

Zeitschrift für

ARBEITS-**ZAS** UND SOZIALRECHT

Schriftleitung Theodor Tomandl, Martin E. Risak
Redaktion Helwig Aubauer, Rolf Gleißner, Bernhard W. Gruber,
Harald Kaszanits, Thomas Neumann,
Michael Reiner, Franz Schrank

Mai 2010

03

141 – 188

Schwerpunktbeiträge

Fürsorgepflicht

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Lichte der Rechtsprechung

Jasmin Pačić ➤ 144

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im deutschen Arbeitsrecht

Martin Franzen und Michael Kling ➤ 155

Beitrag

10 Stolpersteine auf dem Weg zum Ausbildungsübertritt

Florian Burger ➤ 162

Rechtsprechung kommentiert

Anrechnung konzerninterner Vordienstzeiten auf die Wartefrist des
allgemeinen Kündigungsschutzes Elias Felten ➤ 177

Kein Wochengeldanspruch nach freiwilliger Karenzierung

Barbara Knallnig ➤ 182

Muster

Anzeigepflicht des Arbeitnehmers Susanne Mayer ➤ 186

10 Stolpersteine auf dem Weg zum Ausbildungsübertritt

ZAS 2010/28

§ 15 a BAG

Ausbildungs-
übertritt;

Lehrverhältnis;

außerordentliche

Auflösung;

Mediation

Die Formen der Beendigung eines Lehrverhältnisses sind in §§ 14 und 15 BAG taxativ angeführt: Zeitablauf, ex-lege-Auflösung, Auflösung während der Probezeit, einvernehmliche Auflösung sowie die vorzeitige Auflösung aus wichtigen Gründen. Mit BGBl I 2008/82 wurde durch die Einführung des § 15 a BAG eine weitere Auflösungsform kreiert: der Ausbildungsübertritt.

Von Florian Burger

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Verfahren des Ausbildungsübertritts
 1. Dauer der Lehrzeit und des Lehrverhältnisses
 2. Verständigungspflicht über Auflösungsabsicht
 3. Ablehnung der Teilnahme am Mediationsverfahren und Widerruf
 4. Auswahl des Mediators
 5. Mitwirkungspflicht des Lehrberechtigten
 6. Verschwiegenheit der Vertrauensperson
 7. Einvernehmliche Auflösung im Mediationsverfahren
 8. Fehlendes Mediationsgespräch
 9. Verlängerung der Mediation
 10. Schriftformgebote
- C. Zusammenfassung

A. Einleitung

§§ 14 und 15 BAG zählen erschöpfend auf, auf welcher Weise ein Lehrverhältnis enden kann.¹⁾ Die Kündigung

des Lehrverhältnisses ohne (wichtigen) Grund nach Ablauf der gesetzlichen Probezeit ist zum Schutz des meist minderjährigen Lehrlings sowie zur Wahrung des Ausbildungszwecks nicht möglich. Wird sie trotzdem ausgesprochen, ist sie rechtsunwirksam.²⁾ Dadurch weist das Lehrverhältnis einen **besonderen Bestandsschutz** auf, den Interessenvertreter der Arbeitgeber wiederholt als Grund für den Ausstieg von Lehrberechtigten aus der Lehrlingsausbildung anführen.³⁾

1) § 25 Abs 1 KO räumt zusätzlich noch dem Lehrling, nicht aber dem Lehrberechtigten, das Recht zum vorzeitigen Austritt im Konkursfall ein; vgl dazu *Reissner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar (2006) § 25 KO Rz 26 mwN.

2) Vgl etwa *Berger/Fida/Gruber*, Berufsausbildungsgesetz § 14 Rz 1; *Grillberger* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁹ (1998) 405; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 504; *Weiß* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap XIX Rz 84; *ders.*, Der besondere Bestandsschutz von Arbeitsverhältnissen (2002) Rz 311; *Heinz-Ofner*, Der besondere Kündigungsschutz, JAP 2008/2009/5, 41 (42); *Winkler*, Die Beendigung des Lehrverhältnisses, in *Tomandl* (Hrsg), Beendigung des Arbeitsvertrages (1986) 135 (142 f).

