMediatG** möglich, da diese weiterhin freiwillig, durch einen fachlich ausgebildeten, neutralen Mediator, der mit fachlich anerkannten Methoden arbeitet, durchgeführt werden kann; das Ziel einer von den Parteien selbst verantworteten Lösung ist auch via Telefon oder Videokonferenz möglich. Auch wäre die Durchführung der Mediation nach den Vorstellungen des Gesetzgebers des ZivMediatG weiterhin möglich, da via Telefon oder Videokonferenz die Kommunikation und das gegenseitige Verständnis zwischen

den Parteien ebenso gefördert, Interessen bearbeitet und Lösungsmöglichkeiten erarbeitet werden können.

Fraglich ist, ob eine solche Vorgehensweise noch unter den Begriff der dachlich anerkannten Methoden fällt und die so gestaltete Mediation auch vom Verständnis der Mediation iSd **BAG** gedeckt ist; dieses stellt ja in Bezug auf das Verfahren der Lehrlingsmediation eine *lex specialis* zum ZivMediatG dar. Auch hier finden sich in den Materialien⁵⁸³ keinerlei Hinweise darauf, dass diese Form der Mediation nicht vom Mediationsbegriff des Gesetzgebers umfasst ist. Das Ziel der Mediation, nämlich die umfassende Konfliktaufarbeitung und Bearbeitung der zukünftigen Optionen im Rahmen eines gemeinsamen Gesprächs, wird mE durch eine Mediation via Telefon oder Videokonferenz nicht verhindert. Auch ist es möglich, etwaige Vertrauenspersonen oder gesetzliche Vertreter eines mj Lehrlings miteinzubeziehen.

Diese Form der Mediation entspricht wohl nicht der Vorstellung vom Mediationsgespräch, die der Gesetzgeber bei der Einführung der außerordentlichen Auflösung hatte, erfüllt aber im Effekt sämtliche Voraussetzungen. Zwar sind die Beteiligten nicht in einem Raum und sprechen von Angesicht zu Angesicht, jedoch findet ein gemeinsames Gespräch mit der Unterstützung eines Mediators statt. Es spricht also mE nichts gegen eine grundsätzliche **Erfassung** einer Mediation via Telefon- oder Videokonferenz **vom Mediationsbegriff** des § 15a iVm § 1 Abs 1 ZivMediatG.

- **Shuttle-Mediation:** Shuttle Mediationen (Pendelmediation) und auch Caucus-Mediationen (caucussing) sind Formen der Mediation, die nicht im Wege eines gemeinsamen Gesprächs aller Beteiligten erfolgen sondern über Einzelgespräche mit dem Mediator. („*Mediation caucusing: that is, separate meetings conducted by the mediator with some, but not all, of the parties*“⁵⁸⁴) Während im Fall von Shuttle Mediationen der Mediator gewissermaßen zwischen den Parteien pendelt und ihnen die Vorschläge des jeweils anderen unterbreitet, führt der Mediator bei der Caucus-Mediation (ein oder mehrere) Einzelgespräche mit den Parteien, um mit ihnen ihre jeweiligen Positionen zu erörtern. Während ein Shuttle-Mediationsverfahren aufgrund seiner Effektivität von vielen gegenüber der „herkömmlichen“ Mediation

⁵⁸³ 162/ME 23. GP; ErläutRV 505 BlgNR 23. GP; StenProt BlgNR Sess 61.

⁵⁸⁴ Hoffmann, Mediation and the Art of Shuttle Diplomacy, Negotiation Journal 2011 iss 27/3, 263 (263).

bevorzugt wird, können bei dieser Art der Vermittlung andere mediationstheoretische Prinzipien, wie insbesondere ein tieferes gegenseitiges Verständnis der Konfliktparteien, nicht verfolgt werden.⁵⁸⁵

Wie auch im Fall der Telefon- oder Videokonferenzmediation weicht eine (reine) Shuttle-Mediation (oder auch reines Caucussing) von den ursprünglichen Vorstellungen des Gesetzgebers, der wohl gemeinsame Gespräche unter Anleitung eines Mediators in einem Raum vor Augen hatte, jedenfalls ab. Während im Falle der Mediation über Telefon oder Video die Abweichung mE noch vom gesetzlichen Mediationsbegriff erfasst ist, so fällt eine **reine** Shuttle- oder auch Caucus-Mediation, bei der sich die Parteien in getrennten Räumlichkeiten befinden, aus diesem heraus.

Dies ergibt sich aus dem **mediationstheoretischen Zugang**, der dem Gesetzesbegriff des § 1 Abs 1 ZivMediatG zugrunde liegt. Eine Bearbeitung der zwischenmenschlichen Beziehung, das Fördern eines gegenseitigen Verständnisses und die Wiederherstellung der Kommunikation zwischen den Konfliktparteien ist im Falle einer Mediation, bei der die Konfliktparteien und der Mediator nie ein gemeinsames Gespräch führen, mE nicht in einer solchen Form möglich, dass sie noch vom gesetzgeberischen Mediationsverständnis gedeckt wäre. Für dieses ist eine direkte Kommunikation zwischen den Medianden essentiell. Zumindest ein Mediationsgespräch muss also auch im Rahmen einer Mediation, in welcher der Mediator auch Einzelgespräche mit den Parteien führt bzw ihnen getrennt voneinander die Vorschläge des jeweils anderen unterbreitet, gemeinsam stattfinden. Auch die bereits dargestellte Erfassung des Mediationsbegriffs von *Mehta*⁵⁸⁶, die an mehreren Stellen die Bedeutung gemeinsamer Gespräche in einer Mediation iSd ZivMediatG herausstreicht, ist mit einer reinen Shuttle-Mediation nicht vereinbar.

Eine Mediation bei der zu keinem Zeitpunkt beide Konfliktparteien ein gemeinsames Gespräch unter Anwesenheit des Mediators führen, **ist vom gesetzlichen Mediationsbegriff somit nicht erfasst**. Die Abhaltung von Einzelgesprächen zur Erreichung einer parteiautonen Lösung im Rahmen einer – weitgehend in Form von gemeinsamen Gesprächen mit den Konfliktparteien durchgeführten – Mediation schadet im Rahmen einer Lehrlingsmediation der außerordentlichen Auflösung jedoch mE nicht; dies insb dann, wenn der Mediator sich dabei im Rahmen seiner

⁵⁸⁵ *Hoffmann*, Negotiation Journal 2011 iss 27/3, 263-309 (263).

⁵⁸⁶ *Mehta* in *Mehta/Rückert*, Mediation, 230-232.

Allparteilichkeit bewegt; dh wenn er Einzelgespräche als Interventionsmethode nur dann verwendet, wenn sie ihm iS einer zielfördernden Vorgehensweise notwendig erscheinen und er diese durch entsprechende Rücksprache mit beiden Parteien abklärt (iS einer Offenlegung seiner Vorgehensweise) sowie seine davon unberührte Position als neutraler Vermittler unterstreicht.

- **Phasenmodell:** es stellt sich die Frage, ob der Mediator bei einer Mediation iSd § 1 Abs 1 ZivMediatG iVm § 15a an einen bestimmten Verfahrensaufbau – iSv Phasen nach einem der (unter 7.1. bereits dargestellten) Phasenmodelle – gebunden ist. Ist eine Mediation nur dann vom gesetzlichen Mediationstatbestand erfasst wenn darin verschiedene Phasen systematisch durchlaufen wurden? Rückschlüsse auf eine solche mögliche Phasengebundenheit lassen insb die Anordnung der Verwendung anerkannter Methoden und der Verweis auf Phasen der Mediation als Lernziel in der AusbildungsVO zu.

Wie bereits unter 7.1. dargestellt, ist vor allem das 5-Phasen-Modell in der österreichischen Mediationsszene weit verbreitet. Es strukturiert das Verfahren in verschiedene Phasen, die im Laufe einer Mediation idR durchlaufen werden. Die Einteilung in Phasen ist dabei nicht als zwingendes System zu verstehen, sondern als Leitfaden, an dem sich ein Mediator in den einzelnen Sitzungen orientieren kann.⁵⁸⁷ Aus den Verweisen auf anerkannte Methoden der Mediation und das Lernziel der Phasen in der AusbildungsVO folgt daher, dass sich ein professioneller Mediator an die im Rahmen seiner Ausbildung erlernten Phasen halten soll, sofern dies zielführend und zweckdienlich ist. Das zwingende Erfordernis der systematischen Abarbeitung bestimmter Phasen in der Mediation lässt sich daraus noch nicht ableiten und steht mE auch im direkten Widerspruch mit dem Wesen der Mediation als flexibles und nicht förmliches Verfahren.

Auch ein Mediationsverfahren, das nicht dem klassischen Phasenaufbau folgt, fällt also – bei Einhalten aller sonstigen Voraussetzungen – unter den gesetzlichen Mediationsbegriff. Im Mediationsverfahren der außerordentlichen Auflösung ist eine bestimmte systematische Reihenfolge einzelner Verfahrensschritte (Phasen) **nicht erforderlich**.

⁵⁸⁷ Herzig/Hennig, Mediation – Aufbruch in eine neue Streitkultur, JURA 12/2011, 929 (930); Mehta in Mehta/Rückert, Mediation, 233.

7.3.3. Konsequenzen?

Erfüllt ein Mediationsverfahren nach § 15a die ausdrücklichen gesetzlichen Voraussetzungen (des ZivMediatG oder des BAG) nicht oder ist es in einer solchen Art und Weise durchgeführt worden, dass es vom Mediationsbegriff des Gesetzgebers erfasst wird, so ist das Tatbestandsmerkmal der Durchführung eines Mediationsverfahrens als nicht erfüllt anzusehen. Da dies ein für die Auflösung zwingend einzuhaltendes Tatbestandsmerkmal ist, **ist die außerordentliche Auflösung zum angestrebten Termin nicht mehr möglich**, wenn frist- und termingerecht – also bis zum Ablauf des letzten Tages des zwölften bzw 24. Monats – kein neues gesetzeskonformes Mediationsverfahren mehr durchgeführt wird.

Die unzulässige außerordentliche Auflösung entfaltet dann – je nach Ansicht – keine Rechtswirkungen, bringt das Lehrverhältnis jedenfalls zur Auflösung und hat einen Schadenersatzanspruch des Lehrlings zur Folge oder löst ein Wahlrecht des Lehrlings zwischen der Fortsetzung seines Lehrverhältnisses oder dessen Auflösung unter Geltendmachung des Schadenersatzanspruches aus (dazu näher siehe Pkt 4.3.2.).

7.4. An der Schnittstelle zwischen Recht und Mediation

Durch die bereits vielfach erwähnte Eingliederung eines Mediationsverfahrens in ein Vertragsauflösungsverfahren ergeben sich Fragestellungen, die nicht vollständig aus einer rein juristischen oder einer rein mediationstheoretischen Sicht beantwortet werden können. Aus der Natur des § 15a, die in einem ersten Zwischenergebnis als Kündigung präsentiert werden konnte, die durch die Integration eines Mediationsverfahrens entschärft werden sollte, ergibt sich, dass er im Wege einer Zusammenschau und einander ergänzenden Bearbeitung beider Disziplinen betrachtet werden muss. **Möglicherweise lassen sich einige der juristisch bedenklichen Konstellationen durch den Miteinbezug mediationstheoretischer Aspekte teilweise rechtfertigen**, sodass das Gesamtbild der außerordentlichen Auflösung im Ergebnis in sich schlüssig erscheint.

7.4.1. *Wie ist das Fehlen einer Verpflichtung zur aktiven Teilnahme der Parteien am Mediationsverfahren zu bewerten?*

Sowohl in den juristischen Ausführungen als auch in der mediationstheoretischen Betrachtung wurde auf die fehlende Verpflichtung zur aktiven Teilnahme der Medianden am Mediationsverfahren hingewiesen. Näher eingegangen werden soll auf

die dahinterstehenden Probleme an dieser Stelle. Die fehlende Teilnahmeverpflichtung steht nämlich im **Spannungsfeld zwischen dem Grundsatz der Freiwilligkeit und der rechtlichen Notwendigkeit der Verhinderung einer willkürlichen außerordentlichen Auflösung** des Lehrverhältnisses durch den Lehrberechtigten. Während eine „Einbringungspflicht“ in die Mediation dem Grundsatz der Freiwilligkeit gravierend widerspräche, so könnte sie uU die ansonsten gegebene Möglichkeit der willkürlichen außerordentlichen Auflösung durch eine bloße stillschweigende Anwesenheit des Lehrberechtigten in der Mediation, welche mit dem Schutzzweck der BAG-Regelungen nicht vereinbar ist, verhindern. In der Literatur wird diese Ambivalenz zwar überwiegend geortet, thematisiert und bewertet wird sie jedoch sehr unterschiedlich.

a.) Meinungsstand

So führt etwa *Burger* dazu aus, dass aus mediationstheoretischer Sicht eine Einbringungspflicht nicht mit dem Grundsatz der Freiwilligkeit zu vereinbaren sei, weil dem Lehrberechtigten die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, von seinem Standpunkt der endgültigen Zerrüttung des Lehrverhältnisses nicht abzuweichen. Er betont, dass die Chancen, die ein Mediationsverfahren mit sich bringt, keine Garantien seien und deshalb eine Integration der Mediation in ein Vertragsauflösungsverfahren naturgemäß einen Spielraum zur willkürlichen Beendigung von Lehrverhältnissen offen lassen müsse. Eine objektive Prüfung des Auflösungsgrundes im Vorfeld könne durch den Mediator nicht garantiert werden, dazu müsse man ein gerichtliches Verfahren einbauen.⁵⁸⁸ *Maska* erkennt das Problem ebenfalls und spricht von der Konstruktion des Mediationsverfahrens als bloßer Formalakt, an der sich der Lehrberechtigte iS der Freiwilligkeit nicht beteiligen muss, sondern das er gewissermaßen absitzen kann wenn er möchte.⁵⁸⁹

Mayr betont hingegen die große Bedeutung der Freiwilligkeit des Lehrberechtigten, der auf seiner Auflösungsabsicht beharren und weitere Mediationsgespräche dezidiert ablehnen dürfe. In einem solchen Fall sei der Weg für eine Auflösungserklärung geebnet, da der Mediator die Mediation für beendet erklären müsse; eine Gefahr durch die dadurch ermöglichte Willkür, gegen die der Lehrling

⁵⁸⁸ *Burger* in *Resch*, Neuerungen, 17 (35).

⁵⁸⁹ *Maska*, *ecolx* 2009, 153.

nicht wirksam ankämpfen kann, thematisiert er nicht.⁵⁹⁰ Noch weiter geht *Koch*, die das Problem nicht nur unbearbeitet lässt sondern es vollkommen verkennt, indem sie davon spricht, dass das Mediationsverfahren der außerordentlichen Auflösung gerade keine willkürliche Auflösung ermögliche.⁵⁹¹

b.) Mediationstheoretische Aspekte

Ohne an dieser Stelle detailliert auf die in der Literatur geführte Diskussion einzugehen, *ob* die Mediation überhaupt in das Recht integriert werden soll und wie eine damit einhergehende Profilschwächung zu betrachten ist – der Gesetzgeber hat sich ja mit der Einführung des § 15a bereits *dafür* ausgesprochen – so soll doch darauf hingewiesen werden, dass eine solche **Integration mitunter sehr skeptisch betrachtet** wird.⁵⁹² Dies gerade deshalb, weil die Mediation durch eine Verrechtlichung notwendigerweise eine Einschränkung bzw Schwächung ihrer Prinzipien und damit ihrer Wesensmerkmale erfahren muss; es stellt sich daneben auch ganz generell die Frage stellt, ob eine solche Einnahme der Mediation als alternative Methode überhaupt gut täte und ob in concreto der Bereich des österreichischen Arbeitsrechts – ieS der Berufsausbildung – dafür geeignet ist.

Im konkreten Fall hat sich nun aber der Gesetzgeber bereits *für* eine solche Integration der Mediation im Gesetz entschieden. Nachdem der Einlassungszwang vor dem Hintergrund der Freiwilligkeit bereits eingehend bearbeitet wurde und von großen Teilen der Lehre als unproblematisch empfunden wird (vgl dazu Pkt 7.2.2.), so ist die Verpflichtung in der Mediation ein bestimmtes Verhalten an den Tag zu legen mediationstheoretisch diffiziler. Zwar ergibt sich schon aus dem **Wesen der Mediation**, dass sich die Konfliktparteien möglichst kompromissbereit und ergebnisoffen verhalten sollen um eine Lösung zu erarbeiten; eine echte Verpflichtung zur Einbringung und aktiven Teilnahme am Verfahren kann daraus aber nicht abgeleitet werden.

Darüberhinaus wäre eine solche mediationstheoretisch **kaum zu rechtfertigen**. Dies nicht nur vor dem Hintergrund der Freiwilligkeit, sondern auch weil der Mediator damit eine Art Schiedsrichterfunktion einnehmen müsste: wenn der Lehrberechtigte seiner Einbringungsverpflichtung nicht nachkäme, so müsste der Mediator ihn in

⁵⁹⁰ *Mayr*, Die Zwangsmediation in FS Binder, 299.

⁵⁹¹ *Koch*, taxlex 2008, 392 (394).

⁵⁹² So bspw *Schlieffen* in *Haft/Schlieffen*, Mediation, § 7 Rz 1ff zur Mediation im Rechtsstaat.

irgendeiner Form zu dieser zwingen oder sein Verhalten sanktionieren können. Sonst wäre ja auch eine Einbringungspflicht zahnlos. Selbst wenn man dabei den Mediator nur dazu verpflichten würde, die fehlende Teilnahmbereitschaft des Lehrberechtigten einer Stelle – etwa dem Arbeits- und Sozialgericht – zu melden, welche dann im weiteren Verlauf das Auflösungsverfahren an sich ziehen und selbst in der Sache entscheiden könnte, so würde die **neutrale Position des Mediators aufgegeben** werden.

Diese neutrale Position des Mediators wird in der Literatur unterschiedlich bewertet. Mitunter wird eine gewisse Befugnis des Mediators zur Sanktionierung (etwa unkooperativen Verhaltens) begrüßt, da nach manchen „Mediatoren mit Muskeln“ oftmals kooperativere Lösungen zwischen ihren Medianden herbeiführen und ihre Mediationen effektiver gestalten können.⁵⁹³ Andererseits wird in der Befugnis des Mediators zur „Bestrafung“ eine Schädigung der vertrauensvollen und lösungorientierten Gesprächsatmosphäre gesehen.⁵⁹⁴ Der insb aus den Materialien⁵⁹⁵ abgeleitete **mediationstheoretische Zugang**, welcher durch seine Verankerung in der AusbildungsVO wohl auch dem Zugang entspricht, der unter den in Österreich tätigen eingetragenen Mediatoren der am weitesten verbreitete ist, lässt sich mit einer Befugnis des Mediators zur Sanktionierung unkooperativen Verhaltens eines Medianden **me nicht vereinbaren**. Der darin sehr zentrale Stellenwert der Neutralität und Allparteilichkeit des Mediators wäre mit einer solchen nicht vereinbar.