3) Vgl APA-Meldungen *Österreichischer Gewerbeverein* 24. 8. 2007, OTS0016 5 II 0592 OGV0001 www.ots.at/presseaussendung/OTS_20070824_OTS0016 (15. 4. 2010); *Fachliste der gewerbli-*

Mit Inkrafttreten der Novelle zum BAG in BGBl I 2008/82 am 28. 6. 2008 wurde dieser Bestandschutz perforiert, indem nunmehr die einseitige Auflösung des Lehrverhältnisses noch vor Zeitablauf auch ohne (wichtigen) Grund zulässig ist. Ermöglicht wird dies durch den sogenannten „Ausbildungsübertritt“ (= „außerordentliche Auflösung“) gem § 15 a BAG, der in Zusammenschau mit der ebenfalls durch die Novelle BGBl I 2008/82 dauerhaft eingeführten Ausbildungsgarantie des § 38 d Abs 1 AMSG als arbeitsmarktpolitische Maßnahme ganz im Sinne des „Flexicurity“-Ansatzes der Europäischen Kommission⁴⁾ das Lehrverhältnis betriebsextern flexibilisiert. Mit Ausnahme von Ausbildungsverträgen im Rahmen einer integrativen Berufsausbildung können Lehrverhältnisse einschließlich jene, die schon vor dem 28. 6. 2008 begründet wurden,⁵⁾ durch einen Ausbildungsübertritt enden.

Diese neue außerordentliche Auflösung nach § 15 a BAG steht zwar sowohl dem Lehrberechtigten als auch dem Lehrling offen, doch wird in erster Linie der Lehrberechtigte von dieser Lösungsmöglichkeit Gebrauch machen, weil der Lehrling schon bisher mit sofortiger Wirkung berechtigt vorzeitig austreten konnte, wenn er seinen Lehrberuf aufgibt.⁶⁾

B. Verfahren des Ausbildungsübertritts

Während der Lehrling relativ einfach das Lehrverhältnis durch rechtzeitige Abgabe einer schriftlichen Willenserklärung außerordentlich auflösen kann, hat der Lehrberechtigte ein mehrstufiges Verfahren zu beachten, in dessen Zentrum eine Mediation steht.⁷⁾ Damit soll die Problemlage der Beteiligten im Falle der drohenden außerordentlichen Auflösung nachvollziehbar dargestellt und erörtert werden können, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Fortsetzung des Lehrverhältnisses möglich ist.⁸⁾ Für eine erfolgreiche, dh rechtswirksame und rechtssichere, Beendigung des Lehrverhältnisses in Form des Ausbildungsübertritts ist die genaue Kenntnis des vorgeschriebenen Verfahrens notwendig, denn eine Missachtung dieser Vorschriften ist mit der zivilrechtlich strengsten Sanktion belegt: der Rechtsunwirksamkeit der Auflösungserklärung, womit nach Wahl des Lehrlings das Lehrverhältnis entweder aufrecht bleibt oder ein Anspruch auf Kündigungsschädigung⁹⁾ begründet wird. Nur durch diese Sanktion bleibt der besondere Bestandschutz des Lehrlings gewahrt.

Auch wenn § 15 a BAG den Anschein weckt, das Verfahren detailliert zu regeln, bleiben Einzelfragen offen. Auf ausgewählte „Stolpersteine“ soll im Folgenden hingewiesen werden.

1. Dauer der Lehrzeit und des Lehrverhältnisses

Gem § 15 a Abs 1 BAG ist die außerordentliche Auflösung des Lehrverhältnisses 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“ möglich. Damit ist der Ausbildungsübertritt je nach Lehrzeit an ein

oder zwei Auflösungsstermine gebunden. Bei der dreifach verwendeten Formulierung „der Lehrzeit“ ist fraglich, ob die durch Verordnung generell-abstrakt festgesetzte Dauer der Ausbildung zu einem bestimmten Lehrberuf oder die durch den Lehrvertrag individuell-konkrete Dauer des Lehrverhältnisses gemeint ist. Durch den Verweis auf die festgelegte Dauer der Lehrzeit „von drei, dreieinhalb oder vier Jahren“ ergibt sich zumindest für die zweite Verwendung der Wortfolge „der Lehrzeit“ unzweifelhaft, dass darunter die generell-abstrakte Dauer der Lehrzeit iSd § 6 BAG zu verstehen ist. ME ist damit auch das Verständnis der beiden anderen Verwendungen iS der **generell-abstrakten Dauer der Lehrzeit** festgelegt.¹⁰⁾ Wenn der Gesetzgeber den zwölften bzw 24. Monat des individuellen Lehrverhältnisses gemeint haben wollte, hätte er wohl innerhalb des § 15 a Abs 1 BAG unterschieden und auf die gleiche Formulierung des § 14 Abs 1 BAG zurückgegriffen, in dem die Dauer des Lehrverhältnisses mit der Wortfolge „im Lehrvertrag vereinbarten Dauer der Lehrzeit“ ausgedrückt wird.

Dass unter der Wortfolge „der Lehrzeit“ die generell-abstrakte Dauer der Lehrzeit iSd § 6 BAG zu begreifen ist und nicht die individuell-konkrete Dauer des Lehrverhältnisses, führt immer nur dann zu Schwierigkeiten, wenn die Dauer des Lehrvertrags nicht mit jener der Lehrzeit übereinstimmt. Zwar entspricht gem § 13 Abs 1 BAG zwingend die Dauer des Lehrverhältnisses der Dauer der Lehrzeit, doch muss uU – etwa bei Anrechnung einer bereits zurückgelegten Lehrzeit – eine kürzere Zeit vereinbart werden.¹¹⁾ Wurde zB das Lehrverhältnis für eine vierjährige Lehrzeit nach zwei Jahren vorzeitig beendet, wird das Lehrverhältnis zum neuen Lehrberechtigten auf die fehlenden zwei Jahre befristet vereinbart. Diese kürzere Vertragsdauer hat aber nun

chen Wirtschaft 2. 1. 2007, OTS0075 5 WI 0223 FGW0002 II www.ots.at/presseaussendung/OTS_20070109_OTS0075 (15. 4. 2010); Österreichischer Wirtschaftsband 5. 9. 2005, OTS0077 5 II 0267 NWB0001 WI www.ots.at/presseaussendung/OTS_20050905_OTS0077 (15. 4. 2010).

- 4) Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Gemeinsame Grundsätze für den Flexicurity-Ansatz herausarbeiten: Mehr und bessere Arbeitsplätze durch Flexibilität und Sicherheit, KOM(2007) 359 endg, Vgl dazu auch Gagawczuk, Flexicurity, infas 2007, 160; Schulte, „Flexicurity“ – Arbeitsflexibilität und soziale Sicherung, in Mazal/Muranaka (Hrsg), Sozialer Schutz für atypisch Beschäftigte (2005) 117; Wöss, Kommissions-Mitteilung zur „Flexicurity“, öRdA 2007, 513.
- 5) Schrank, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht II/72; Schrenk, Rückblick und Vorschau im Arbeitsrecht 2008/2009, taxlex 2008, 522 (525); aA Koch, NEU: Lehrvertragsauflösung nach Mediation gesetzlich verankert, taxlex 2008, 392.
- 6) § 15 Abs 4 lit g BAG; vgl zB OGH 24. 2. 2008, 9 ObA 153/08 b ARD 5952/6/2009 = ecolex 2009/166, 432 = infas 2009 A 39 = wbl 2009/180, 407.
- 7) Vgl zum Verfahren des § 15 a BAG eingehend Burger, Aktuelle Entwicklungen zur Beendigung von Lehrverhältnissen, in Wachter/Burger (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht 2009 (2009) 65; ders, Neuerungen im Lehrlingsrecht, in Resch (Hrsg), Neuerungen zur Beendigung des Arbeitsvertrages (2009) 17; Winkler, Eine neue Möglichkeit der vorzeitigen Auflösung von Lehrverhältnissen, ZAS 2008/37, 244.
- 8) So § 15 a Abs 5 Satz 7 BAG.
- 9) Zum Ausmaß vgl Rauch, Die Auswirkungen der neuen außerordentlichen Auflösung von Lehrverhältnissen auf die Kündigungsschädigung, ASoK 2009, 23.
- 10) Ebenso Schrank, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht II/72; aA Winkler, ZAS 2008/37, 244 (245).
- 11) Vgl Preiss in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar (2006) § 13 BAG Rz 6 ff; Berger/Fida/Gruber, Berufsausbildungsgesetz (2000) § 13 Erl 8.