Auch ist im Zuge der Diskussion um die neutrale Stellung des Mediators das Über- und Unterordnungsverhältnis von Lehrberechtigtem und Lehrling zu thematisieren; zum einen ganz generell, da der Lehrberechtigte der Arbeitgeber des Lehrlings ist und zum anderen speziell aufgrund der möglichen Ausgangsposition des Lehrberechtigten gerade im Fall der Lehrlingsmediation. Dieser ist nämlich als eigentlich effektiver Entscheidungsträger des Mediationsverfahrens auch der konkret mächtigere Mediand. Während zwar is der Allparteilichkeit der Mediator ein solches im Arbeitsverhältnis von vornherein und naturgemäß bestehendes

⁵⁹³ Eisenkopf/Bächtiger, *Mediation and Conflict Prevention, Journal of Conflict Resolution* 57/2013, 570.

⁵⁹⁴ Eisenkopf/Bächtiger, *Journal of Conflict Resolution* 57/2013, 570-597.

⁵⁹⁵ 162/ME 23. GP; ErläutRV 505 BlgNR 23. GP; StenProt BlgNR Sess 61.

Machtungleichgewicht ausgleichen soll⁵⁹⁶, so kann auch der Mediator das Machtungleichgewicht der Parteien im Fall der Lehrlingsmediation nur sehr schwer ausgleichen. Der Lehrberechtigte hat durch die Äußerung seines Auflösungswunsches nicht nur das Mediationsverfahren eingeleitet, sondern bezieht dadurch auch eine ganz eindeutige Stellung, noch bevor die Mediation überhaupt beginnt. IdR wird er das Lehrverhältnis auf jeden Fall auflösen wollen – sonst hätte er wohl außerhalb des Auflösungsverfahrens eine Mediation in Anspruch genommen – und dies kann er auch in jedem Fall: durch die Einführung einer ex lege Beendigung der Mediation durch Zeitablauf, wonach Ausspruch der Auflösung dann jedenfalls zulässig ist, sitzt der Lehrberechtigte immer am längeren Ast.

c.) Im Besonderen: Open-End-Problematik

In dieser **ingeschränkten Ergebnisoffenheit** des Verfahrens – die man als **Open-End-Problem** bezeichnen kann – liegt ein besonders gravierendes Problem der Lehrlingsmediation des § 15a. Ihr Ergebnis ist gesetzlich determiniert, liegt also gerade nicht allein in den Händen der Konfliktparteien und ist der Verhandlung einer echten win-win-Situation für alle Beteiligten nicht zugänglich. Kann der Lehrberechtigte in der Mediation nicht von einer Fortsetzung des Lehrverhältnisses überzeugt werden, so läuft sie jedenfalls auf die Beendigung des Mediationsverfahrens hinaus.

Der Lehrling befindet sich damit nicht nur in einer schwächeren Position, sondern ist **in Bezug auf das Ergebnis der Mediation vom Willen des Lehrberechtigten vollkommen abhängig**. Es fragt sich auch, wie dies mit dem Prinzip der Freiwilligkeit vereinbar ist. Man könnte hier fast schon von gesetzlich verhärteten und dadurch nicht mediierbaren Fronten sprechen: die Rechtslage ist so eindeutig auf der Seite des Lehrberechtigten, dass er keinen Grund dazu sehen wird, seinen Anspruch zu relativieren um den Konflikt beizulegen⁵⁹⁷ - beteiligt er sich nicht an der Mediation, so werden seine Interessen ja von ganz alleine rechtlich durchsetzbar.

Ohne eine Einbringungspflicht muss der Mediator mit kommunikativen Methoden versuchen, dieses Machtgefälle auszugleichen und den Lehrberechtigten dazu bringen, seine ohnehin durchsetzbare Position zu verhandeln. Da es in der Natur der Mediation liegt, dass der Mediator als allparteilicher Vermittler in der Mediation als

⁵⁹⁶ So etwa Montada/Kals, Mediation², 47.

⁵⁹⁷ Montada/Kals, Mediation², 295.

freiwilliges Verfahren nicht gegen den Willen einer Partei ankommen kann und dies ja auch gar nicht soll, muss hinterfragt werden, ob eine Mediation bei einer derartigen gesetzlich determinierten Abhängigkeit des Lehrlings vom Willen des Lehrberechtigten überhaupt sinnvoll ist.⁵⁹⁸

d.) Juristische Aspekte

Allerdings darf die Lehrlingsmediation nicht nur mediationstheoretisch betrachtet werden. Auch die hinter dem gesamten BAG stehenden Wertungen und Zwecke müssen miteinbezogen werden. Hier hat sich gezeigt, dass die rechtliche Konstruktion des § 15a als Rechtsform sui generis verfehlt ist: ihrem Wesen nach ist die außerordentliche Auflösung eine **Sonderform der Kündigung**, durch die Eingliederung eines Mediationsverfahrens nach den Vorstellungen des Gesetzgebers angepasst an die Bedürfnisse des Lehrverhältnisses. Das Mediationsverfahren soll eine Chance für den Lehrberechtigten und seinen Lehrling sein, über die im Lehrverhältnis aufgetretenen Schwierigkeiten und die Möglichkeiten für die Zukunft zu sprechen.

Dabei geht der Gesetzgeber offenbar davon aus, dass diese auch von den Beteiligten auch effektiv und konstruktiv genutzt wird. Er sieht im Mediationsverfahren gar so viel Potenzial, dass er auf die Einführung einer Rückfalllösung iS einer objektiven Überprüfbarkeit der Auflösung im Wege des allgemeinen Kündigungsschutzes verzichtet. Gewissermaßen als Auffangnetz wurde die Ausbildungsgarantie eingeführt, die das theoretische Problem der „Durchlaufstation Mediation“ immerhin praktisch entschärfen kann.

Gerade weil aber die Mediation keine Garantien, sondern nur Chancen bietet⁵⁹⁹, muss der Gesetzgeber durch ausreichende Begleitmaßnahmen oder Sonderregelungen des Mediationsverfahrens sicherstellen, dass der Lehrberechtigte darin keine Möglichkeit hat, einen Lehrling willkürlich „loszuwerden“. Die Mediation muss also, wenn sie als Mechanismus in diesem Bereich verankert werden soll, so gestaltet sein, dass sie dem Lehrberechtigten einen starken Anreiz gibt, sich aktiv und konstruktiv einzubringen. Nach der derzeitigen Gestaltung ist sie jedoch, wie *Risak* treffend formuliert, genau

⁵⁹⁸ Vgl zum Problem der Grenzen der Mediation etwa *Montada/Kals*, *Mediation*², 294.

⁵⁹⁹ *Burger in Resch*, *Neuerungen*, 17 (35).

gegenteilig ausgerichtet: nämlich so, dass sie dem Lehrberechtigten einen starken ökonomischen Anreiz gibt, sie scheitern zu lassen.⁶⁰⁰

Eine ausdrückliche **Einbringungspflicht** wäre aus rechtlicher Sicht natürlich die einfachste Lösung um den Lehrberechtigten aus seiner teilnahmslosen Position zu locken. Aus Gründen der Bestimmbarkeit und Rechtssicherheit wäre eine umfassende Legaldefinition des Begriffes erforderlich sowie eine derartige Sanktion bei Nichtbefolgung, dass der Lehrberechtigte eine echte Beteiligung am Mediationsverfahren zumindest ernsthaft in Erwägung ziehen wird. Zu denken wäre hier etwa an Strafzahlungen oder den Entzug etwaiger Lehrstellenfördergelder. Auch könnte die völlige Verweigerung der konstruktiven Mitwirkung des Lehrberechtigten an der Mediation eine Hinausschiebung des Auflösungsstermins zur Folge haben, bis hin zur gänzlichen Verwehrung der Lehrvertragsauflösung würde das rechtliche Repertoire – theoretisch – reichen.

e.) Ergebnis

Würde man eine Einbringungsverpflichtung einführen, so wäre das Mediationsverfahren **keine Mediation iSd derzeitigen gesetzgeberischen Mediationsverständnisses** mehr. Die Grundsätze der Neutralität des Mediators und der Freiwilligkeit der Parteien in der Mediation wären durch eine solche zu stark eingeschränkt. Allerdings würde eine solche Verpflichtung das im allgemeinen Anwendungsfeld der Mediation unübliche Machtungleichgewicht der Parteien relativieren. Durch die sanktionierbare Verpflichtung zur Mitwirkung am Mediationsverfahren könnte auch die derzeit eindeutig stärkere Position des Lehrberechtigten im Verfahren des § 15a in die Schranken gewiesen werden: der Lehrberechtigte hätte dann immerhin irgendeinen Anreiz, sich an der Mediation zu beteiligen.

In der Literatur nicht thematisiert wird aus mediationstheoretischer Sicht die Tatsache, dass den **Lehrling** nicht nur keine Einbringungspflicht trifft sondern er **nicht einmal zur Mediation erscheinen muss**. Dies lässt sich wohl damit erklären, dass die Mediation im Auflösungsverfahren des § 15a als Instrument eingeführt wurde, welches vor dem Hintergrund des gerade erwähnten Machtgefälles gerade dem Lehrling eine Verfolgung seiner Interessen ermöglichen soll. Möchte er also über

⁶⁰⁰ Risak, ÖJZ 2012/41, 389 (394).

den Fortbestand seines Lehrverhältnisses sprechen, so kann er hingehen; möchte er dies ohnehin nicht, so muss er auch nicht erscheinen. Seine fehlende Teilnahmeverpflichtung wird aus diesem Grund wohl als wesentlich unproblematischer gesehen als die fehlende Teilnahmeverpflichtung des Lehrberechtigten. Vor allem juristisch erscheint eine solche auch nicht geboten, da sie weder der Schutzzweck des BAG noch andere arbeitsrechtliche Schutzgesetze erfordert.

ME soll dennoch darauf hingewiesen werden, dass es eigentlich nur iS einer wirklich konstruktiven Mediation wäre, bei gesetzlicher Anordnung der Mediation auch beide Medianden gleichermaßen zur Teilnahme zu verpflichten. Auch die Gründe, warum die Fortsetzung des Lehrverhältnisses vom ihm nicht gewünscht wird, könnten ja das Thema der Mediation bilden und damit ebenfalls ganz iS des Gesetzes dazu dienen die Sachlage zu klären.

7.4.2. Ist der Schutzzweck des BAG durch das in § 15a integrierte Mediationsverfahren ausreichend abgesichert?

Wie gerade ausgeführt, hat also der Lehrberechtigte die Möglichkeit, das Lehrverhältnis de facto einseitig aufzulösen. Das derzeitige Mediationsverfahren als definitionsgemäß freiwilliges Verfahren vermag eine Auflösung nicht zu verhindern. Der Mediator hat als neutraler Vermittler nicht die Möglichkeit und auch nicht die Aufgabe, einen offensichtlichen Willen des Lehrberechtigten zu brechen und seine Durchsetzung zu verhindern. Mithilfe kommunikativer Mittel iSd Allparteilichkeit kann der Mediator zwar hie und da einen gewillten Lehrberechtigten zum Einlenken veranlassen, allgemein als gesetzlich vorgesehene Mittel zur Absicherung der rechtlichen Interessen des Lehrlings scheint die Mediation allerdings weniger geeignet.

Es fragt sich also: kann sich der Lehrling – obwohl der Lehrberechtigte gesetzlich dazu in der Lage ist, das Lehrverhältnis nach § 15a de facto einseitig aufzulösen – in die Mediation dennoch derart einbringen, dass darin der Schutzzweck des BAG iSv Absicherung des Fortbestands des Lehrverhältnisses ausreichend zur Geltung kommt? In anderen Worten: ist das freiwillige, nicht förmliche Mediationsverfahren als Plattform zur Verhandlung über die Beendigung eines Lehrverhältnisses überhaupt geeignet?

Der Gesetzgeber hat aus Schutzgründen bei der Kündigung von Arbeitsverträgen durch die Einführung eines allgemeinen Kündigungsschutzes klar zum Ausdruck gebracht, dass eine **vollkommen willkürliche Beendigung eines Arbeitsverhältnisses in gewissen Fällen nicht möglich sein soll**. Die Beurteilung, ob ein solcher Fall vorliegt, legt er dabei in das Ermessen des Betriebsrates sowie letztendlich in die des Gerichtes.

Im Fall der außerordentlichen Auflösung soll das Mediationsverfahren offenbar eine **ähnliche Funktion** übernehmen. Im Unterschied zum allgemeinen Kündigungsschutz wird den Lehrlingen aber keine generelle objektive Überprüfbarkeit der Zulässigkeit der außerordentlichen Auflösung zugestanden. Ob die außerordentliche Auflösung sachgerecht ist entscheidet kein Gericht, die Betroffenen sollen stattdessen im Rahmen der Mediation den Konflikt, der zum Auflösungsentschluss des Lehrberechtigten geführt hat, selbst aufarbeiten. Die „Nachkontrolle“ besteht also im Vorhinein und ist nicht objektiv sondern subjektiv. Auch sind die Ausgangspositionen der Parteien in der Mediation durch die gesetzlich determinierten Beendigungsarten so ungleich stark, dass eine **gleichberechtigte Verhandlung nicht gewährleistet** wird. Dies entspricht dem Schutzzweck des BAG nicht, sondern wirkt ihm sogar direkt entgegen.

Es ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass das Mediationsverfahren vom Gesetzgeber nie dazu gedacht war, dem Lehrling eine objektive und verbindliche Überprüfbarkeit der Auflösung zu bieten⁶⁰¹ – es war vielmehr von Anfang an nur als Teil eines „rundum-sorglos-Paketes“ gedacht gewesen, dass erst durch die **Ausbildungsgarantie** seinen Zweck erfüllen sollte. Diese bietet als ergänzendes Instrument mittelbar den Schutz, den das **isoliert betrachtete Mediationsverfahren gerade nicht bieten kann**: zwar können die davon erfassten Lehrlinge die Auflösung ihres Lehrverhältnisses nicht gerichtlich auf seine mögliche Sozialwidrigkeit hin überprüfen lassen oder im Mediationsverfahren durch gleich starke Ausgangspositionen eine echte Verhandlung über den Fortbestand oder das Ende des Lehrverhältnisses herbeiführen, jedoch haben sie Anspruch darauf vom AMS eine *neue* Lehrstelle vermittelt zu bekommen. Dadurch, dass sie ihre Ausbildung also ohnehin fortsetzen können – wenn auch in einem anderen Betrieb bzw in einer überbetrieblichen Einrichtung – kann das Fehlen eines allgemeinen

⁶⁰¹ *Burger*, ZAS 2010/28, 162 (167).

Kündigungsschutzes, die willkürliche Lösungsmöglichkeit an sich und die ungleiche Machtverteilung in der Mediation zumindest im Ergebnis akzeptiert werden.

Der Ausbildungszweck, nach dem die Fortführung der Ausbildung des Lehrlings bzw die Absicherung der beruflichen Erstausbildung an oberster Stelle steht, kann nur durch diesen ergänzenden sozialen **Auffangmechanismus der Ausbildungsgarantie** als faktisch ausreichend gewahrt angesehen werden. (zur Problematik der davon nicht erfassten volljährigen Lehrlinge im zweiten Bildungsweg siehe Pkt 6.3.4.) Dass die Mediation in diesem Mechanismus eine reine Formalvoraussetzung darstellt und sie ihr Potenzial als Verfahren zur Selbstregulierung des Konfliktes gerade nicht entfalten kann, da die Verhandlung der Parteien für den Ausgang des Verfahrens durch die gesetzliche Übermacht des Lehrberechtigten letztlich irrelevant ist, ist dennoch stark zu kritisieren.

7.4.3. Ist das Erfordernis der Einholung einer gerichtlichen Zustimmung im Falle einer außerordentlichen Auflösung bei besonderem Bestandschutz des Lehrlings nach der Durchführung einer Mediation eine sinnvolle Konstruktion?

Wie bereits aus rechtlicher Sicht bearbeitet, wurde für die außerordentliche Auflösung zwar kein allgemeiner Kündigungsschutz, jedoch eine Reihe von besonderen Bestandschutzvorschriften angeordnet. Gem § 15a Abs 8 ist auf sie der besondere Kündigungsschutz nach dem MSchG, VKG, APSG, BEinstG und für Mitglieder des Betriebs- bzw Jugendvertrauensrates nach dem ArbVG anzuwenden.

a.) Problem

Nach einer Aussprache und Einigung auf die Auflösung in der Mediation ist also noch zusätzlich eine arbeits- und sozialgerichtliche Zustimmung zur Rechtswirksamkeit der außerordentlichen Auflösung von Lehrverhältnissen besonders bestandgeschützter Personen notwendig. Abgesehen vom teilweise unklar umrissenen Personenkreis des Bestandschutzes nach dem ArbVG und dem möglicherweise entstehenden Zeitproblem, so stellt sich ganz generell die Frage, ob eine solche Konstruktion sinnvoll ist.

b.) Eigene Ansicht

Dem Mediationsverfahren wird einerseits die grundsätzliche Kompetenz zugesprochen, eine Plattform zu sein auf der alle Interessen gegeneinander abgewogen und diskutiert werden, wo situationsgerechte und zukunftsorientierte win-win-Lösungen geschaffen werden können. Andererseits möchte der Gesetzgeber für besonders schutzbedürftige Lehrlingsgruppen doch noch zusätzlich die Sicherheit einer nachgeschalteten gerichtlichen Zustimmungspflicht. Das Gericht hat dabei der außerordentlichen Auflösung in seinem Urteil nur dann zuzustimmen, wenn es den in der Klage jeweils geltend gemachten Grund, aus dem nach dem Gesetz trotz eines besonderen Bestandschutzes des Lehrlings eine Auflösung zulässig sein soll, erfüllt sieht.

Im Ergebnis ist die Konstruktion, dass nach dem Mediationsverfahren doch noch eine gerichtliche Zustimmung erforderlich ist, ein Wertungswiderspruch des Gesetzgebers. Wenn die Mediation nach dem Gesetzgeber ja gerade dazu gedacht und geeignet ist, willkürliche Auflösungen⁶⁰² zu verhindern und die Sachlage zwischen den Parteien zu klären, warum ordnet er dann in besonderen Fällen doch eine objektive Überprüfbarkeit der Auflösung an um sicherzugehen, dass die Auflösung auch wirklich nicht willkürlich war? Und: was bedeutet dies für den Wert der Mediation, wenn ihr Ergebnis in bestimmten Fällen noch einer gerichtlichen Nachkontrolle unterzogen wird?