unmittelbare Auswirkung auf § 15 a BAG: Weil dieser Lehrling zu Beginn seines zweiten Lehrverhältnisses bereits im 25. Lehrmonat steht, hat der neue Lehrberechtigte überhaupt keine Möglichkeit zur außerordentlichen Auflösung des Lehrverhältnisses gem § 15 a BAG!¹²⁾ Damit muss ähnlich wie bei der Einstufung des Lehrlings in ein generelles Entgeltschema¹³⁾ auch bei der außerordentlichen Auflösung des Lehrverhältnisses streng zwischen Lehrzeitanrechnung und Lehrzeitverkürzung unterschieden werden.¹⁴⁾ Dies lässt sich mE auch nicht mithilfe einer teleologischen Interpretation korrigieren: § 15 a BAG eröffnet keine neue Probezeit – diese dauert gem § 15 Abs 1 BAG ohnehin dreimal länger als im „normalen“ Arbeitsverhältnis höchstens vereinbart werden kann und steht auch dem zweiten Lehrberechtigten zur Verfügung. § 15 a BAG soll nur die Lösungsmöglichkeiten „moderat“ ausweiten. Auch wenn eine restriktive Handhabung des § 15 Abs 3 lit c BAG, der die Pflichtverletzung oder -vernachlässigung durch den Lehrling als Entlassungsgrund definiert, durch die Rechtsprechung geortet wird,¹⁵⁾ so darf nicht übersehen werden, dass § 15 a BAG keinen neuen Entlassungsgrund aufgreifen oder die Bewertung der Liste möglicher Entlassungsgründe ändern möchte.

Wer über diesen Unterschied zwischen Lehrzeit und Dauer des Lehrverhältnisses stolpert, muss damit rechnen, dass die außerordentliche Lösungsmöglichkeit von vornherein verschlossen ist.

2. Verständigungspflicht über Auflösungsabsicht

Möchte der Lehrberechtigte das Lehrverhältnis außerordentlich lösen, so muss er gem § 15 a Abs 3 Satz 1 BAG spätestens am Ende des neunten bzw 21. Lehrmonats „dem Lehrling, der Lehrlingsstelle und gegebenenfalls dem Betriebsrat sowie dem Jugendvertrauensrat“ die Auflösung des Lehrverhältnisses und die geplante Aufnahme eines Mediationsverfahrens mitteilen.

Aus dem Wort „gegebenenfalls“ des § 15 a Abs 3 Satz 1 BAG kann abgeleitet werden, dass die Verständigung des Betriebsrats sowie des Jugendvertrauensrats nicht in jedem Auflösungsfall notwendig ist. Es ist nicht nur die Existenz eines Betriebs- bzw Jugendvertrauensrats Voraussetzung, sondern mE auch die **Zuständigkeit des Gruppen-Betriebsrats bzw des Jugendvertrauensrats** zu beachten: Weil gem § 41 Abs 3 letzter Satz ArbVG auch Lehrlinge entweder zur Gruppe der Angestellten oder zur Gruppe der Arbeiter gezählt werden, ist nur der jeweils eingerichtete Betriebsrat der Angestellten oder jener der Arbeiter Adressat der Mitteilung. Der **Jugendvertrauensrat** muss nur dann informiert werden, wenn der Lehrling ein jugendlicher Arbeitnehmer ist. Denn nur für jugendliche Arbeitnehmer¹⁶⁾ ist zur wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen und kulturellen Interessenvertretung der Jugendvertrauensrat berufen.¹⁷⁾ Im Falle der Lösungsabsicht eines Lehrverhältnisses mit einem Lehrling, der bereits zu diesem Zeitpunkt volljährig ist, bedarf es daher keiner Mitteilung an den Jugendvertrauensrat.