Die Anordnung einer gerichtlichen Nachkontrolle des Mediationsergebnisses im Fall besonders bestandgeschützter Lehrlinge spricht der Lehrlingsmediation ihre Eignung als adäquater Mechanismus zur Wahrung der Interessen *aller* Parteien im Verfahren der Lehrvertragsauflösung ab. Der Gesetzgeber selbst bringt damit zum Ausdruck, dass die Mediation nach ihrer derzeitigen Gestaltung in bestimmten Fällen nicht notwendigerweise dazu geeignet ist, einem gewissen Rechtsschutzbedürfnis gerecht zu werden; und damit die Sicherheit der objektiven gerichtlichen Überprüfung in den Fällen des besonderen Bestandschutzes weiterhin notwendig ist.

Die **Verhandlung in der Mediation** ist uU dadurch **obsolet**, dass das Gericht letztlich über die Zulässigkeit der Beendigung des Lehrverhältnisses entscheidet. Denn entscheiden sich etwa beide Medianden nach eingehender Diskussion und

⁶⁰² ErläutRV 505 B1gNr 23. GP 5.

umfassender Aussprache in der Mediation für eine Auflösung nach § 15a (anders natürlich im Fall der Vereinbarung einer einvernehmlichen Auflösung unter der Einhaltung aller dafür notwendigen Formvorschriften!), so kann es sein, dass das Gericht zu dem Ergebnis kommt, dass sie trotzdem nicht zulässig ist – etwa weil es den notwendigen Auflösungsgrund nicht erfüllt sieht. Das Gericht ist an die taxativ aufgezählten jeweiligen Beendigungsgründe gebunden und kann auch trotz dem erklärten Willen beider Parteien zur Auflösung nicht anders entscheiden. Das ganze Verfahren des § 15a wird so zum zeitraubenden Unterfangen, an dessen Ende die außerordentliche Auflösung erst recht scheitert und der Lehrling einseitig die Lehrvertragsbeendigung gem § 15 Abs 4 erklären muss oder eine einvernehmliche Auflösung vereinbart werden muss.

Es stellt sich die Frage, ob eine umgekehrte Konstruktion – die Einholung der **gerichtlichen Zustimmung zur allfälligen Lehrvertragsauflösung vor der Mediation** – sinnvoller wäre. Würde also ein Lehrberechtigter das Lehrverhältnis mit einem besonders bestandgeschützten Lehrling auflösen wollen, so müsste er – etwa zeitgleich mit der Bekanntgabe der Auflösungsabsicht an den Lehrling und die Lehrlingsstelle – die gerichtliche Zustimmung in Form eines stattgebenden Urteils noch vor der Einleitung des Mediationsverfahrens einholen. Da ein solches rechtsgestaltendes Urteil dem Lehrberechtigten lediglich die Möglichkeit gibt, die Auflösung dann auszusprechen, wenn auch die nach anderen Bestimmungen maßgeblichen Voraussetzungen gegeben sind und alle Verfahrensschritte eingehalten wurden⁶⁰³, müsste danach das Verfahren des § 15a noch termin- und fristgerecht durchgeführt werden. Alle möglichen Ergebnisse des Mediationsverfahrens wären damit schon im Vorhinein gerichtlich abgesegnet. Die Entscheidungsfreiheit der Medianten im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten wäre gewährleistet. Ebenso wäre die vollkommene Willkür des Lehrberechtigten bei der außerordentlichen Auflösung (nämlich durch die Kontrolle des Gerichtes, ob der ins Treffen geführte gesetzliche Grund zur Auflösung tatsächlich vorliegt) beseitigt. Wird die gerichtliche Zustimmung im Vorhinein verweigert, so würde der Lehrberechtigte wohl ein Mediationsverfahren im Rahmen des § 15a gar nicht mehr einleiten, da eine Auflösung nicht mehr möglich ist.

⁶⁰³ *Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG-ON, § 120 Rz 119.*

Ein **Umkehren der Voraussetzungskette** wäre also unter den gegebenen Umständen wohl die sinnvollere iSv **kostengünstigere** und pragmatischere Variante; das Problem, dass der Mediation in ihrer derzeitigen gesetzlichen Ausgestaltung – womöglich berechtigterweise – im Auflösungsverfahren keine umfassende Eignung als alleinige Entscheidungsplattform über den Fortbestand des Lehrverhältnisses zugesprochen wird, ist dadurch jedoch nicht als gelöst anzusehen. Das Gericht entscheidet im einen Fall im Vorhinein ob überhaupt eine Mediation durchgeführt werden darf und im anderen Fall prüft es im Nachhinein ob deren Ergebnis rechtswirksam werden kann.

7.4.4. Zusammenfassung

An der Schnittstelle zwischen Recht und Mediation zeigt sich: sobald man nicht nur Gruppen- oder Berufsinteressen, sondern die größere Idee einer neuen Konfliktordnung im Auge hat scheint ein **toleranter Umgang mit dem Mediationsbegriff** angebracht.⁶⁰⁴ Die mitunter in der (vor allem deutschsprachigen) Mediationsliteratur eher streng betrachteten Anforderungen an die Freiwilligkeit müssen, wenn die Mediation als Verfahren im Bereich der Lehrvertragsauflösung beibehalten werden soll, jedenfalls weit ausgelegt und etwa zugunsten einer Art von Einbringungsverpflichtung des Lehrberechtigten herabgesetzt werden, **damit auch dem Schutzzweck des BAG möglichst ausreichend Rechnung getragen werden kann**. Diesem trägt das Mediationsverfahren nach seiner derzeitigen Gestaltung nämlich keine Rechnung, lediglich die Ausbildungsgarantie kann das Problem der willkürlichen Auflösung praktisch beseitigen.

Die Tatsache, dass nach der Durchführung der Mediation in bestimmten Fällen noch eine gerichtliche Zustimmung zur rechtswirksamen außerordentlichen Auflösung notwendig ist, komplettiert das Bild vom **kompromisshaften Charakter**⁶⁰⁵ der neuen Kombination von Mediation und Recht: wenngleich der Mediation ein großes Potenzial zur Konfliktlösung und der Findung parteiengerechter Entscheidungen eingeräumt wird, so soll im Bereich der Lehrvertragsauflösung doch das Gericht in den „heiklen Fällen“ das letzte Wort haben.

⁶⁰⁴ Schlieffen in *Haft/Schlieffen*, Mediation, § 7 Rz 26.

⁶⁰⁵ Mayr, Die Zwangsmediation in FS Binder, 199 (308).

7.5. Sinnvolle Gestaltung der Lehrlingsmediation?

Die Frage, ob die Mediation an sich dazu geeignet ist, im Verfahren der Lehrvertragsauflösung als wesentlich tragendes Element eingeführt zu werden, ist eine sehr diffizile und vielschichtige. Mit definitiver Sicherheit kann mE vor dem Hintergrund der bisherigen Darstellungen gesagt werden, dass **die Mediation in ihrer klassischen Form kein geeignetes alleiniges Instrument zur Entscheidung über die Auflösung eines Ausbildungsverhältnisses ist.** Die Mediation ist ein Konfliktlösungsverfahren, in der ein neutraler Vermittler zwei grundsätzlich kooperative Medianden bei der Findung einer autonomen und situativ passenden sowie zukunftsorientierten Lösung unterstützt. Sie dient zur Selbstregulierung eines Konfliktes. Im besonderen Fall eines Lehrlings, der einem Lehrberechtigten in einer Entscheidung gegenübertritt, die von so gravierender rechtlicher und individuell-sozialer (nicht zuletzt auch generell sozialpolitischer) Bedeutung ist, kann sie der Situation alleine gar nicht gewachsen sein. Zusätzliche Maßnahmen und Verfahrensgestaltungen müssen sicherstellen, dass die Mediation den rechtlichen Besonderheiten ihres Anwendungsgebietes (Stichwort: Ausbildungszweck) nicht entgegenwirkt und sie untergräbt, sondern vielmehr fördert und unterstützt.

Nicht nur die Einhaltung und Beachtung der Prinzipien der Mediation muss bei der Schaffung einer solchen Hybridform zwischen Recht und Mediation überprüft werden (wie dies bisher in der Literatur überwiegend getan wurde), auch die Prinzipien, Schutzzwecke und die Erfordernisse die sich aus dem Umfeld der betreffenden Rechtsnorm ergeben müssen in diese Mischform miteinfließen.

Die derzeitige Konstruktion des Mediationsverfahrens geht eindeutig zu Lasten des Lehrlings. Dies geht nicht nur aus den bisherigen Ausführungen dieser Arbeit hervor, sondern auch aus den in der Literatur bereits zahlreich geäußerten Kritikpunkte.⁶⁰⁶ Auf Kosten des Schutzzweckes des BAG wird eine willkürliche Auflösung des Lehrverhältnisses trotz der bisherigen rechtspolitischen Hemmschwelle zu seiner Kündigungsmöglichkeit⁶⁰⁷ geradezu gefördert. Ist der Gesetzgeber also der Meinung, dass die Mediation in das Recht – konkreter noch, in das Berufsausbildungsrecht – als gesetzlich zwingender Mechanismus im Vertragsauflösungsverfahren einführbar ist,

⁶⁰⁶ Vgl etwa *Burger in Resch*, Neuerungen, 17; *Mayr*, Die Zwangsmediation in FS Binder, 199; *Burger*, ZAS 2010/28, 162; *Maska*, eolex 2009, 153.

⁶⁰⁷ Von dieser spricht auch *Burger in Resch*, Neuerungen, 17 (52).

so muss er durch entsprechende Bestimmungen sicherstellen, dass die elementaren Grundsätze beider Systeme **im Ergebnis zu einer sachgerechten Konstruktion führen.**

Es stellt sich also die Frage, inwiefern die Lehrlingsmediation **umgestaltet** werden muss, damit sie sich auch theoretisch und praktisch erfolgreich behaupten kann. Dabei muss sich die Mediation als Konfliktlösungsmechanismus in erster Linie den rechtlichen Anforderungen und Notwendigkeiten des Berufsausbildungsrechts adäquat anpassen. Außerdem müssen auch die tatsächlichen Gegebenheiten der Konfliktlösungskultur im österreichischen Arbeitsrecht berücksichtigt werden. Beides wurde mE bei der Gestaltung und Einführung der außerordentlichen Auflösung vom Gesetzgeber nicht bzw nicht ausreichend beachtet.

7.5.1. Anpassung an die rechtlichen Notwendigkeiten

Nicht nur persönliche Interessen der Medianden stehen im Fall der Lehrlingsmediation hinter dem Konflikt und seiner möglichen Lösung. Aus der Eingliederung des Lehrverhältnisses in die staatliche Ausbildung spielen auch rechtspolitische und soziale Erwägungen für die Frage der Auflösbarkeit eine Rolle. Die Dichte der Regelungen im Berufsausbildungsrecht zeigt: der Parteienautonomie sind im Hinblick auf die freie Gestaltung und Beendigung des Lehrverhältnisses enge Grenzen gesetzt. Dominiert vom allgegenwärtigen Schutzzweck des BAG lassen seine Bestimmungen den Rechtsunterworfenen wenig Spielraum, größtenteils gibt der Gesetzgeber vor, was in diesem speziellen Fall des Arbeits- und Ausbildungsverhältnisses zulässig und damit situationsgerecht ist.

Ohne an dieser Stelle auf die generelle rechtspolitische Problematik der Einführung einer zusätzlichen Lösungsmöglichkeit im Lehrverhältnis einzugehen, so zeigt sich: die Mediation als Verfahren im Bereich der Berufsausbildung muss nicht nur an ihren eigenen Maßstäben gemessen werden. Sie muss auch **dem Ausbildungszweck des Lehrverhältnisses entsprechend eine der allgemeinen arbeitsrechtlichen Systematik angepasste Sonderform annehmen, die eine willkürliche Vertragsauflösung effektiv hintanhalten kann.**

Ein Mediationsverfahren ist im Lehrvertragsauflösungsverfahren mE nur dann sinnvoll, wenn zwei wesentliche Punkte durch entsprechende gesetzliche Ausgestaltung sichergestellt sind: einerseits die Gewährleistung einer echten,

möglichst gleichberechtigten und ergebnisoffeneren Verhandlung in der Mediation. Andererseits die Absicherung des Ausbildungs- und Schutzzweckes; dies entweder durch eine Art von Sachlichkeitskontrolle vor bzw im Verfahren oder durch spezielle Rechtsfolgen, wie etwa die Ausbildungsgarantie, welche mE eine an sich gute Möglichkeit zur Wahrung des Ausbildungszweckes im Lehrverhältnis darstellt.

7.5.2. Konkrete Vorschläge zur Umgestaltung

- In diesem Zusammenhang bereits diskutiert wurde **eine sanktionierbare und damit griffige Einbringungspflicht** des Lehrberechtigten in der Mediation. Eine solche wäre juristisch problemlos einführbar: es könnte etwa in das Ermessen des alleinig beendigungsbefugten Mediators gestellt werden zu entscheiden, ob der Lehrberechtigte sich in der Mediation wirklich ausreichend kooperativ und verhandlungsbereit gezeigt hat und alle Möglichkeiten einer Fortführung ernsthaft diskutiert wurden, bevor er die Mediation für beendet erklärt und die außerordentliche Auflösung damit gewissermaßen „genehmigt“. Mediationstheoretisch würde dies dazu führen, dass nicht nur die Freiwilligkeit der Parteien eingeschränkt wird sondern auch der Mediator seine Rolle als neutraler Vermittler aufgibt und eher eine Schiedsrichterfunktion einnimmt. Vor dem besonderen rechtlichen Hintergrund der Mediation könnte eine solche Einbringungspflicht aber wesentlich dazu beitragen, den Lehrberechtigten aus seiner (rechtlich konstruierten) siegessicheren und damit unkooperativen Ecke zu locken und ihn zur echten Verhandlung aller Möglichkeiten zu bringen. Es wäre das Mediationsverfahren des § 15a mit einer Einbringungspflicht der Medianden also keine reine Mediation iSd ZivMediatG mehr, allerdings ein **mediatives Verfahren**, welches auf deren Machtungleichgewicht und die rechtlich ungleichen Ausgangspositionen einen positiven und dialogfördernden Einfluss hätte.

- Eine andere mögliche Verbesserung der derzeitigen Situation wäre es etwa auch, den Vorschlag der AK umzusetzen: diese hatte bereits in ihrer Stellungnahme zum ME die Einführung von **min fünf Mediationsterminen** als Voraussetzung für die außerordentliche Auflösung gefordert.⁶⁰⁸ Auch an die Einführung einer bestimmten Mindestdauer für die Mediationssitzung(en) in Form von Stunden wäre zu denken. Zwar könnte eine aktive Mitwirkung des Lehrberechtigten an der Mediation auch so nicht sanktioniert werden, jedoch kann man davon ausgehen, dass der

⁶⁰⁸ SN 18/162 ME 23. GP 8.

Lehrberechtigte bei fünf verpflichtenden Terminen oder mehreren Stunden verpflichtender Anwesenheit wohl wesentlich mehr Anreiz hat, die Zeit auch sinnvoll zu nützen, anstatt nur (plakativ ausgedrückt) stillschweigend mit verschränkten Armen das Ende der Mediationssitzung abzuwarten.⁶⁰⁹ Auch wäre eine solche intensive terminliche bzw zeitliche Verpflichtung noch mit dem weit ausgelegten Prinzip der Freiwilligkeit iSd ZivMediatG zu vereinbaren.

- Mit beiden Vorschlägen einher geht die Forderung das **generelle Zeitfenster** für die Mediation **auszubauen**. Dabei wäre bspw der Vorschlag des *ÖBM* zu begrüßen, nach dem durch eine einfache Umgestaltung der Verfahrensfristen und Termine zehn Werktage mehr für die Mediation zur Verfügung stehen könnten.⁶¹⁰ Damit würde sich die Zeit zur Durchführung des Mediationsverfahrens um rund ein Drittel verlängern ohne dabei das Gesamtverfahren noch weiter in die Länge zu ziehen.

- Um auf die allgemeinen Gegebenheiten des österreichischen Arbeitsrechts und seiner Konfliktmechanismen adäquat Rücksicht zu nehmen könnte auch eine **Einbindung der Interessenvertretungen** in die Lehrlingsmediation erfolgen. Denn wie *Schlieffen* ganz generell anmerkt besteht die Gefahr, dass das Anbieten einer allzu orthodoxen und unangepassten Mediation in Bereichen, die bis dahin stark von rechtlichen Verfahren geprägt waren, dazu führen kann, dass keiner die neue Mediation haben will.⁶¹¹ *Risak* spezifiziert diesen Ansatz für den Bereich des Arbeitsrechts und weist auf eine diesbezüglich bedeutsame österreichische Besonderheit hin: die Tendenz zur Kollektivierung von Konflikten. Demnach hat sich in weiten Bereichen eine Konfliktlösungskultur etabliert, die Konflikte im Arbeitsleben kollektiviert und das Machtungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien durch die Hebung um ein oder zwei Stufen (auf Ebene des Betriebsrats oder der überbetrieblichen Interessenvertretung) ausgleicht. Durch die regelmäßige Abgabe ihrer Konflikte an ihre Interessenvertretung kommt den betroffenen Arbeitnehmern also selbst idR nur eine sehr eingeschränkte Rolle bei deren Lösung zu. Diese Vorgehensweise widerspricht ganz offensichtlich den Prinzipien der Mediation. *Risak* schlägt daher ebenfalls die Anpassung der Mediation an diese besonderen Rahmenbedingungen vor und gibt zu Bedenken, dass ohne eine Akzeptanz der Interessenvertretungen die Mediation weiterhin ein „*exotischer*

⁶⁰⁹ *Burger* in *Resch*, Neuerungen, 17 (35).

⁶¹⁰ SN 9/162 ME 23. GP 2.

⁶¹¹ *Schlieffen* in *Haft/Schlieffen*, Mediation, § 7 Rz 48.

Fremdkörper“ im stark von korporatistischen Strukturen geprägten österreichischen Arbeitsrecht bleiben wird.⁶¹²

- Möglich wäre dahingehend etwa die Einrichtung einer speziellen **Mediationsstelle**, bspw bei den Lehrlingsstellen, welche im Rahmen einer Co-Mediation mit der Durchführung der Lehrlingsmediationen betraut wird. Die Einbindung der Lehrlingsstellen wäre eine systemkonforme Weiterentwicklung iSd (unter Pkt 2.2.2. bereits dargestellten) „one-stop-shop“ Prinzips und würde dem Trend der letzten Novellierungen des BAG folgen. Die Mediatorenteams könnten dabei aus jeweils einem **speziell geschulten Vertreter der AK und der WK** zusammengesetzt werden. Die Mitwirkung der Interessenvertretungen im Konfliktlösungsverfahren um die Lehrvertragsauflösung wäre somit gewahrt, und ihre neue, an das Prinzip der Allparteilichkeit angelehnte Rolle würde dazu führen, dass den Beteiligten ein ganzes Stück weit die Kompetenz zur eigenen Konfliktlösung zurückgegeben werden kann.