Versäumt der Lehrberechtigte diese Mitteilungspflicht gegenüber auch nur einer dieser genannten Personen, ist die Auflösung des Lehrverhältnisses zum

nächsten Termin nicht mehr möglich, weil die rechtzeitige Mitteilung Tatbestandsmerkmal der wirksamen Auflösung ist.

Nicht notwendig ist die Mitteilung des Lehrberechtigten auch an den **gesetzlichen Vertreter** eines minderjährigen Lehrlings. Weil das BAG nicht bei allen Rechtshandlungen die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters im Zusammenhang mit der Begründung, Abänderung und Aufhebung eines Lehrvertrags anordnet, kann sogar eine Entlassung aus den Gründen des § 15 Abs 3 BAG wirksam gegenüber dem minderjährigen Lehrling selbst erklärt werden.¹⁸⁾ Umso mehr muss dies auch für die Mitteilung nach § 15 a Abs 3 BAG, die per se das Lehrverhältnis noch nicht löst, gelten, weil hier ebensowenig eine Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters vorgesehen ist. Eine Mitteilung des Lehrberechtigten **nur an den gesetzlichen Vertreter** an Stelle des Lehrlings führt sogar zur Unwirksamkeit der darauf folgenden Auflösung, weil diesfalls die Mitteilungspflicht verletzt wird.¹⁹⁾

3. Ablehnung der Teilnahme am Mediationsverfahren und Widerruf

Die Durchführung und Beendigung eines Mediationsverfahrens ist bei der außerordentlichen Auflösung durch den Lehrberechtigten obligatorisch. Diese Voraussetzung entfällt gem § 15 a Abs 3 Satz 2 BAG nur dann, wenn der **Lehrling die Teilnahme am Mediationsverfahren schriftlich ablehnt**. Diese Ablehnung muss nicht unmittelbar nach Mitteilung des Lehrberechtigten über die Absicht zur außerordentlichen Auflösung des Lehrverhältnisses erfolgen, sondern kann auch noch später bekanntgegeben werden. Selbst während des Mediationsverfahrens ist eine Ablehnung der Teilnahme an der Mediation durch den Lehrling durchaus noch möglich.

Allerdings wiegt bei Erhalt dieser schriftlichen Ablehnung der Lehrberechtigte sich in trügerischer Sicherheit, denn der Lehrling kann innerhalb einer Frist von 14 Tagen seine Ablehnung ohne Angabe von Gründen schriftlich **widerrufen**. Diesfalls wird die Durchführung und Beendigung eines Mediationsverfahrens doch wieder Voraussetzung für die rechtswirksame außerordentliche Auflösung. Die Ablehnung samt Widerruf

12) Davon unabhängig gilt aber auch für das zweite Lehrverhältnis die dreimonatige Probezeit, weil die „ersten drei Monate“ des § 15 Abs 1 BAG sich auf „das Lehrverhältnis“ beziehen und nicht auf die Lehrzeit des Lehrberufers.

13) OGH 17. 4. 2002, 9 ObA 79/02 m Arb 12.206 = ARD 5347/6/2002 = ASoK 2003, 60 = infas 2002 A 68 = öRdA 2003/38, 373 (zust Nöstlinger).

14) Vgl dazu *Freundlinger/Huber*, Ungewöhnliche Lehrzeiten, ZAS 2008/38, 248 (251).

15) So ErläutRV 505 BlgNR 23. GP 5.

16) Das ist gem § 123 Abs 3 ArbVG ein Arbeitnehmer, der das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat.

17) Vgl § 129 Abs 1 ArbVG.

18) OGH 25. 9. 1979, 4 Ob 78/79 SZ 52/139 = Arb 9810 = öRdA 1981/14, 299 (*Fenyves*) = EvBl 1980/48, 178 = ZAS 1981/14, 100 (*Schrank*); jüngst ASG Wien 18. 6. 2003, 20 Cga 240/02 p ARD 5480/6/2004.