Durch eine mediationstheoretisch unübliche, arbeitsrechtlich aber speziell abgestimmte **Neuorientierung des Mediatorbegriffes** könnte möglicherweise auch die Kompliziertheit des Verfahrens für die Rechtsunterworfenen beseitigt werden. Es wäre etwa daran zu denken, dass diesen speziell geschulten Co-Mediatoren die „Organisation“ des Verfahrens zukommt und sie die Parteien im Auflösungsverfahren „an der Hand nehmen“: sie könnten für die Einhaltung der Fristen durch Terminvorgaben sorgen und sich um sämtliche Mitteilungen über den Beginn und das Ende der Mediation kümmern. Auch die nötigen gerichtlichen Belehrungen bei besonderem Bestandschutz und einvernehmlicher Auflösung könnten dadurch entfallen, da die beiden Mediatoren als Mitglieder der jeweiligen Interessenvertretungen in einem gemeinsamen Gespräch mit den Medianden eine Art Rechtsauskunft und Aufklärung über die Konsequenzen der einzelnen Ergebnisse der Mediation geben könnten.

Aus mediationstheoretischer Sicht iSd ZivMediatG wäre dies natürlich gleich aus mehreren Aspekten problematisch – Stichwort Freiwilligkeit, Neutralität und Allparteilichkeit, fehlende Förmlichkeit des Verfahrens. Zu bedenken ist allerdings, dass eine solche **mediative Sonderform** auch **zur breiten Akzeptanz der Mediation an sich** führen könnte. Nicht nur im Bereich der Interessenvertretungen, auch unter deren Mitgliedern könnte damit eine Trendwende im Arbeitsrecht hin zur

⁶¹² Risak, ÖJZ 2012/41, 395.

autonomen Konfliktlösung mittels mediativer Methoden wesentlich unterstützt und langfristig möglicherweise sogar erreicht werden.

Fest steht jedenfalls: durch die Einführung des § 15a in seiner derzeitigen Form wurde der Weg der Mediation von der „Alternative“ zu einem **neuen Element des etablierten Rechtssystems**⁶¹³ noch nicht geebnet.⁶¹⁴ Dafür sprechen nicht nur die aktuellen Zahlen der WKO, nach denen sich die außerordentliche Auflösung mit ihrer Lehrlingsmediation keiner allzu großen Inanspruchnahme erfreut. Auch mediationstheoretisch kann die Eingliederung kritisiert werden. Die problematische Konstruktion der Mediation als reine Formalvoraussetzung und Durchlaufstation auf dem Weg zur außerordentlichen Auflösung, in die sich der Lehrling nach der derzeitigen gesetzlichen Ausgestaltung nicht annähernd adäquat einbringen kann, kann praktisch nur durch die Ausbildungsgarantie abgedeckt werden.

⁶¹³ *Schlieffen* in *Haft/Schlieffen*, Mediation, § 7 Rz 66.

⁶¹⁴ So auch *Risak*, ÖJZ 2012/41, 395.

8. Ergebnis

Im abschließenden Kapitel werden im Rahmen der Beantwortung der Forschungsfragen die Ergebnisse dieser Arbeit angeführt und zusammengefasst. Ein kurzer Ausblick aus juristischer und mediationstheoretischer Sicht soll aufzeigen, wie sich diese Ergebnisse theoretisch und praktisch auswirken können.

8.1. Beantwortung der Forschungsfragen

Die im Verlauf der Arbeit dargestellten Probleme und erarbeiteten Ergebnisse sollen nun im Hinblick auf die anfänglich gestellten Forschungsfragen dargelegt werden und dabei auch in Beziehung zueinander gesetzt werden.

8.1.1. Forschungsfrage 1

„Welche juristischen Probleme ergeben sich aus der konkreten Ausgestaltung des § 15a BAG im Hinblick auf das Rechtsinstitut der außerordentlichen Auflösung und das darin vorgesehene Mediationsverfahren und welche Möglichkeiten zu deren Beseitigung gibt es?“

Nach der Bearbeitung der außerordentlichen Auflösung ergibt sich ein recht umfangreicher Katalog an rechtlichen Problemen. Diese resultieren aus unklaren bzw unvollständigen Formulierungen des Gesetzeswortlautes, aus dem gänzlichen Fehlen notwendiger Bestimmungen, aus der Einführung von schlichtweg rechtswidrigen Bestimmungen und mit all diesen Fällen weitgehend zusammenhängend: aus der Konstruktion der außerordentlichen Auflösung als eigenständige Rechtsform, obwohl sie materiell eine Kündigung ist.

- **Unklarheit über die Rechtsfolgen einer unzulässigen außerordentlichen Auflösung:** in der Lehre besteht Uneinigkeit über die genauen Rechtsfolgen einer unzulässigen außerordentlichen Auflösung. Nach einem Teil der Lehre⁶¹⁵ bleibt das unzulässig aufgelöste Lehrverhältnis auch über den angesteuerten Auflösungszeitpunkt hinaus bestehen und entfaltet keine Rechtswirkungen. Nach einem anderen Teil der Lehre⁶¹⁶ beendet die unzulässige außerordentliche Auflösung zwar das Lehrverhältnis, löst jedoch einen Schadenersatzanspruch des Lehrlings gem § 1162b ABGB aus. ME hat ein Lehrling, dessen Lehrverhältnis unzulässigerweise außerordentlich aufgelöst wurde, ein Wahlrecht zwischen der Geltendmachung des

⁶¹⁵ So etwa *Burger*, ZAS 2010, 162 (169); *Winkler*, ZAS 2008, 244 (247).

⁶¹⁶ *Rauch*, ASoK 2009, 23 (23).

aufrechten Bestands des Lehrverhältnisses und der Fügung in die Beendigung samt Schadenersatzanspruch gem § 1162 ABGB analog.

- **Auflösungstermine- und fristen: Dauer der Lehrzeit?** In der Lehre umstritten ist was unter der „Dauer der Lehrzeit“ als Parameter für die konkret möglichen Auflösungstermine zu verstehen ist. In Frage kommt einerseits die individuell-konkrete Lehrzeit des Lehrvertrags oder die generell-abstrakte Dauer der Lehre laut Berufsbild. Praktisch relevant ist diese Unterscheidung vor allem in Fällen anrechenbarer Vorlehr- oder Schulzeiten. Nach der hL⁶¹⁷ ergibt sich aus dem Verweis des Gesetzgebers in § 15a Abs 1 auf die festgelegte Dauer der Lehrzeit von „*drei, dreieinhalb oder vier Jahren*“, dass darunter jedenfalls – also auch in jenen Fällen, in denen die Dauer des Lehrverhältnisses von der Lehrzeit der Berufsbilder abweicht – die generell-abstrakte Dauer der Lehrzeit iSd § 6 zu verstehen ist; nach einer anderen Ansicht⁶¹⁸ ist im Falle durch anrechenbare Zeiten verkürzter Lehrverhältnisse die individuell-konkrete Dauer zur Bestimmung der Auflösungstermine heranzuziehen. ME ist der hL zu folgen, die auch auf jene Lehrverträge anzuwenden ist, die im Rahmen einer integrativen Berufsausbildung gem § 8b Abs 1 (integrative Lehrausbildung mit verlängerter Lehrzeit) abgeschlossen wurden.

- **Auflösungstermine- und fristen: Auflösungstermine bei abweichenden Lehrzeiten?** Im Fall von Doppellehren kann es sein, dass ihre nach den Bestimmungen des § 6 Abs 2 berechnete Dauer von der Lehrzeit den im § 15a Abs 1 2. Fall aufgezählten Lehrzeiten – also jenen, bei denen ein zweiter Auflösungstermin zur Verfügung stehen soll (drei, dreieinhalb oder vier Jahre) – abweicht. Es stellt sich daher die Frage, ob ein Ausbildungsübertritt zum zweiten im Gesetz genannten Termin (Ablauf des 24. Monats der Lehrzeit) überhaupt möglich ist, da dies aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht eindeutig hervorgeht. ME ist hier der Ansicht von *Burger*⁶¹⁹ zu folgen, nach dem diese zeitlich abweichenden Lehrverhältnisse auch zum zweiten Termin auflösbar sind, sofern ihre nach den Regeln des § 6 Abs 2 errechnete Lehrzeit mehr als drei Jahre beträgt.

- **Auflösungstermine- und fristen: mögliche Frist- und Terminkollisionen?** Im Laufe des Auflösungsverfahrens kann es sein, dass innerhalb der unter 4.1.3.

⁶¹⁷ So zB *Burger*, ZAS 2010, 162 (162); *Schrank*, ASR³⁵, 72/II.

⁶¹⁸ *Spitzl* in ZellKomm², § 15a BAG Rz 5; *Winkler*, ZAS 2008, 244 (245).

⁶¹⁹ *Burger* in *Resch*, Neuerungen, 17 (25).

dargestellten 14-tägigen Widerrufsfrist für die Ablehnungserklärung des Lehrlings auch noch andere vom Lehrberechtigten zu berücksichtigende Fristen ablaufen bzw diese mit zwingend einzuhaltenden Terminen kollidiert. So kann es sein, dass aufgrund einer erst kurz zuvor erfolgten schriftlichen Ablehnungserklärung des Lehrlings die 14-tägige Widerrufsfrist zu jenem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen ist, in dem zwecks Terminwahrung bereits mit der Auswahl und der **Beauftragung des Mediators** begonnen werden muss. Auch ist es denkbar, dass der Lehrling kurz vor Beendigung des Mediationsverfahrens durch Zeitablauf seine weitere Teilnahme am Mediationsverfahren schriftlich ablehnt, woraufhin der Lehrberechtigte die Beauftragung des Mediators zurückzieht und die außerordentliche Auflösung erklärt. Widerruft in einem solchen Fall der Lehrling seine Ablehnungserklärung danach noch innerhalb der 14-tägigen Frist und vor dem Auflösungsstermin, so hat dies zur Folge, dass die Auflösungserklärung des Lehrberechtigten unwirksam wird.

Im Zusammenhang mit der Widerrufsfrist ergibt sich ein weiteres Problem: weder ihr **frühestmöglicher** noch ihr **spätestmöglicher** Zeitpunkt werden bestimmt. Im Wege der Auslegung gelangt man mE zu dem Ergebnis, dass diese Ablehnung erst nach der Mitteilung der Auflösungsabsicht zulässig, danach aber in jedem Zeitpunkt des Verfahrens möglich ist.

- **Schriftform- und Zustimmungserfordernisse: unklare Anordnung der Schriftform?** Im Verfahren der außerordentlichen Auflösung gem § 15a ist nur für zwei Erklärungen ausdrücklich die Schriftform erforderlich: zum einen für die eigentliche Auflösungserklärung, zum anderen für die Ablehnungs- bzw Widerrufserklärung des Lehrlings. Dieses Schriftformgebot iSv Unterschriftlichkeit erfüllen mE auch Auflösungs Erklärungen, die dem Lehrberechtigten per Telefax oder E-Mail in Kopie übermittelt werden, sofern das **Originaldokument die eigenhändige Unterschrift** des Lehrlings (bzw des Lehrberechtigten im Falle der Auflösung durch ihn) trägt.⁶²⁰ Die derzeitige gesetzliche Ausgestaltung dieser Erklärungs- und Mitteilungspflichten sowie ihrer Formvorschriften lässt daher zu wünschen übrig. Aufgrund der nur vereinzelt angeordneten Schriftform sollte mE im Sinne einer zweckdienlichen aber dennoch praktikablen Lösung ein **generelles Schriftformerfordernis** für alle Erklärungen und Mitteilungen des Verfahrens im § 15a selbst eingeführt werden.

⁶²⁰ AA Gittenberger, DRdA 2008, 58.

- **Schriftform- und Zustimmungserfordernisse: Zustimmung des gesetzlichen Vertreters im Falle einer Erklärung gem § 15a Abs 6?** Gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt ist, ob die im Mediationsverfahren abgegebene Erklärung eines mj Lehrlings gem § 15a Abs 6 nicht weiter auf der Fortsetzung des Lehrverhältnisses zu bestehen, zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf. Diese Erklärung ist nach der hL⁶²¹ als bloße Erklärung der Hinnahme der beabsichtigten Auflösung durch den Lehrberechtigten zu verstehen und daher **nicht** zustimmungsbedürftig. Der hL ist mE zu folgen. Ebenso zu thematisieren ist, ob die **schriftformgebundene Ablehnungserklärung** mj Lehrlings gem § 15a Abs 3 eines an die Zustimmung seines/seiner gesetzlichen Vertreter/s gebunden ist. Dies ist gesetzlich nicht ausdrücklich festgelegt, mE aber ebenso nicht zustimmungsbedürftig.
- **Vorgehen bei Ablehnung des Mediationsauftrags durch den gem § 15a Abs 5 ermittelten Mediator?** Gesetzlich nicht geregelt und damit unklar ist ebenso, wie bei einer Ablehnung des Mediationsauftrags durch den gem § 15a Abs 5 ordnungsgemäß ermittelten Mediator vorzugehen ist. Nach *Spitzl*⁶²², dem mE zu folgen ist, ergibt sich, dass bei Ablehnung des Mediationsauftrags durch den Mediator einfach mit einem neuen Auswahlverfahren zu beginnen ist.
- **Krankenstand des Lehrlings:** befindet sich der Lehrling zum Zeitpunkt der Erklärung der sog Absichtsmitteilung des Lehrberechtigten im Krankenstand, so verhindert dies **nicht** die Einleitung des Auflösungsverfahrens. Ebenso wirkt sich nach der hL⁶²³ ein späterer Krankenstand des Lehrlings nicht auf die für die Mediation zur Verfügung stehende Zeit aus; das für die Mediation zur Verfügung stehende Zeitfenster wird durch ihn nicht verlängert, die ex lege-Beendigung der Mediation durch ein Fehlen des kranken Lehrlings beim Mediationsgespräch nicht verhindert. Der hL widersprechend muss mE hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen zwischen einer gerechtfertigten Abwesenheit von der Mediation und einem unbegründeten Fernbleiben unterschieden werden. Im Falle der **gerechtfertigten Abwesenheit** von der Mediation beginnt die gesetzlich vorgesehene Zeit für die Durchführung der Mediation (drei Wochen) ab Wegfall des Verhinderungsgrundes

⁶²¹ *Burger in Resch*, Neuerungen, 17 (37); *Spitzl in ZellKomm*², § 15a BAG Rz 13.

⁶²² *Spitzl in ZellKomm*², § 15a BAG Rz 10.

⁶²³ *Burger in Resch*, Neuerungen, 17 (42-43); ebenso *Rauch*, ASoK 2008, 350 (354).

erneut zu laufen. Wird einem teilnahmebereiten Lehrling in dieser Zeit kein (neues) Mediationsgespräch ermöglicht, so ist die Auflösung als unzulässig anzusehen.

- **Krankenstand des Lehrlings: sinnvolle Anordnung der Entgeltfortzahlung?**

Im Zusammenhang mit der Entgeltfortzahlung gem § 17a Abs 8 im Falle einer Dienstverhinderung des Lehrlings während einer außerordentlichen Auflösung vertritt *Burger*⁶²⁴ die Ansicht, dass die Entgeltfortzahlung entgegen dem Wortlaut des Gesetzes an die Erklärung der Auflösungsabsicht geknüpft sein soll. Daraus ergibt sich das Problem, dass die Regelung der Entgeltfortzahlung aufgrund der langen Dauer des Auflösungsverfahrens weitgehend keinen Anwendungsbereich findet. Dies ist mE nicht nachvollziehbar; die Anknüpfung an die Erklärung der Auflösungsabsicht anstelle der Auflösungserklärung ist vom eindeutigen Wortlaut des § 17a Abs 8 nicht gedeckt.

- **Das Problem der Verschwiegenheit der Vertrauensperson und des gesetzlichen Vertreters:**

sowohl der Lehrberechtigte als auch der Mediator und der Lehrling sind bezüglich gewisser Informationen gesetzlich zur Verschwiegenheit verpflichtet. Bezüglich der Vertrauensperson kann mE aus dem Wesen der Mediation iSd ZivMediatG abgeleitet werden, dass das Recht des Lehrlings zu ihrer Beiziehung nur dann besteht, wenn sie bereit ist sich vertraglich zur Verschwiegenheit zu verpflichten. Somit bleibt als „Risikofaktor“ für den Lehrberechtigten noch der zwingend in die Mediation einzubeziehende **gesetzliche Vertreter** des mj Lehrlings, der weder gesetzlich zur Verschwiegenheit verpflichtet ist noch zur vertraglichen Verschwiegenheitsverpflichtung angehalten werden kann. Ist die Person zur vertraglichen Verschwiegenheitsvereinbarung bereit, so empfiehlt sich die Absicherung mittels Konventionalstrafe. Zu beachten ist, dass ein mj Lehrling andernfalls erst rechtswirksam von seiner Verschwiegenheitspflicht entbunden werden muss, um in der Mediation über Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse sprechen zu dürfen.

- **Beendigung der Mediation:** die Aufzählung der Beendigungsarten in § 15a Abs 6 stellt eine taxative Aufzählung dar. Modifikationen dieser Beendigungsarten durch weitere Zusagen der Parteien sind insb durch den Schutz- und Ausbildungszweck des BAG eingeschränkt und idR unzulässig. ME führt auch eine formlose, etwa mündlich abgegebene Erklärung des Lehrlings nicht weiter auf der Fortsetzung des

⁶²⁴ *Burger* in *Resch*, Neuerungen, 17 (42-43).

Lehrverhältnisses bestehen zu wollen, zum Scheitern der außerordentlichen Auflösung; dies nämlich dann wenn der Lehrberechtigte nicht trotzdem ein Mediationsverfahren einleitet und in weiterer Folge selbst oder durch einen Ausbilder vertreten beim Mediator erscheint.

- **Anspruch auf Postensuchtage?** Obwohl eine Anordnung über den Anspruch auf Postensuchtage im Bereich des § 15a BAG fehlt kann mE eine analoge Anwendung des § 1160b ABGB argumentiert werden.⁶²⁵
- **Einvernehmliche Lehrvertragsauflösung in der Mediation:** nach der hL⁶²⁶ ist eine in der Mediation nach § 15a vereinbarte einvernehmliche Auflösung des Lehrverhältnisses nur dann wirksam, wenn **zuvor** eine nach § 15 Abs 5 erforderliche Belehrung des Lehrlings durch die AK oder das ASG erfolgt ist. Das bedeutet in der Praxis entweder eine zusätzliche Mediationssitzung oder aber – aus praktischen Gründen wohl die realistischere Alternative – ein Verbleiben der Parteien in der Auflösungsschiene des § 15a trotz einvernehmlicher Einigung auf das Ende des Lehrverhältnisses. ME muss **§ 15 Abs 5 teleologisch reduziert** werden, sodass im Ergebnis eine Belehrung im Falle der einvernehmlichen Lehrvertragsauflösung auch noch **nachträglich** erfolgen kann. Eine Frist von fünf Werktagen nach Abschluss der einvernehmlichen Auflösung erscheint dabei angemessen.
- **Die Anwendbarkeit des GIBG:** Obwohl die Möglichkeit der Anfechtung einer durch den Lehrberechtigten aus diskriminierenden Gründen iSd GIBG erfolgten außerordentlichen Auflösung des Lehrverhältnisses in der taxativen Aufzählung der Kündigungsschutzbestimmungen in § 15a Abs 8 nicht angeführt ist, wird sie von der hL⁶²⁷ zugesprochen. Dieser Ansicht ist mE zu folgen, was sich insb im Wege einer gebotenen europarechtskonformen Interpretation ergibt.
- **Die Ausbildungsgarantie des § 38e AMSG – altersdiskriminierende Einschränkung auf Minderjährige?** Die Nichterfassung volljähriger Lehrlinge von der Ausbildungsgarantie widerspricht sowohl dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz als auch dem Unionsrecht. Aufgrund der Pflicht zur **unionsrechtskonformen Auslegung** (bzw bei anderem Auslegungsergebnis

⁶²⁵ So auch *Burger in Resch*, Neuerungen, 17 (41-42).