19) Vgl etwa OGH 8. 10. 2003, 9 ObA 53/031 SZ 2003/117 = Arb 12.361 = ecoloex 2004/64, 129 = wbl 2004/121, 239 = öRdA 2004, 173 = RdW 2004/167, 206 = ARD 5480/7/2004 = ASoK 2004, 208 = infas 2004 A 18 = JBl 2005, 395, wonach die Zustellung einer Auflösungserklärung allein an den gesetzlichen Vertreter als nicht ausreichend erkannt wurde.

des Lehrlings ist für den Lehrberechtigten dann problemlos, wenn noch rechtzeitig ein Mediationsverfahren eingeleitet bzw durchgeführt werden kann. Kritisch sind nur jene Fälle, bei denen **innerhalb der 14-tägigen Widerrufsfrist andere**, vom Lehrberechtigten zu berücksichtigende **Fristen ablaufen**:

- **Beauftragung des Mediators:** § 15 a Abs 5 Satz 5 BAG bestimmt, dass der Lehrberechtigte den Mediator spätestens am Ende des zehnten bzw 22. Lehrmonats mit der Durchführung der Mediation zu beauftragen hat. Lehnt etwa der Lehrling eine Woche vor Ende des zehnten bzw 22. Lehrmonats die Teilnahme am Mediationsverfahren ab und beauftragt deshalb der Lehrberechtigte keinen Mediator, so kann der Lehrberechtigte dann zum Ende des zwölften bzw 24. Lehrmonats nicht mehr rechtswirksam die Auflösung des Lehrverhältnisses erklären, wenn der Lehrling – immer noch rechtzeitig innerhalb seiner 14-tägigen Widerrufsfrist – **nach Ende** dieser Beauftragungsfrist seine Ablehnung widerruft; es müsste hier der Lehrberechtigte wider Erwarten ein Mediationsverfahren durchführen und beenden, kann aber dazu keinen Mediator mehr beauftragen.
- **Beendigung des Mediationsverfahrens:** Eine ähnliche Situation ergibt sich einen Monat später am Ende des elften bzw 23. Lehrmonats. Das Mediationsverfahren ist – sofern mindestens ein Mediationsgespräch unter Beteiligung des Lehrberechtigten oder in dessen Vertretung einer mit der Ausbildung des Lehrlings betrauten Person stattgefunden hat – gem § 15 a Abs 6 Satz 4 BAG jedenfalls mit Beginn des fünften Werktages vor Ende des elften bzw 23. Lehrmonats beendet. Erklärt hier der Lehrling schriftlich kurz vor diesem gesetzlichen Zeitablauf die Ablehnung seiner (weiteren) Teilnahme am Mediationsverfahren, begibt sich der Lehrberechtigte dann in Gefahr, wenn er im Vertrauen auf § 15 a Abs 3 Satz 2 BAG die Beauftragung des Mediators aus Kostengründen zurückzieht, dadurch das Mediationsverfahren selbst abbricht und in der Folge die außerordentliche Auflösung erklärt. Denn widerruft im Anschluss der Lehrling seine Ablehnung noch innerhalb seiner 14-tägigen Frist, wird die Auflösungserklärung rechtsunwirksam: Durch den Abbruch der Mediation hat sie nicht durch Erzielung eines Ergebnisses, Beendigungserklärung des Mediators oder durch Zeitablauf geendet, womit die Voraussetzung der gesetzlich vorgesehenen Beendigung des Mediationsverfahrens nicht erfüllt ist.

Diese aufgezeigten Schwierigkeiten lassen sich nicht dadurch beseitigen, indem die Berechtigung des Widerrufs des Lehrlings – etwa durch den Grundsatz von Treu und Glauben oder dem Verbot des *venire contra factum proprium* – in Zweifel gezogen werden. Denn der Lehrling ist zum Widerruf berechtigt, ohne sich hinsichtlich seiner Motivation erklären zu müssen. Die Lösung dieser Schwierigkeiten liegt vielmehr in der Möglichkeit des Lehrberechtigten, trotz Ablehnung des Lehrlings das Mediationsverfahren einzuleiten bzw fortzusetzen, bis die 14-tägige Widerrufsfrist des Lehrlings ungenutzt verstrichen ist. Mit § 15 a Abs 3 Satz 2

BAG entfällt das Mediationsverfahren nur als Voraussetzung für die rechtswirksame Auflösung, verbietet aber nicht ihre freiwillige Durchführung.