⁶²⁶ *Burger*, ZAS 2010, 162 (167); *Steinlechner*, taxlex 2008, 349 (350).

⁶²⁷ *Spitzl* in *ZellKomm*², § 15a BAG Rz 17; *Burger in Resch*, Neuerungen 17 (46); *Winkler*, ZAS 2008, 244 (247).

aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit der Rahmen-RL zur Gleichbehandlung) muss daher der Anwendungsbereich des § 38d AMSG durch die österreichischen Behörden – im speziellen des AMS – auch auf volljährige Lehrlinge in der beruflichen Erstausbildung ausgeweitet werden. So kann gewährleistet werden, dass auf der Ebene der Rechtsanwendung ein richtlinienkonformer Zustand hergestellt wird⁶²⁸. Dadurch kommt die in der österreichischen Rechtsordnung aufzufindende altersdiskriminierende Bestimmung des § 38d AMSG zwar nicht mehr zur Anwendung, ist jedoch weiterhin ein Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung. Es ist daher zu bedenken, dass ein beim VfGH beantragtes **Gesetzesprüfungsverfahren** wegen Verfassungswidrigkeit (Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz) wahrscheinlich zur Aufhebung führen würde. Auch ein **Vertragsverletzungsverfahren** nach Art 258-260 AEUV vor dem EuGH aufgrund dieses altersdiskriminierenden innerstaatlichen Gesetzes würde höchstwahrscheinlich zu einer Verurteilung Österreichs führen.

- **Problem: Rechtsform sui generis?** Während die außerordentliche Auflösung ausdrücklich eine Rechtsform sui generis ist, so ist sie materiell dennoch eine Kündigung. Dies kann insbesondere zur analogen Anwendung von kündigungsspezifischen Rechtsfolgen auf die außerordentliche Auflösung führen (nämlich wenn dies unter dem Aspekt des Gleichbehandlungsgrundsatzes geboten scheint). Mit dem Ausbildungszweck vereinbar ist die Kündigung nur aufgrund der flankierenden Maßnahme der Ausbildungsgarantie, die das Interesse des Lehrlings an einer abgeschlossenen **beruflichen Erstausbildung**⁶²⁹ ausreichend absichern kann.

- **Gesetzgeberisches Versehen der Einschränkung der Ausbildungsgarantie?** Trotz eingehender Auslegung des Jugendbegriffs des AMSG und Aufarbeitung des Willens des historischen Gesetzgebers sind nach innerstaatlichem Recht **volljährige Lehrlinge** von der Ausbildungsgarantie weiterhin **ausgenommen**. **Praktisch** führt dieses Ergebnis aber trotzdem nicht zur Ausschließung aller volljährigen Lehrlinge von der Ausbildungsgarantie. Es darf bezüglich der Gewährung der Ausbildungsgarantie aufgrund des europäischen Unionsrechts nicht zwischen volljährigen und mj Lehrlingen unterschieden werden. Aufgrund der Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung muss das AMS allen jungen, sich in der ersten

⁶²⁸ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen⁴, Rz 148.

⁶²⁹ ErläutRV 505 BlgNR 23. GP 2.

Ausbildung befindlichen Lehrlingen die Ausbildungsgarantie gewähren. Eine sachgerechte und angemessene absolute Altersgrenze stellt, in Anlehnung an die Altersgrenze der Gewährung der Familienbeihilfe gem FLAG, mE die Vollendung des 24. Lebensjahres dar.

- **Analoge Anwendung eines allgemeinen Kündigungsschutzes?** Die geprüfte Subsumtion der außerordentlichen Auflösung unter den Kündigungsbegriff des § 105 Abs 1 ArbVG führt zur analogen Anwendung des allgemeinen Kündigungsschutzes auf volljährige Lehrlinge im zweiten Bildungsweg sowie Lehrlinge im ersten Bildungsweg, die das 24. Lebensjahr bereits vollendet haben. Diese sind von der Ausbildungsgarantie nicht erfasst und somit anderen Arbeitnehmern gegenüber unsachlich schlechter gestellt. Eine verfassungskonforme Interpretation, welcher iZw bei der Auslegung der Vorzug zu geben ist, führt zu diesem Ergebnis.

- **Besonderer Kündigungsschutz: vom Bestandschutz des ArbVG erfasster Personenkreis?** In der Lehre herrscht Uneinigkeit darüber, auf welchen Personenkreis der besondere Bestandschutz nach dem ArbVG konkret anzuwenden ist. Nach einer Ansicht⁶³⁰ sollen also nur jene Lehrlinge vom besonderen Bestandschutz des ArbVG erfasst sein, die auch Mitglieder des Vertrauensrates oder Betriebsrates sind (§§ 120 Abs 1 iVm § 130 Abs 1 ArbVG) und im BAG wörtlich genannt sind. Nach einer anderen Ansicht⁶³¹ wird im Rahmen einer teleologischen Interpretation ausgehend vom Schutzzweck des § 15a Abs 8 sowie des § 120 Abs 1 ArbVG argumentiert, dass auch jenen Personen, die in § 120 Abs 4 ArbVG genannt werden, im Fall einer außerordentlichen Auflösung ihres Lehrverhältnisses der besondere Kündigungsschutz nach dem ArbVG zukommen soll. ME ist der zweiten Ansicht zu folgen, insb teleologische Gründe und das Gebot der Gleichbehandlung sprechen dafür.

- **Besonderer Kündigungsschutz: mögliches Zeitproblem bei Anwendung der besonderen Bestandschutzbestimmungen?** Es ist strittig, ob durch die zusätzliche Anwendung besonderer Kündigungsvorschriften der nach § 15a Abs 1 einzuhaltende spätestmögliche Termin zum Ausspruch der Auflösung gegenstandslos wird⁶³² oder ob er trotzdem einzuhalten ist und die außerordentliche Auflösung im Fall einer

⁶³⁰ Spitzl in ZellKomm², § 15a BAG Rz 15; Rauch, ASoK 2008, 350 (353).

⁶³¹ Burger in Resch, Neuerungen, 17 (44).

⁶³² So Schrank, ASR, 73.

dadurch entstandenen Terminwidrigkeit unzulässig ist⁶³³. Als systemkonformer erweist sich dabei mE die Ansicht, dass durch die entstandene Terminwidrigkeit eine außerordentliche Auflösung **nicht mehr möglich** ist.

Die an gleich mehreren Stellen zu kritisierende **unklare oder unvollständige Formulierung** des Gesetzes führt zu inakzeptablen Anwendungsschwierigkeiten bei den Rechtsunterworfenen. Es gibt Unklarheiten darüber, was genau unter der „Dauer des Lehrverhältnisses“ zu verstehen ist, ob im Fall von Doppellehren nur ein oder auch zwei Auflösungsstermine zur Verfügung stehen sollen, in welchem Zeitfenster die Ablehnungserklärung des Lehrlings zulässig ist oder welche der zahlreichen Mitteilungen und Erklärungen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform oder der elterlichen Zustimmung bedarf. Ebenso ist aus dem Gesetz nicht klar ersichtlich, was geschehen soll, wenn der ordnungsgemäß ermittelte Mediator den Mediationsauftrag ablehnt, ob und wenn ja wie sich ein Krankenstand des Lehrlings in den einzelnen Verfahrensstadien auf die Auflösung auswirkt und welche Personen vom besonderen Bestandschutz des ArbVG im Bereich der außerordentlichen Auflösung erfasst sein sollen. Die **Kompliziertheit** des Auflösungsverfahrens macht eine umfassende Information der Lehrberechtigten und Lehrlinge über dessen genaue Parameter notwendig. Viele ihrer Bestimmungen sind gesetzlich undeutlich oder missverständlich formuliert, was den Rechtsunterworfenen die Anwendung erheblich erschwert. Einige Bestimmungen sind nur durch ergänzende Auslegung verständlich.

Im Verfahren der außerordentlichen Auflösungen ergeben sich gleich an mehreren Stellen **zeitliche Probleme**: die Vielzahl an einzuhaltenden Terminen und Fristen sowie deren Gestaltung können in der Praxis dazu führen, dass sich Kollisionen ergeben. Das Einhalten der Termine und Fristen wird in einigen praktisch relevanten Fallkonstellationen zur erheblichen Schwierigkeit, wenn nicht sogar zur Unmöglichkeit.

Notwendige Bestimmungen fehlen teilweise ganz und ergeben sich nur interpretativ: so hat etwa der Gesetzgeber keinen Anspruch auf Postensuchtage und keine die zusätzlich in die Mediation einzubeziehenden Personen bindende Verschwiegenheitspflicht eingeführt. Für den Fall einer einvernehmlichen Lehrvertragsauflösung in der Mediation fehlt in Bezug auf die zusätzlich notwendige Belehrungsbescheinigung eine Ausnahmebestimmung, eine aus diskriminierenden

⁶³³ So *Spitzl* in ZellKomm², § 15a BAG Rz 16.

Gründen erfolgte außerordentliche Auflösung kann nicht ausdrücklich nach dem GIBG angefochten werden.

Als **schlichtweg rechtswidrig** erweist sich die nur auf minderjährige Lehrlinge anwendbare Begleitmaßnahme der Ausbildungsgarantie. Weil sie unsachlich aufgrund des Alters differenziert, steht sie in direktem Widerspruch zu Art 7 B-VG und ist damit mE verfassungswidrig. Auch auf unionsrechtlicher Ebene ist diese Bestimmung rechtswidrig, als unmittelbar aufgrund des Alters diskriminierendes nationales Gesetz widerspricht sie dem geltenden Primärrecht. Im Wege der unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts ist die Ausbildungsgarantie daher auf alle Lehrlinge anzuwenden, die sich in ihrer beruflichen Erstausbildung befinden – eine derartige Einschränkung scheint sachlich und rechtspolitisch geboten ohne dabei gegen das Verfassungs- oder Unionsrecht zu verstoßen.

Mit den meisten dieser rechtlichen Probleme hängt die Konstruktion der außerordentlichen Auflösung als Rechtsform sui generis direkt zusammen, die man eigentlich als gesetzgeberischen Etikettenschwindel bezeichnen muss. Da sie eigentlich eine Kündigung ist, muss sie auch an den dafür geltenden Maßstäben gemessen werden. Insbesondere die analoge Anwendung des nicht angeordneten allgemeinen Kündigungsschutzes ist nötig. Dies insb dort, wo die als Ersatzmaßnahme prinzipiell als ausreichend anzusehende Ausbildungsgarantie auch im Wege der unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts nicht greift: nämlich für volljährige Lehrlinge im zweiten Bildungsweg und solche, die zwar im ersten Bildungsweg sind aber aufgrund einer sachgerechten Altersgrenze von der Ausbildungsgarantie nicht erfasst sind.

Der dominante Ausbildungszweck des BAG muss insbesondere bei der rechtlichen Betrachtung des implizierten Mediationsverfahrens beachtet werden. Vor diesem Hintergrund kann es als alleiniges Verfahren, in dem die Entscheidung über den Fortbestand des Lehrverhältnisses getroffen wird, nicht bestehen, da der Ausbildungszweck darin durch das Fehlen von notwendigen rechtlichen Schutzmechanismen derzeit keine ausreichende Bedeutung erfährt. Im Effekt gleicht zwar die Ausbildungsgarantie die wesentliche Schlechterstellung der Lehrlinge innerhalb der Mediation und im gesamten übrigen Auflösungsverfahren ausreichend aus; theoretisch widerspricht aber die gesamte Konstruktion der Auflösung nach § 15a dem Zweck des BAG. Eine willkürliche Lehrvertragsauflösung wird nicht nur

ermöglicht, stellenweise wird sie regelrecht unterstützt.

Zur **Beseitigung der rechtlichen Probleme** empfiehlt sich zumindest die dringende Umgestaltung des § 15a in weiten Teilen, wenn die derzeitige Konstruktion im Wesen beibehalten werden soll. Die zeitlichen Überschneidungen, die sich im Verfahren ergeben können, müssen durch eine sinnvolle und durchdachte Fristen- und Terminanordnung beseitigt werden. Es empfiehlt sich die Einführung einer Reihe von Legaldefinitionen und/oder näheren Begriffsbestimmungen um den Rechtsunterworfenen die Inanspruchnahme der außerordentlichen Auflösung zu erleichtern: die „Dauer der Lehrzeit“, der vom Bestandschutz des ArbVG erfasste Personenkreis und die Vorgehensweise im Fall einer Ablehnung des Mediationsauftrags sollten geklärt werden. Auch empfiehlt sich die Einführung einer allgemeinen Verschwiegenheitspflicht für alle an der Mediation beteiligten Personen über die darin eventuell besprochenen Themen, die Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse berühren. Durch die ausdrückliche Ausweitung der Ausbildungsgarantie auch auf volljährige Lehrlinge im ersten Bildungsweg und die analoge Anwendung der §§ 105ff ArbVG auf die davon nicht erfassten Lehrlinge kann der momentane verfassungs- und unionsrechtswidrige Zustand des § 15a und der Begleitmaßnahme des § 38d AMSG beseitigt werden.

Die Verhinderung der Willkürlichkeit der Lehrvertragsauflösung durch den Lehrberechtigten – als erklärter Gesetzeszweck – wurde durch die Implementierung eines Mediationsverfahrens nicht erreicht. Ein echter Dialog um die Erarbeitung der Voraussetzungen, unter denen eine Fortsetzung möglich sein kann, wird nicht unterstützt. Dass in erster Linie die Fortsetzung besprochen werden soll und die eigentliche Auflösung nur eine Rückfalllösung sein soll kommt in der rechtlichen Gestaltung der außerordentlichen Auflösung nicht zum Ausdruck. Auch die Flexibilisierung des Lehrverhältnisses iSd Flexicurity-Ansatzes kann als missglückt angesehen werden, ihr steht die Kompliziertheit des Auflösungsverfahrens entgegen.

Das erhoffte Plus an Lehrstellen konnte die außerordentliche Auflösung ebenfalls **nicht bewerkstelligen**. Während 2008 noch 131.880 Lehrlinge in Österreich ausgebildet wurden, sank in den darauffolgenden Jahren die Zahl weiterhin in immer größer werdenden Schritten: 2009 auf 131.676, 2010 auf 129.899, 2011 auf 128.078

und 2012 auf 125.228.⁶³⁴ Die Flexibilisierung der Lehre hat die Unternehmen also nicht dazu motivieren können, mehr Lehrstellen zu schaffen. Im Effekt ist sogar das genaue Gegenteil eingetreten. Bezugnehmend auf Abb 2 und den darin einander gegenübergestellten politischen Prognosen im Hinblick auf die praktischen Auswirkungen der außerordentlichen Auflösung auf die Lehrstellenzahlen kann gesagt werden: *mehr* Lehrstellen hat § 15a nicht gebracht. Aufgrund seiner geringen Inanspruchnahme in der Praxis muss allerdings gesagt werden, dass die neue Auflösungsart auf den tatsächlichen *Rückgang* der Lehrlingszahlen ebenfalls keinen relevanten Einfluss hatte. Die neue Auflösungsart hatte also im Effekt gar **keine relevante Auswirkung** auf den Lehrstellenmarkt, weder positiv noch negativ.

8.1.2. Forschungsfrage 2

„Welche Schwierigkeiten ergeben sich aus mediationstheoretischer Sicht aus der gesetzlichen Anordnung eines Mediationsverfahrens und der konkreten Ausgestaltung des Mediationsverfahrens in § 15a BAG und wie kann eine sinnvolle Eingliederung erfolgen?“

- **Freiwilligkeit und gesetzlich angeordnete Mediation?** Der im BAG statuierte Einlassungszwang wurde auf seine Vereinbarkeit mit dem Prinzip der Freiwilligkeit iSd ZivMediatG geprüft. Auf **juristischer** Ebene kann dieser scheinbare Widerspruch zweier Bestimmungen leicht aufgeklärt werden: es stellt nämlich das BAG eine *lex specialis* und auch *lex posterior* zum ZivMediatG dar und dehnt so dessen Anwendungsbereich auch auf das „unfreiwillige“ Verfahren nach § 15a aus. **Mediationstheoretisch** führt bei einem sehr engen Begriffsverständnis eine gesetzlich zwingende Anordnung dazu, dass diese Mediation aufgrund der vollständig aufgegebenen Freiwilligkeit der Parteien keine Mediation im eigentlichen Sinne mehr ist. Der überwiegende Teil der (internationalen) Literatur sieht aber in der fehlenden Freiwilligkeit aufgrund eines Einlassungszwanges kein Problem, die Anordnung der Mediation in einem Gerichtsverfahren oder dem Gesetz wird mediationstheoretisch durchaus akzeptiert.⁶³⁵ Auch aus der **EU-Mediations-RL** ergibt sich, dass die gesetzliche Anordnung der Mediation insb dann unproblematisch ist, wenn es den Parteien neben der Mediation weiterhin möglich ist ihr Recht auf Zugang zum

⁶³⁴ WKO, <http://wko.at/statistik/jahrbuch/Lehrling9.pdf> [15.10.2013].

⁶³⁵ Wall/Stark/Standifer, *Journal of Conflict Resolution* 2001/45, 370 (372).

Gerichtssystem wahrzunehmen.⁶³⁶ Im Zusammenhang mit der Freiwilligkeit wesentlich problematischer als der Einlassungszwang ist jedenfalls die eingeschränkte Ergebnisoffenheit der Mediation (**Open-End-Problem**). Die gesetzliche Determinierung der Mediationsergebnisse im Rahmen der außerordentlichen Auflösung schränkt das Potenzial der Mediation erheblich ein.

• **Die gesetzliche Gestaltung der Auswahl und Beauftragung des Mediators sowie die einseitige Kostentragungspflicht vor dem Hintergrund der Neutralität?** Aus mediationstheoretischer Sicht bedarf die Tatsache, dass die einvernehmliche Auswahl des Mediators durch die Konfliktparteien durch eine besondere gesetzliche Regelung verdrängt wird⁶³⁷, besonderer Beachtung. Denn durch die derzeitige Gestaltung des Auswahlverfahrens kommt als Mediator jedenfalls nur eine vom Lehrberechtigten vorgeschlagene Person in Frage. Aus der Sicht des *ÖBM*⁶³⁸ stellt die Gestaltung des Auswahlverfahrens in § 15a kein gravierendes Problem im Zusammenhang mit der Neutralität des Mediators dar; das Vertrauen des Lehrlings in seine Person soll durch die Möglichkeit der Auswahl aus dem Dreivorschlag ausreichend gewährleistet sein. Nach einer anderen in der Literatur vertretenen Ansicht ist die gesetzliche Regelung zur Auswahl und Beauftragung des Mediators hingegen nicht geglückt, da ein klares Übergewicht auf Seiten des Lehrberechtigten besteht: sowohl die Gestaltung des Auswahlverfahrens als auch die einseitige Kostentragungspflicht bergen nach *Mayr*⁶³⁹ die große Gefahr (zumindest des Anscheins) der Parteilichkeit und stehen der Berufspflicht der Neutralität der Mediatoren entgegen. Dem Wunsch nach einer Umgestaltung dahingehend, dass der Position des Lehrlings bei der Auswahl der Person des Mediators eine bedeutendere Rolle zukommt, kann mE die aus § 1 Abs 1 ZivMediatG ableitbare Verpflichtung des Lehrberechtigten zur Auswahl neutraler Personen iSd ZivMediatG entgegengehalten werden. Die verpflichtende einseitige **Kostentragungspflicht** des Lehrberechtigten steht mE mit keinem Prinzip der Mediation in Widerspruch und ist darüberhinaus aus allgemeinen sozialen Gesichtspunkten geboten.

⁶³⁶ Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen 2008/52/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 21.05.2008, ABl 2008 L 136/3 Erwägungsgründe 13 & 14.

⁶³⁷ *Mayr*, Die Zwangsmediation in FS Binder, 299 (306).

⁶³⁸ SN 9/162 ME 23. GP 1.

⁶³⁹ *Mayr*, Die Zwangsmediation in FS Binder, 299 (306).

- **Gesetzlich begrenzter Zeitraum, der für die Mediation zur Verfügung steht?**

Aufgrund der verschiedenen Fristen und Termine im Verfahren der außerordentlichen Auflösung bleibt für die Durchführung der Mediation weniger als einen Monat Zeit. Während zeitliche Beschränkungen der Mediation im Allgemeinen für zulässig und unproblematisch erachtet werden gerät der konkrete Zeitraum für die Lehrlingsmediation dennoch in die Kritik: nach *Mayr* ist der für die Lehrlingsmediation zur Verfügung stehende Zeitraum ein „enges zeitlichen Korsett“, welches nicht unbedingt im Sinne einer gedeihlichen Mediation, in der konkreten Situation aber wohl unvermeidlich ist.⁶⁴⁰ Der *ÖBM* erachtet den Zeitrahmen, den er mit maximal 19 Werktagen berechnet, ebenfalls für zu kurz und schlägt durch eine Umgestaltung der Fristen und Termine die Verlängerung des Zeitraums um 10 Werktage vor. Dieser Vorschlag ist mE zu begrüßen, da innerhalb der Zeitspanne von rund einem Monat die Vereinbarung weiterer Mediationstermine deutlich leichter möglich ist und ein weiterer Anreiz (insb für den Lehrberechtigten) gegeben wäre, eine echte Einlassung in die Mediation und die Konfliktlösung zuzulassen.

- **Welchen mediationstheoretischen Zugang hat das ZivMediatG?**

Das gesetzgeberische Begriffsverständnis von Mediation wurde anhand der Gesetzesmaterialien⁶⁴¹ und der Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung aufgearbeitet. Es entspricht im Wesentlichen dem mediationstheoretischen Ansatz der Transformativen Mediation. Dabei geht der Gesetzgeber von einem der Mediation zugrundeliegenden Phasenmodell aus, an welchem sich der Mediator unter anderem orientieren soll. Seine Tätigkeit soll er im Rahmen dieses Mediationsstils nach wissenschaftlich entwickelten Grundsätzen ausüben.

- **Was ist innerhalb dieses Zugangs zulässig?**

Das Fehlen eines Tatbestandselementes (des BAG oder ZivMediatG) führt zum Herausfallen der Lehrlingsmediation aus dem gesetzlichen Mediationsbegriff. Daneben wurde außerhalb der ausdrücklichen gesetzlichen Voraussetzungen der Versuch einer Eingrenzung des allgemeinen Gestaltungsspielraums der Medianten und des Mediators bei der Durchführung der Lehrlingsmediation vorgenommen. Innerhalb dieses sind mE etwa Lehrlingsmediationen via Telefon- oder Videokonferenz zulässig sowie die Abhaltung von Einzelgesprächen im Rahmen einer durchwegs gemeinsam

⁶⁴⁰ *Mayr*, Die Zwangsmediation in FS Binder, 299 (307).

⁶⁴¹ ErläutRV 24 BlgNR 22. GP.

durchgeführten Mediation. Im Mediationsverfahren der außerordentlichen Auflösung ist eine bestimmte systematische Reihenfolge einzelner Verfahrensschritte (iSv Phasen) mE nicht zwingend erforderlich, auch wenn eine solche im Rahmen der anzuwendenden wissenschaftlich anerkannten Methoden vom Mediator nach Möglichkeit einzuhalten ist. Die Durchführung der Lehrlingsmediation als reine Shuttle-Mediation oder nur in Form von Einzelgesprächen (caucus) ist demgegenüber vom derzeitigen gesetzlichen Mediationsbegriff nicht erfasst.

- **Konsequenzen?** Erfüllt ein Mediationsverfahren nach § 15a die ausdrücklichen gesetzlichen Voraussetzungen nicht oder ist es in einer solchen Art und Weise durchgeführt worden, dass es vom Mediationsbegriff des Gesetzgebers erfasst wird, so ist das Tatbestandsmerkmal der Durchführung eines Mediationsverfahrens als nicht erfüllt anzusehen. Die außerordentliche Auflösung zum angestrebten Termin ist dann nicht mehr möglich, wenn frist- und termingerecht – also bis zum Ablauf des letzten Tages des zwölften bzw 24. Monats – kein neues gesetzeskonformes Mediationsverfahren mehr durchgeführt wird. Die unzulässige außerordentliche Auflösung entfaltet dann – je nach Ansicht – keine Rechtswirkungen, bringt das Lehrverhältnis jedenfalls zur Auflösung und hat einen Schadenersatzanspruch des Lehrlings zur Folge oder löst ein Wahlrecht des Lehrlings zwischen der Fortsetzung seines Lehrverhältnisses oder dessen Auflösung unter Geltendmachung des Schadenersatzanspruches aus.

- **An der Schnittstelle zwischen Recht und Mediation - wie ist das Fehlen einer Verpflichtung zur aktiven Teilnahme der Parteien am Mediationsverfahren zu bewerten?** Die fehlende Teilnahmeverpflichtung steht im Spannungsfeld zwischen den Grundsätzen der Freiwilligkeit des Verfahrens sowie der Neutralität des Mediators und der rechtlichen Notwendigkeit der Verhinderung einer willkürlichen außerordentlichen Auflösung des Lehrverhältnisses durch den Lehrberechtigten. In der Literatur wird diese Ambivalenz unterschiedlich bewertet: nach der hL⁶⁴² verlangt insb das Prinzip der Freiwilligkeit naturgemäß einen Spielraum zur kritikwürdigen willkürlichen Lehrvertragsauflösung.

Während sich mE insb aus dem Wesen der Mediation ergibt, dass sich die Medianden bei der Erarbeitung einer Lösung möglichst kompromissbereit und ergebnisoffen

⁶⁴² *Burger in Resch*, Neuerungen, 17 (35); *Mayr*, Die Zwangsmediation in FS Binder, 299; *Maska*, *ecolex* 2009, 153.

verhalten sollen, so kann daraus keine echte Verpflichtung abgeleitet werden. Weil der Mediator einen Verstoß gegen eine eventuelle Einbringungsverpflichtung ja in irgendeiner Form sanktionieren müsste, wäre **eine Einbringungsverpflichtung innerhalb des derzeitigen gesetzlichen Mediationsbegriffes nicht zulässig**. Allerdings würde eine solche Verpflichtung das im allgemeinen Anwendungsfeld der Mediation unübliche Machtungleichgewicht der Parteien relativieren. Durch die sanktionierbare Verpflichtung zur Mitwirkung am Mediationsverfahren könnte die derzeit gegebene Willkür des Lehrberechtigten bei der Vertragsauflösung in die Schranken gewiesen werden.

In der Literatur nicht thematisiert wird aus mediationstheoretischer Sicht die Tatsache, dass den **Lehrling** nicht nur keine Einbringungspflicht trifft sondern er nicht ein Mal zur Mediation erscheinen muss. ME soll dennoch darauf hingewiesen werden, dass es eigentlich nur is einer wirklich konstruktiven Mediation wäre, bei gesetzlicher Anordnung der Mediation auch beide Medianden gleichermaßen zur Teilnahme zu verpflichten.

- **An der Schnittstelle zwischen Recht und Mediation – ist der Schutzzweck des BAG durch das in § 15a integrierte Mediationsverfahren ausreichend abgesichert?** Aufgrund der gesetzlichen Ausgestaltung der Mediation in § 15a kann ein Lehrling die Beendigung seines Lehrverhältnisses in der Mediation nicht wirksam verhindern. Auch hat er keine Möglichkeit, eine echte Diskussion um den eventuellen Fortbestand seines Lehrverhältnisses zu verlangen. Sowohl im Ergebnis als auch bezüglich des Inhaltes der Mediation ist er vom Willen des Lehrberechtigten vollkommen abhängig. Die Mediation in ihrer derzeitigen Form als alleinige Plattform zur Diskussion um die Beendigung eines Lehrverhältnisses entspricht damit nicht dem Schutz- und Ausbildungszweck des BAG. Der Schutz- und Ausbildungszweck, nach dem die Fortführung der Ausbildung des Lehrlings bzw die Absicherung der beruflichen Erstausbildung an oberster Stelle steht, kann nur durch den ergänzenden sozialen **Auffangmechanismus der Ausbildungsgarantie** gewahrt werden.

- **An der Schnittstelle zwischen Recht und Mediation – ist das Erfordernis der Einholung einer gerichtlichen Zustimmung im Falle der außerordentlichen Auflösung bei besonderem Bestandschutz des Lehrlings nach der Durchführung der Mediation eine sinnvolle Konstruktion?** ME liegt in dieser Gestaltung der Voraussetzungskette ein Wertungswiderspruch des Gesetzgebers. Die gesamte

Verhandlung in der Mediation wird dadurch obsolet, dass das Gericht letztlich über die Zulässigkeit der Auflösung entscheidet. Ein Umkehren der Voraussetzungskette (gerichtliche Zustimmung in Form eines stattgebenden Urteils noch vor der Einleitung des Mediationsverfahrens) wäre unter den gegebenen Umständen die kostengünstigere und pragmatischere Variante.

- **Sinnvolle Gestaltung der Lehrlingsmediation?** ME kann vor dem Hintergrund der Darstellungen dieser Arbeit gesagt werden, dass die Mediation in ihrer klassischen Form und nach dem Mediationsverständnis des Gesetzgebers kein geeignetes alleiniges Instrument zur Entscheidung über die Auflösung eines Ausbildungsverhältnisses ist. Die Mediation ist ein Konfliktlösungsverfahren, in der ein neutraler Vermittler zwei grundsätzlich kooperative Medianden bei der Findung einer autonomen und situativ passenden sowie zukunftsorientierten Lösung unterstützt. Im besonderen Fall eines Lehrlings, der einem verfahrenstechnisch übermächtigen Lehrberechtigten in einer Entscheidung gegenübertritt, die von so gravierender rechtlicher und individuell-sozialer (nicht zuletzt auch generell sozialpolitischer) Bedeutung ist, kann sie der Situation gar nicht gewachsen sein. Zusätzliche Maßnahmen und Verfahrensgestaltungen müssen sicherstellen, dass die Mediation den rechtlichen Besonderheiten ihres Anwendungsgebietes (Stichwort: Ausbildungszweck) nicht entgegenwirkt und sie untergräbt, sondern vielmehr fördert und unterstützt. Vorschläge zur Modifikation der außerordentlichen Auflösung und ihres Mediationsverfahrens sind insb:

- die Einführung einer sanktionierbaren **Einbringungsverpflichtung** insb des Lehrberechtigten in die Mediation; sie könnte wesentlich dazu beitragen, den Lehrberechtigten aus seiner (rechtlich konstruierten) siegessicheren und damit unkooperativen Ecke zu locken und ihn zur echten Verhandlung aller Möglichkeiten zu bringen. Es wäre das Mediationsverfahren des § 15a mit einer Einbringungspflicht der Medianden zwar keine Mediation iSd ZivMediatG mehr, allerdings ein **mediatives Verfahren**, welches auf deren Machtungleichgewicht und die rechtlich ungleichen Ausgangspositionen einen positiven und dialogfördernden Einfluss hätte.

- Umsetzung des Vorschlags der AK: diese hatte bereits in ihrer Stellungnahme zum ME die Einführung von **min fünf Mediationsterminen** als Voraussetzung für die

außerordentliche Auflösung gefordert.⁶⁴³ Auch an die Einführung einer bestimmten Mindestdauer für die Mediationssitzung(en) in Form von Stunden wäre zu denken. Zwar könnte eine aktive Mitwirkung des Lehrberechtigten an der Mediation auch so nicht sanktioniert werden, jedoch kann man davon ausgehen, dass der Lehrberechtigte bei fünf verpflichtenden Terminen oder mehreren Stunden verpflichtender Anwesenheit wohl wesentlich mehr Anreiz hat die Zeit auch sinnvoll zu nützen anstatt nur stillschweigend mit verschränkten Armen das Ende der Mediationssitzung abzuwarten.⁶⁴⁴ Auch wäre eine solche intensive terminliche bzw zeitliche Verpflichtung noch mit dem weit ausgelegten Prinzip der Freiwilligkeit zu vereinbaren.

- **Ausbau des Zeitfensters** für die Mediation. Dabei wäre bspw der Vorschlag des *ÖBM* zu begrüßen, nach dem durch eine einfache Umgestaltung der Verfahrensfristen und Termine zehn Werktage mehr für die Mediation zur Verfügung stehen könnten⁶⁴⁵. Damit würde sich die Zeit zur Durchführung des Mediationsverfahrens um rund ein Drittel verlängern ohne dabei das Gesamtverfahren noch weiter in die Länge zu ziehen.

- **Einbindung der Interessenvertretungen** in die Lehrlingsmediation: etwa durch die Einrichtung einer speziellen Mediationsstelle bei den Lehrlingsstellen, welche im Rahmen einer Co-Mediation mit der Durchführung der Lehrlingsmediationen betraut wird. Die Mediatorenteams könnten dabei aus jeweils einem speziell geschulten Vertreter der AK und der WK zusammengesetzt werden.

- „**Organisation**“ des Verfahrens durch diese speziell geschulten Co-Mediatoren: sie könnten für die Einhaltung der Fristen durch Terminvorgaben sorgen und sich um sämtliche Mitteilungen über den Beginn und das Ende der Mediation kümmern. Auch die nötigen gerichtlichen Belehrungen bei besonderem Bestandschutz und einvernehmlicher Auflösung könnten dadurch entfallen, da die beiden Mediatoren als Mitglieder der jeweiligen Interessenvertretungen in einem gemeinsamen Gespräch mit den Medianden eine Art Rechtsauskunft und Aufklärung über die Konsequenzen der einzelnen Ergebnisse der Mediation geben könnten. Eine solche mediative Sonderform könnte zur breiten Akzeptanz der Mediation an sich führen. Nicht nur im

⁶⁴³ SN 18/162 ME 23. GP 8.

⁶⁴⁴ *Burger in Resch*, Neuerungen, 17 (35).

⁶⁴⁵ SN 9/162 ME 23. GP 2.

Bereich der Interessenvertretungen, auch unter deren Mitgliedern könnte damit eine Trendwende im Arbeitsrecht hin zur autonomen Konfliktlösung mittels mediativer Methoden wesentlich unterstützt und langfristig möglicherweise sogar erreicht werden.

8.2. Ausblick

Im Effekt wurde mit der außerordentlichen Auflösung ein rechtliches Gebilde mit durchaus fragwürdigem Charakter geschaffen: eine Kündigung, die per definitionem keine sein soll, kombiniert mit einer Mediation, deren Ergebnis praktisch und rechtlich keinen eigenen Wert hat, ergänzt um einen Rechtsschutz, der – durch die unüberlegte und unsachgerechte eins-zu-eins Übernahme von bereits bestehenden Rechtsinstrumenten und der Einführung einer rechtswidrigen weil diskriminierenden Ausbildungsgarantie – einen Teil der Lehrlinge erst Recht übergeht.

Die bisher noch nicht dargelegte **Problematik der diskriminierenden Ausbildungsgarantie** muss aufgegriffen werden. Die Bestimmung der Ausbildungsgarantie stellt einen Widerspruch zur Rahmen-RL zur Gleichbehandlung dar. Damit droht Österreich ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH; aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken unter dem Aspekt des Gleichbehandlungsgrundsatzes gegen die Ausbildungsgarantie droht möglicherweise eine Aufhebung durch den VfGH im Wege eines Gesetzesprüfungsverfahrens. Bis dahin muss auf der Ebene der Rechtsanwendung der diskriminierende Zustand durch die Erfassung aller Lehrlinge im ersten Bildungsweg von der Ausbildungsgarantie in einer unionsrechtskonformen Auslegung bzw unmittelbaren Anwendbarkeit der RL beseitigt werden. Praktisch relevant ist das Problem wie bereits dargelegt wurde jedenfalls, da bereits in seinem ersten Lehrjahr jeder sechste Lehrling volljährig ist und im zweiten Lehrjahr sogar jeder dritte.

Auch **mediationstheoretisch** sollte eine **neue Herangehensweise** an die Lehrlingsmediation speziell und die Verrechtlichung der Mediation generell durch diese Arbeit unterstützt werden. Die Mediation in ihrer klassischen Form kann in einem Vertragsauflösungsverfahren, welches ihr Potenzial von vornherein erheblich einschränkt und ihren Möglichkeiten durch rechtliche Anforderungen einen weitgehenden Riegel vorschreibt, nicht reüssieren. Soll sie nicht adaptiert werden, so kann sie nur dort eingesetzt werden, wo rechtlich unverbindlich und damit

selbstbestimmt am Konflikt gearbeitet werden kann. Nämlich zeitlich weit vor der Einleitung eines Auflösungsverfahrens. Was also in der Literatur schon immer öfter gefordert wird, konnte am Beispiel der mehr oder weniger missglückten Eingliederung der Mediation in § 15a auch speziell aufgezeigt werden: die Mediation muss sich flexibel zeigen und ihren jeweiligen rechtlichen Anforderungen anpassen damit sie sich als praktisch relevantes und umfassend einsetzbares Instrument beweisen kann. Die theoretische Versteifung auf im rechtlichen Bereich niemals oder nur sehr partiell umsetzbare Prinzipien führt die Mediation jedenfalls nicht zu breiter Akzeptanz und der Etablierung als Konfliktmechanismus.

Die **umfassende Aufarbeitung des politischen Hintergrundes** der außerordentlichen Auflösung hat gezeigt, dass entgegen der einheitlichen Zielsetzung und dem Ausbildungszweck des Lehrverhältnisses widersprechend eine Aufweichung der bisher starken Bindung der Parteien eines Lehrverhältnisses im Effekt unterstützt wurde. Dies, da von den Vorschlägen zur Verbesserung des ME in der RV überwiegend nur jene umgesetzt wurden, die der Übermacht des Lehrberechtigten noch weiter in die Hände spielten: nur ein verpflichtendes Mediationsgespräch⁶⁴⁶ wurde eingeführt, nicht etwa fünf verpflichtende Sitzungen⁶⁴⁷. Das Auswahlverfahren wurde so gestaltet, dass der Lehrberechtigte die Auswahl durch das Unterbreiten eines verbindlichen Dreiervorschlages in der Hand hat⁶⁴⁸ und keine gemeinsame Entscheidung erforderlich ist, die zur Verfügung stehende Zeit für die Mediation wurde durch eine einfache Fristverschiebung nicht vergrößert⁶⁴⁹. Ohne jeglichen entsprechenden Vorschlag wurde die RV sogar noch um jene Bestimmung erweitert, nach der sich der Lehrberechtigte von einem Ausbilder in der Mediation vertreten lassen kann. Diese Bestimmung macht nun zweifelsohne dort Sinn, wo der eigentliche Lehrberechtigte den betreffenden Lehrling nicht selbst ausbildet, etwa wegen der Größe des Betriebs. Allerdings ermöglicht sie es gleichzeitig, dass der sehr wohl an der Ausbildung des Lehrlings beteiligte und damit in den Konflikt involvierte Lehrberechtigte nicht ein Mal selbst zur Mediation erscheinen muss.

Auf die Kritik insbesondere des Bundesministeriums für Unterricht, Kunst und

⁶⁴⁶ ÖBM, SN 9 162/ME 23. GP.

⁶⁴⁷ ÖGB und AK, SN 18 162/ME 23. GP.

⁶⁴⁸ ÖBM, SN 9 162/ME 23. GP.

⁶⁴⁹ ÖBM, SN 9 162/ME 23. GP.

Kultur⁶⁵⁰ und dem Amt der Vorarlberger Landesregierung⁶⁵¹ im Hinblick auf eine dadurch entstehende **Abwertung und Schwächung der dualen Ausbildung** wurde weder in den Erläuterungen zur RV noch in der Nationalratsdebatte näher eingegangen. Vor dem Hintergrund des dargestellten politischen **Konzeptes der Flexicurity**, welches im Arbeitsrecht generell eher kritisch zu betrachten ist, wurde eine solche Schwächung durch die Einführung der außerordentlichen Auflösung notwendigerweise verursacht. Die (nicht einmal sehr geglückte) Flexibilisierung der Lehrverhältnisse machte die Einführung einer zusätzlichen Sicherheit für die Lehrlinge notwendig. Dieses zusätzliche Sicherheitsbedürfnis soll nun die Ausbildungsgarantie befriedigen. Die Verantwortung für die Ausbildung von Lehrlingen auf betrieblicher Ebene verschiebt sich somit letztendlich von den Unternehmen zum Staat hin. Dies läuft einer eigentlich angestrebten Stärkung der dualen Ausbildung⁶⁵² mE direkt entgegen.

Die haltlose Abgrenzung zur Kündigung war den meisten Parlamentariern, wie bereits aufgezeigt, im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens durchaus bewusst, trotzdem wurde das Mediationsverfahren als einzige potenzielle Möglichkeit zur Hintanhaltung von willkürlichen Lehrvertragskündigungen nicht gestärkt. Die **Kompromisslösung** zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen vor dem Hintergrund der bildungspolitischen Erfordernisse der dualen Ausbildung manifestiert sich eigentlich nur in der Maßnahme der Ausbildungsgarantie, die als Auffangnetz auch nur teilweise einen sozialen Ausgleich für die sonstige Gestaltung des § 15a bieten kann – nämlich als taugliches Rechtsinstrument der Wirtschaftsvertreter zur ausschließlichen Durchsetzung ihrer Interessen. Zumindest theoretisch.

Denn während die außerordentliche Auflösung politisch, rechts- und mediationstheoretisch hohe Wellen geschlagen hat, so herrscht im Bereich ihrer praktischen Anwendung weitgehend Ebbe. Die gegenständliche Arbeit kann die theoretischen Probleme der außerordentlichen Auflösung aufzeigen, bearbeiten und zueinander in Beziehung stellen. Sie erlaubt damit auch Rückschlüsse auf jene Probleme, die sich praktisch im Auflösungsverfahren ergeben können. Die **weitgehende Irrelevanz des § 15a kann sie damit** zwar nicht empirisch belegen,

⁶⁵⁰ SN 12 162/ME 23. GP.

⁶⁵¹ SN 2 162/ME 23. GP.

⁶⁵² ErläutRV 505 BlgNR 23. GP 4.

jedoch **ansatzweise erklären**: das komplizierte Verfahren ist an vielen Stellen mit rechtlicher Nichtigkeit bedroht, ist zeitintensiv und an feste Termine gebunden und beinhaltet ein dem österreichischen Konfliktlösungssystem im Arbeitsrecht vollkommen fremdes Mediationsverfahren unter Ausschluss der Interessenvertretungen.

Was sich in der Praxis seit ihrer Einführung abgezeichnet hat und vielerorts auch theoretisch schon gefordert wurde, kann durch diese Arbeit nur noch deutlicher unterstrichen werden: eine Umgestaltung der außerordentlichen Auflösung ist dringend notwendig. Da die als juristisch gewissermaßen größte Baustelle zu bezeichnende altersdiskriminierende Einschränkung der Ausbildungsgarantie bedarf ohnehin einer Befassung durch den Gesetzgeber. Es sollte im selben Moment auch die generelle Umgestaltung der außerordentlichen Auflösung und ihres Mediationsverfahrens erfolgen, möglicherweise sogar ihre **Abschaffung** diskutiert werden. Denn ihre Ziele konnte sie allesamt nicht erreichen. Angesichts ihrer mediationstheoretischen sowie juristisch teilweise gravierenden Problematiken sollte die generelle Notwendigkeit des § 15a mE in Frage gestellt werden.

Anlehnend an die in dieser Arbeit zusammengefassten, einander gegenüber gestellten und diskutierten unterschiedlichen Vorschläge in der Literatur sowie die darin neu enthaltenen Überlegungen sollte **eine fundierte politische Grundsatzdiskussion** den weiteren Weg in der Berufsausbildung abklären. Eine sinnvolle und adäquate Implementierung der Mediation in ihren Grundzügen ist dabei auch abseits einer Vertragsauflösung ausdrücklich zu wünschen.

8.3. Zusammenfassung

- ME hat ein Lehrling im Fall einer **unzulässigen außerordentlichen Auflösung** ein Wahlrecht zwischen der Geltendmachung des aufrechten Bestands des Lehrverhältnisses und der Fügung in die Beendigung samt Schadenersatzanspruch gem § 1162 ABGB analog.
- Unter der „**Dauer der Lehrzeit**“ als Parameter für die konkret möglichen Auflösungsstermine ist mE die generell-abstrakte Dauer der Lehrzeit iSd § 6 zu verstehen ist; diese ist auch auf jene Lehrverträge anzuwenden ist, die im Rahmen einer integrativen Berufsausbildung gem § 8b Abs 1 (integrative Lehrausbildung mit verlängerter Lehrzeit) abgeschlossen wurden.
- Lehrverhältnisse mit davon **abweichenden Lehrzeiten** sind mE auch zum zweiten Termin auflösbar, sofern ihre nach den Regeln des § 6 Abs 2 errechnete Lehrzeit mehr als drei Jahre beträgt.
- Im Wege der Auslegung gelangt man mE zu dem Ergebnis, dass die Ablehnungserklärung des Lehrlings erst **nach** der Mitteilung der Auflösungsabsicht zulässig, danach aber in jedem Zeitpunkt des Verfahrens möglich ist.
- Das mitunter einzuhaltende Schriftformgebot des § 15a erfüllen mE auch Auflösungserklärungen, die dem Lehrberechtigten per Telefax oder E-Mail in Kopie übermittelt werden, sofern das **Originaldokument die eigenhändige Unterschrift** des Erklärenden. Darüberhinaus empfiehlt sich mE die Einführung eines **generellen Schriftformerfordernisses** für alle Erklärungen und Mitteilungen des Verfahrens.
- In der Frage um das **Zustimmungserfordernis** der Erklärung eines mj Lehrlings gem § 15a Abs 6 (nicht weiter auf der Fortsetzung des Lehrverhältnisses bestehen zu wollen) durch seine/n gesetzlichen Vertreter ist mE keine Zustimmungsbedürftigkeit anzunehmen. Auch die schriftformgebundene Ablehnungserklärung mj Lehrlings gem § 15a Abs 3 ist mE nicht an die Zustimmung seines/seiner gesetzlichen Vertreter/s gebunden.
- Bei einer **Ablehnung des Mediationsauftrags** durch den gem § 15a Abs 5 ordnungsgemäß ermittelten Mediator ergibt sich mE, dass bei Ablehnung des Mediationsauftrags durch den Mediator einfach mit einem neuen Auswahlverfahren zu beginnen ist.

- Im Falle eines **Krankenstandes** des Lehrlings im für die Mediation zur Verfügung stehenden Zeitraum muss mE hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen zwischen einer gerechtfertigten Abwesenheit von der Mediation und einem unbegründeten Fernbleiben unterschieden werden. Im Falle der **gerechtfertigten Abwesenheit** von der Mediation beginnt die gesetzlich vorgesehene Zeit für die Durchführung der Mediation (3 Wochen) ab Wegfall des Verhinderungsgrundes erneut zu laufen. Wird einem teilnahmebereiten Lehrling in dieser Zeit kein (neues) Mediationsgespräch ermöglicht, so ist die Auflösung als unzulässig anzusehen.
- Im Zusammenhang mit der **Entgeltfortzahlung** gem § 17a Abs 8 im Falle einer Dienstverhinderung des Lehrlings während einer außerordentlichen Auflösung ist die Anknüpfung an die Erklärung der Auflösungsabsicht anstelle der Auflösungserklärung vom eindeutigen Wortlaut des § 17a Abs 8 mE nicht gedeckt. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Entgeltfortzahlung ist daher die eigentliche Auflösungserklärung.
- Bezüglich der Vertrauensperson des Lehrlings in der Mediation – nicht aber hinsichtlich des zwinend einzubeziehenden gesetzlichen Vertreters eines mj Lehrlings – kann mE aus dem Wesen der Mediation iSd ZivMediatG abgeleitet werden, dass das Recht des Lehrlings zu ihrer Beziehung nur dann besteht, wenn sie bereit ist sich vertraglich zur **Verschwiegenheit** zu verpflichten. Auch muss ein mj Lehrling erst rechtswirksam von seiner Verschwiegenheitspflicht entbunden werden, um in der Mediation in Anwesenheit einer nicht zur Verschwiegenheit verpflichteten Person über Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse sprechen zu dürfen.
- Modifikationen der gesetzlich festgelegten Beendigungsarten eines Lehrverhältnisses sind unzulässig. ME führt auch eine **formlose Erklärung** des Lehrlings nicht weiter auf der Fortsetzung des Lehrverhältnisses bestehen zu wollen, zum Scheitern der außerordentlichen Auflösung, wenn der Lehrberechtigte nicht trotzdem ein Mediationsverfahren einleitet und in weiterer Folge selbst oder durch einen Ausbilder vertreten beim Mediator erscheint.
- Obwohl eine Anordnung über den Anspruch auf **Postensuchtage** im Bereich das § 15a BAG fehlt kann mE eine analoge Anwendung des § 1160b ABGB argumentiert werden.

- ME muss § 15 Abs 5 teleologisch reduziert werden, sodass eine **Belehrung** im Falle der einvernehmlichen Lehrvertragsauflösung auch noch nachträglich erfolgen kann. Eine Frist von fünf Werktagen nach Abschluss der einvernehmlichen Auflösung erscheint dabei angemessen.
- Die Anfechtung einer durch den Lehrberechtigten aus diskriminierenden Gründen iSd **GIBG** erfolgten außerordentlichen Auflösung des Lehrverhältnisses ist mE zulässig.
- Aufgrund der Pflicht zur **unionsrechtskonformen Auslegung** (bzw bei anderem Auslegungsergebnis aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit der Rahmen-RL zur Gleichbehandlung) muss mE der Anwendungsbereich des § 38d AMSG durch die österreichischen Behörden auch auf volljährige Lehrlinge in der beruflichen Erstausbildung ausgeweitet werden. Ein **Vertragsverletzungsverfahren** nach Art 258-260 AEUV vor dem EuGH aufgrund dieses altersdiskriminierenden innerstaatlichen Gesetzes würde höchstwahrscheinlich zu einer Verurteilung Österreichs führen.
- Ein beim VfGH beantragtes **Gesetzesprüfungsverfahren** wegen Verfassungswidrigkeit (Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz) würde wahrscheinlich zur Aufhebung der Ausbildungsgarantie führen.
- Während die außerordentliche Auflösung ausdrücklich eine Rechtsform sui generis ist, so ist sie mE materiell dennoch eine Kündigung. Dies führt insbesondere zur analogen Anwendung von kündigungsspezifischen Rechtsfolgen auf die außerordentliche Auflösung (nämlich wenn dies unter dem Aspekt des Gleichbehandlungsgrundsatzes geboten scheint). Mit dem Ausbildungszweck vereinbar ist die Kündigung nur aufgrund der flankierenden Maßnahme der Ausbildungsgarantie.
- Die geprüfte Subsumtion der außerordentlichen Auflösung unter den Kündigungsbegriff des § 105 Abs 1 ArbVG führt zur **analogen Anwendung der §§ 105ff ArbVG** auf die Gruppe der volljährigen Lehrlinge im zweiten Bildungsweg sowie jene Lehrlinge im ersten Bildungsweg, die das 24. Lebensjahr bereits vollendet haben und somit von der Ausbildungsgarantie nicht erfasst sind.
- Mit Hilfe der teleologischen Interpretation gelangt man bezüglich des vom **besonderen Bestandschutz des ArbVG** erfassten Personenkreises mE zum

Ergebnis, dass auch jenen Personen, die in § 120 Abs 4 ArbVG genannt werden, im Fall einer außerordentlichen Auflösung ihres Lehrverhältnisses der besondere Kündigungsschutz nach dem ArbVG zukommen soll.

- Im Fall einer terminwidrigen außerordentlichen Auflösung aufgrund zusätzlich anwendbarer besonderer Kündigungsvorschriften ist mE eine rechtswirksame außerordentliche Auflösung nicht mehr möglich.
- Auf juristischer Ebene kann der scheinbare Widerspruch zwischen dem Postulat der **Freiwilligkeit** gem ZivMediatG und der gesetzlichen Anordnung der Mediation in § 15a leicht aufgeklärt werden: es stellt nämlich das BAG eine lex specialis und auch lex posterior zum ZivMediatG dar und dehnt so dessen Anwendungsbereich auch auf das „unfreiwillige“ Verfahren nach § 15a aus. **Mediationstheoretisch** wesentlich problematischer als der Einlassungszwang ist jedenfalls die eingeschränkte Ergebnisoffenheit der Mediation (**Open-End-Problematik**). Die gesetzliche Determinierung der Mediationsergebnisse im Rahmen der außerordentlichen Auflösung schränkt das Potenzial der Mediation erheblich ein.
- Me lässt sich aus § 1 Abs 1 ZivMediatG die Verpflichtung des Lehrberechtigten zur Auswahl neutraler Personen iSd ZivMediatG ableiten. Die verpflichtende einseitige **Kostentragungspflicht** des Lehrberechtigten steht mE mit keinem Prinzip der Mediation in Widerspruch und ist darüberhinaus aus allgemeinen sozialen Gesichtspunkten geboten.
- Das gesetzgeberische Begriffsverständnis von Mediation entspricht mE im Wesentlichen dem mediationstheoretischen Ansatz der **Transformativen Mediation**. Dabei geht der Gesetzgeber von einem der Mediation zugrundeliegenden Phasenmodell aus.
- Innerhalb dieses Zuganges sind mE etwa Lehrlingsmediationen via Telefon- oder Videokonferenz zulässig sowie die Abhaltung von Einzelgesprächen im Rahmen einer durchwegs gemeinsam durchgeführten Mediation. Im Mediationsverfahren der außerordentlichen Auflösung ist eine bestimmte systematische Reihenfolge einzelner Verfahrensschritte (iSv Phasen) mE nicht zwingend erforderlich, auch wenn eine solche im Rahmen der anzuwendenden wissenschaftlich anerkannten Methoden vom Mediator nach Möglichkeit einzuhalten ist. Die Durchführung der Lehrlingsmediation

als reine Shuttle-Mediation oder nur in Form von Einzelgesprächen (caucus) ist demgegenüber vom derzeitigen gesetzlichen Mediationsbegriff mE nicht erfasst.

- ME kann insb aus dem Wesen der Mediation keine echte **Verpflichtung** der Medianden zur konstruktiven Einbringung abgeleitet werden. Eine Einbringungsverpflichtung innerhalb des derzeitigen gesetzlichen Mediationsbegriffes wäre mE nicht zulässig.
- Die Mediation in ihrer derzeitigen Form entspricht als alleinige Plattform zur Diskussion um die Beendigung eines Lehrverhältnisses nicht dem Schutz- und Ausbildungszweck des BAG. Dieser kann nur durch den ergänzenden sozialen **Auffangmechanismus der Ausbildungsgarantie** gewahrt werden.
- ME liegt in der Gestaltung der Voraussetzungskette im Falle besonders bestandgeschützter Lehrlinge ein Wertungswiderspruch des Gesetzgebers. Ein Umkehren dieser (gerichtliche Zustimmung in Form eines stattgebenden Urteils noch vor der Einleitung des Mediationsverfahrens) wäre unter den gegebenen Umständen die kostengünstigere und pragmatischere Variante.
- ME ist die Mediation in ihrer klassischen Form und nach dem Mediationsverständnis des Gesetzgebers **kein geeignetes alleiniges Instrument** zur Entscheidung über die Auflösung eines Ausbildungsverhältnisses ist. Eine Zusammenfassung der Vorschläge zur Modifikation der außerordentlichen Auflösung und ihres Mediationsverfahrens kann Pkt 8.1.2. entnommen werden.

9. Literaturverzeichnis

Aubauer/Neumann, Jugendbeschäftigungspaket, taxlex 2008, 304;

Bajons, Mediation: Der Weg von einem österreichischen Pilotprojekt bis zur EU-Mediations-Richtlinie in *Stürner/Matsumoto/Lüke/Deguchi (Hrsg)*, Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, Wien 2009, 499;

Bargen, Gerichtsinterne Mediation: eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt, Tübingen 2008;

Berger/Fida/Gruber, Berufsausbildungsgesetz, Wien 1989;

Berger/Rohringer, Berufsausbildungsrecht², Wien 1979;

Bingham, Transformative Mediation at the United States Postal Service, *Negotiation & Conflict Management Research* 2012/5/4, 354;

Brezovich, Schulrecht kurz gefasst⁸, Linz 2010;

Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁴, Brüssel 2010;

Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen⁸, Wien 2013;

Brooker, An Investigation of Evaluative and Facilitative Approaches to Construction Mediation, *Structural Survey*, Vol 25 iss 3/4, 220;

Bschorer, Das Lehrverhältnis unter dem Einfluß des modernen Arbeitsrechts, Erlangen 1938;

Burger, 10 Stolpersteine auf dem Weg zum Ausbildungsübertitt, *ZAS* 2010, 162;

Burger, Aktuelle Entwicklungen zur Beendigung von Lehrverhältnissen, in *Wachter/Burger (Hrsg)*, Aktuelle Entwicklungen zum Arbeits- und Sozialrecht, Innsbruck 2009, 65;

Burger, Neuerungen im Lehrlingsrecht in *Resch (Hrsg)*, Neuerungen zur Beendigung des Arbeitsvertrags, Wien 2009, 17;

Burgstaller, Krankheit und Kündigung, *ZAS* 2003, 163;

Burroni/Keune, Flexicurity: a conceptual critique, *European Journal of Industrial Relations* 17/2011, 75;

Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre², Wien 2012;

Bydlinski, Grundzüge des Privatrechts⁸, Wien 2010;

Dörflinger-Khashman, Modelle von Mediation, *Perspektive Mediation* 2011/1, 14;

Dorner, Das Lehrlingsrecht⁷, Wien 1993;

Ebler, Arbeitsrechtliche Aspekte der freiwilligen und gesetzlichen Interessenvertretungen, Wien 2007;

Eisenkopf/Bächtiger, Mediation and Conflict Prevention, *Journal of Conflict Resolution* 57/2013, 570;

Falk/Koren, Kommentar zum ZivMediatG, Wien 2005;

Ferz (Hrsg), Rechtskultur – Streitkultur – Mediation, die Reaktivierung verlorener Selbstverantwortung und abgegebener Eigenkompetenz, Wien 2003;

Ferz/Filler, Mediation – Gesetzestexte und Kommentar, Wien 2003;

Fischer/Köck/Karollus, Europarecht⁴, Wien 2002;

Frenz, Handbuch Europarecht – Band 5, Berlin/Heidelberg 2010;

Gagawczuk/Thamm, Arbeitsrechtliche Ansprüche von A-Z⁴, Wien 2011;

Gittenberger, Schriftlichkeit bei der vorzeitigen Auflösung eines Lehrverhältnisses, *DRdA* 2008, 68;

Glasl, Wie Organisationsmediation mit Macht in Konflikten umgehen kann, *Gruppendynamik und Organisationsberatung* 2012/43, 153;

Goodhardt/Fisher/Moloney, Transformative Mediation: Assumptions and Practice, *Journal of Family Studies* 2005/11, 317;

Haft, Verhandlung und Mediation – die Alternative zum Rechtsstreit², München 2000;

Haft/Schlieffen (Hrsg), Handbuch Mediation, München 2002;

Herdlitzka, Lehrlingsmediation – Ausbildungsübertritt nach § 15a BAG, Ansätze zur Prozessoptimierung auf Unternehmerseite am Beispiel Kärnten, Pörtlach 2012;

Herzig/Hennig, Mediation – Aufbruch in eine neue Streitkultur, *JURA* 12/2011, 929;

Heyes, Flexicurity, employment protection and the jobs crisis, *Work, Employment and Society* 25/2011, 642;

Hoffmann, Mediation and the Art of Shuttle Diplomacy, *Negotiation Journal* 2011 iss 27/3, 263;

Hohmann/Morawe, Praxis der Familienmediation, Köln 2001;

Hölbl, Neue Bestimmungen im Berufsausbildungsgesetz – Ausbildungsgarantie und Ausbildungsübertritt, ASoK 2008, 242;

Hopf/Mayr/Eichinger, Kommentar zum GIBG, Wien 2009;

Hotwagner, Das neue Berufsausbildungsgesetz, Wien 1969;

Institut für Bildungsforschung der Wirtschaft/Österreichisches Institut für Berufsbildungsforschung, Bericht zur Situation der Jugendbeschäftigung und Lehrlingsausbildung in Österreich 2010-2011, Wien 2012;

Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht³, Wien 2008;

Kahl/Weber, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴, Wien 2013;

Kinscher (Hrsg), Berufsausbildungsgesetz – und sonstige für die Ausbildung von Lehrlingen einschlägige Rechtsvorschriften mit erläuternden Anmerkungen unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien, Wien 1970;

Klammer/Geißler (Hrsg), Mediation – Einblicke in Theorie und Praxis professioneller Konfliktregelung, Wien 1999;

Kleindienst-Passweg/Proksch/Wiedermann(Hrsg), Handbuch Mediation, Wien 2013;

Kletečka/Schauer, ABGB online – Kommentar zum ABGB, Wien 2010;

Koch, Neu: Lehrvertragsauflösung nach Mediation gesetzlich verankert, taxlex 2008, 393;

Kohl, Die neue betriebliche Lehrstellenförderung, DRdA 2008, 538;

Kriesberg, Mediation in Conflict Systems, Systems Research and Behavioral Science 29/2012, 149;

Likar/Krommer, Mediation und Recht – Das Recht in der Mediation, AnwBl 2005, 60;

Lommerud/Straume, Employment Protection Versus Security: On Technology Adoption in Unionised Firms, The Scandinavian Journal of Economics 114/2012, 177;

Löschnigg, Arbeitsrecht¹¹, Wien 2011;

Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG-Kommentar, Wien 2012;

Maska, Der Ausbildungsübertritt: Mediation versus Mediationsgespräch, ecolx 2009, 153;

Mayr, Die Zwangsmediation im Berufsausbildungsrecht in
Barta/Radner/Rainer/Scharnreitner (Hrsg), Analyse und Fortentwicklung im Arbeits-,
Sozial- und Zivilrecht, Festschrift für Martin Binder, Wien 2010;

Mazal/Hutter (Hrsg), Fachlexikon Arbeitsrecht, Wien 2012;

Mazal/Risak (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar, Wien 2012;

Mehta/Rückert (Hrsg), Mediation – Instrument der Konfliktregelung und
Dienstleistung, Wien 2008;

Montada/Kals, Mediation – ein Lehrbuch auf psychologischer Basis², Weinheim 2007;

Neubauer, Lehrlingsmediation – ein Versuch der Evaluierung, Linz 2013;

Neumayr/Reissner, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht², Wien 2011;

Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht⁹, Wien 2012;

Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht², Wien 2011;

Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht², Wien 2008;

Pöschl, Altersdiskriminierung und Verfassung in *Studiengesellschaft für Wirtschaft
und Recht – WiR (Hrsg)*, Alter und Recht, Wien 2012;

Radner, Die (arbeits-)rechtliche Stellung von Praktikanten und Volontären, DRdA
2001, 3;

Rauch, Arbeitsrecht für Arbeitgeber⁸, Wien 2009;

Rauch, Die außerordentliche Auflösung von Lehrverhältnissen, ASoK 2008, 350;

Rauch, Die Auswirkungen der neuen außerordentlichen Auflösung von
Lehrverhältnissen auf die Kündigungsentschädigung, ASoK 2009, 23;

Rebhahn, Altersdiskriminierung und Unionsrecht in *Studiengesellschaft für Wirtschaft
und Recht – WiR (Hrsg)*, Alter und Recht, Wien 2012;

Riesenhuber (Hrsg), Europäische Methodenlehre², Berlin 2010;

Risak, Die Mediation im Arbeitsrecht, ÖJZ 2012, 395;

Rummel, Kommentar zum ABGB³, Wien 2007;

Schrank, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht³⁵, Wien 2013;

Schwarz, Mediation – Collaborative Law – Collaborative Practice bei Trennungs- und Scheidungskonflikten, Linz 2010;

Steinlechner, Außerordentliche Auflösung des Lehrverhältnisses, taxlex 2008, 349;

Streinz, Europarecht⁹, München 2012;

Strasser/Jabornegg/Resch (Hrsg), ArbVG online – Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz, Wien 2013;

Uher, Handbuch zur Lehrlingsausbildung³, Wien 2003;

Wall/Lynn, Mediation: A Current Review and Theory Development, Journal of Conflict Resolution 1993/37, 160 (164);

Wall/Stark/Standifer, Mediation: A Current Review and Theory Development, Journal of Conflict Resolution 2001/45, 370;

Wallner, Neues Arbeitsmarktpaket von Sozialpartnern und Regierung, RdA 2008, 183;

Wenzel, Konfliktbearbeitung durch Mediation aus berufspädagogischer Sicht, Kassel 2008;

Winkler, Die arbeitsrechtlichen Neuerungen der Berufsausbildungsgesetz-Novelle 1978, ZAS 1979, 169;

Winkler, Eine neue Möglichkeit der vorzeitigen Auflösung von Lehrverhältnissen, ZAS 2008/37, 244;

Wirtschaftskammer Österreich (Hrsg), Berufsausbildung – Kommentar und Gesetzestexte, Wien 1998;

Zippelius, Juristische Methodenlehre¹¹, Erlangen 2012;

Internetquellen

Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend,

<http://www.bmwfj.gv.at/Berufsausbildung/LehrberufeInOesterreich/Seiten/default.aspx> [19.03.2014];

Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend,

<http://www.bmwfj.gv.at/familie/trennungundscheidung/seiten/mediation.aspx>
[30.04.2013];

Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, ME BAG 2008, 162/ME 23. GP 6,

http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIII/ME/ME_00162/imfname_101407.pdf
f [14.01.2013];

IBW, Lehrlingsausbildung im Überblick 2011,

<http://www.bmwfj.gv.at/Berufsausbildung/LehrlingsUndBerufsausbildung/Documents/Lehrlingsausbildung%20im%20Überblick.2011.pdf> [14.10.2013];

IBW, Lehrlingsausbildung im Überblick 2012,

http://www.ibw.at/components/com_redshop/assets/document/product/1349869951_fb171.pdf [14.10.2013];

Österreichischer Gewerbeverein,

http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20070824_OTS0016/oegv-lehrlinge-gegen-facharbeiter-das-ist-brutalitaet [14.10.2012];

Österreichischer Wirtschaftsbund,

http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20050905_OTS0077/lehrlingsfoerderung-neu-bei-60-der-betriebe-bekannt-mehrheit-erwartet-positive-effekte-bild
[14.10.2012];

Pressedienst des Parlaments, PK-Nr. 496,

http://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2008/PK0496/index.shtml
[26.02.2013];

Rathkolb, Das aktuelle Berufsausbildungsrecht, [http://www.forum-](http://www.forum-verlag.at/homepage/Die%20Pflichten%20des%20Lehrberechtigten.pdf)

verlag.at/homepage/Die%20Pflichten%20des%20Lehrberechtigten.pdf
[21.03.2013];

Sadoghi, Kinder und Jugendliche im Wandel des Rechts – Ein Beitrag aus
Rechtswissenschaftlicher Sicht, http://www.ju-quest.at/downloads/Sadoghi_Konferenz2010.pdf [6.3.2014];

Sozialpartner,
http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/20071001_Sozialpartner%20Ma%C3%9Fnahme_npaketArbeitsmarkt_vorl%C3%A4ufigeEndversion.pdf [14.10.2010];

Sozialpartner/Bundesregierung,
<http://www.austria.gv.at/DocView.axd?CobId=26962> [15.10.2012];

SPÖ/ÖVP, Regierungsprogramm für die 23. GP,
http://images.derstandard.at/20070109/regierungsprogramm_09012007.pdf
[15.10.2012];

Wirtschaftskammer Niederösterreich,
<http://wko.at/wknoe/ba/formulare/Ausbildungsuebertritt.pdf> [19.4.2013];

Wirtschaftskammer Österreich,
https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/infoblatt_lehrlingsmediation.pdf [20.05.2014].

Wirtschaftskammer Österreich, <http://wko.at/statistik/jahrbuch/Lehrling5.pdf>
[27.08.2012];

Wirtschaftskammer Österreich, http://wko.at/statistik/jahrbuch/LL_Zeitr_Sp_BDL.pdf
[11.02.2014];

Wirtschaftskammer Österreich, <http://wko.at/statistik/jahrbuch/Lehrling1.pdf>
[27.08.2012];

Wirtschaftskammer Österreich,
http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=405895&DstID=0
[19.4.2013].

10. Anhang

10.1. Abstract Deutsch

Die gegenständliche Arbeit befasst sich mit den rechtlichen, mediationstheoretischen und mitunter auch den praktischen Problemen der außerordentlichen Auflösung von Lehrverhältnissen gem § 15a BAG.

Eine kurze Einleitung ermöglicht zunächst einen ersten Einstieg in die Thematik. Die anschließende historische und politische Aufarbeitung der Entstehung des Lehrverhältnisses im Allgemeinen sowie der Einführung des § 15a im Besonderen tragen zum Verständnis der aktuellen Gesetzeslage sowie der damit verbundenen rechtspolitischen und rechtlichen Problematiken bei. Nach einer allgemeinen Erläuterung der Systematik der außerordentlichen Auflösung und des Verfahrensablaufs der Lehrlingsmediation werden die einzelnen rechtlichen Probleme diskutiert.

Beispielhaft für einige in dieser Arbeit behandelten Rechtsfragen seien insbesondere eine Reihe von Unklarheiten hervorgehoben: bezüglich der Rechtsfolgen einer unzulässigen außerordentlichen Auflösung, der Begriffsbestimmung der Dauer der Lehrzeit, des uneinheitlichen Schriftformgebotes sowie Zustimmungserfordernisses, der Möglichkeit einer Anfechtung iSd GIBG, im Hinblick auf dem vom besonderen Bestandschutz iSd ArbVG erfassten Personenkreis sowie bezüglich der Rechtslage im Falle eines Krankenstandes des Lehrlings im für die Mediation zur Verfügung stehenden Zeitraum.

Den Schwerpunkt der Arbeit bilden zwei zentrale Fragen. Einerseits jene nach der Unionsrechtskonformität der gem § 38d AMSG auf minderjährige Lehrlinge beschränkten Ausbildungsgarantie. Im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung kommt man zum Ergebnis, dass auch volljährige Lehrlinge in der beruflichen Erstausbildung einen Anspruch auf die Zuweisung eines Arbeitsplatzes gem § 38d AMSG geltend machen können. Den zweiten Themenschwerpunkt der Arbeit bildet die Frage nach der Rechtsnatur der außerordentlichen Auflösung. Diese stellt materiell eine Kündigung dar, was insb aus der Sicht des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebotes zu einer Reihe von Folgefragen führt. Als Ergebnis der verfassungskonformen Interpretation des § 15a und der §§ 105ff ArbVG müssen daher auf jene Lehrlinge, denen die Ausbildungsgarantie nicht zusteht, ersatzweise

die Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes der §§ 105ff ArbVG analog angewendet werden.

Anschließend wird das der Lehrvertragsauflösung des § 15a immanente Mediationsverfahren diskutiert. Nach einer allgemeinen Einführung in die Theorie und Systematik der Mediation wird das Verfahren des § 15a diskutiert. Darin werden etwa die Fragen nach der Freiwilligkeit des gesetzlich angeordneten Verfahrens, ihrer Bedeutung innerhalb des gesetzgeberischen Mediationsverständnisses und der damit verbundenen Problematiken, wie etwa einer fehlenden Einbringungsverpflichtung der Medianden, dargelegt. Abschließend wird die grundsätzliche Eignung des derzeitigen Mediationsverfahrens im Rahmen der Lehrvertragsauflösung diskutiert und Lösungsvorschläge zur Verbesserung herausgearbeitet.

Die anschließende Beantwortung der Forschungsfragen sowie ein kurzer Ausblick geben der Arbeit einen vollständigen Rahmen.

10.2. Abstract English

This paper relates to the legal problems, issues in mediation theory and practical challenges concerning the extraordinary notice of dismissal of apprentices in terms of § 15a BAG.

First a short introduction is given. A following summary of the historical and political processes, which lead to the adaption of § 15a, facilitate the comprehension of the current legal situation. After an overview of the process of dismissal and its immanent mediation process the legal problems are being discussed in detail.

These problems involve a series of uncertainties, such as the legal consequences of an improper dismissal, the calculation of the period in terms of § 15a, the requirement that certain declarations be in writing, the ambiguity concerning approval requirements, the possibility of an appeal against an improper dismissal in terms of the GlBG, the question of coverage in terms of the ArbVG and the legal situation in case of an apprentices sick leave during the time designated to the mediation process.

The main focus of this paper is put on two issues. First, whether the education guarantee in terms of § 38d AMMSG, which is limited to underaged apprentices, is in accordance with the law of the European Union. Statutory interpretation leads to the conclusion that also apprentices of age are able to enforce a claim to an assignment of an apprenticeship training position in terms of § 38d AMMSG. The second main topic is

the issue of the legal nature of the extraordinary dismissal. In substance, it is a cancellation, which leads to further issues, mainly concerning the constitutional principle of non-discrimination. Because of the latter, protections against dismissal in terms of §§ 105ffArbVG have to apply analogously to all those apprentices who are not able to enforce a claim in terms of § 38d AMSG.

The discussion of the legal issues is followed by a description of the immanent mediation process from a theoretical point of view. After a short general introduction to the method of mediation, the specific mediation process of § 15a is described and discussed, particularly with regard to the principle of voluntariness. In view of this background the legal obligation of the mediation, its significance concerning the legislators understanding of mediation and further problems, such as the missing obligation of the mediation parties to contribute to the mediation process, are being dealt with. The general adequacy of the mediation in terms of § 15a within the process of termination of an educational contract is being discussed and solutions are being proposed.

In conclusion the research questions are being answered and a short outlook is being given.

10.3. Curriculum Vitae

Persönliches

Name: Mag. iur. Verena Pottmann

Geburtsdatum: 28.02.1989

Geburtsort: Wien

Schulbildung

09/95 – 07/99 Volksschule Alt Erlaa der Stadt Wien, 23. Bezirk
Elementary School, Winters, Kalifornien

09/99 – 06/07 Bundesrealgymnasium Anton-Baumgartnerstr.
1230 Wien; abgeschlossen mit ausgezeichnetem Erfolg

Berufsausbildung

10/07 – 11/11 Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der
Universität Wien; Abschluss in Mindeststudienzeit

01/12 – 01/13 Ausbildung zur Mediatorin an der Akademie
KonsensKultur

03/12 – 06/14 Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der
Universität Wien