4. Auswahl des Mediators

Der für das Mediationsverfahren notwendige Mediator soll von den Konfliktparteien als unparteiischer Dritter wahrgenommen werden. Diese Wahrnehmung ist aber schon dann gefährdet, wenn der die Beendigung suchende Lehrberechtigte den Mediator einseitig bestimmen könnte. Eine Auswahl allein durch den Lehrling beinhaltet andererseits aber die Gefahr der Verfahrenverschleppung – und in der Folge der Fristversäumung. § 15 a Abs 5 Satz 1 bis 4 BAG kennt daher ein bemüht austariertes Auswahlverfahren, das von Aktion und Reaktion beider Vertragspartner mit dem Ergebnis getragen wird, dass am Ende ein in der Mediatorenliste des BMJ eingetragener Mediator auserkoren ist. Weil der **Lehrling stets unverzüglich** reagieren muss, bleibt die Möglichkeit zur Einflussnahme ohne Verschleppungsgefahr bestehen. Schwierigkeiten bestehen freilich bei der Auslegung des Wortes „*unverzüglich*“, doch wird man zur näheren Erfassung auf die Grundsätze zum Unverzüglichkeitsgrundsatz bei Entlassungen bzw vorzeitigen Austritten zurückgreifen können. Dabei ist dem Lehrling jedoch die erforderliche Zeit zur Einholung von Auskünften bzw zur Rücksprache mit seiner Interessenvertretung oder seinem gesetzlichen Vertreter zuzugestehen.²⁰⁾

Das Auswahlverfahren scheitert aber dann, wenn der auserkorene Mediator die Mediation gem § 16 Abs 1 ZivMediatG gar nicht übernehmen kann oder – aus welchen Gründen auch immer – nicht übernehmen will. Zwar ist mE die neuerliche Durchführung des gesamten Auswahlverfahrens notwendig und zulässig, doch muss spätestens am Ende des zehnten bzw 22. Lehrmonats die Beauftragung des Mediators erfolgen, ansonsten ist eine außerordentliche Auflösung nicht mehr zulässig. Aus diesem Grund ist es **zweckmäßig, nur jene Mediatoren auf dem Erst- bzw Zweitvorschlag** zu listen, die im Vorfeld für den Fall ihrer Auswahl **bereits** der Durchführung des Mediationsverfahrens **zugestimmt** haben.

Zur Beschleunigung des Auswahlverfahrens besteht aber noch eine weitere Möglichkeit: Der Lehrberechtigte kann **gleich beim Erstvorschlag zwei weitere eingetragene Mediatoren nennen**, die im Falle der Ablehnung des Erstgenannten dem Lehrling zur Auswahl stehen. Ebenfalls zweckmäßig wird es sein, diese Vorschläge **mit dem ersten Verfahrensschritt (Absichtsmitteilung auf außerordentliche Auflösung) zu kombinieren**. Nicht zulässig ist aber ein **Dreiervorschlag** des Lehrberechtigten, aus dem nicht unmissverständlich hervorgeht, welcher als Erstvorschlag gilt, wenn der Lehrling von seinem Auswahlrecht keinen Gebrauch macht.²¹⁾ →

20) So auch *Rauch*, Die außerordentliche Auflösung von Lehrverhältnissen, ASoK 2008, 350 (351).

21) ME geht aus der bloßen Aufzählung dreier vorgeschlagener Mediatoren noch nicht eindeutig hervor, wer als Erstvorschlag in Frage kommt; aA offenbar *Koch*, taxlex 2008, 392 (394).

Eine Abweichung von diesem Auswahlverfahren wird dann zulässig sein, wenn dadurch die **Stellung des Lehrlings gestärkt**, insbesondere wenn ihm eine größere Auswahlmöglichkeit eingeräumt wird. So können mE dem Lehrling im Zweitvorschlag nicht nur zwei Personen, sondern etwa auch **drei oder mehr** eingetragene Mediatoren vorgeschlagen werden. Die Stellung des Lehrlings wird auch dann gestärkt, wenn ihm eine **längere Überlegungsfrist** gewährt wird, die über die Zeit einer unverzüglichen Entscheidungsfindung hinausreicht. Wenn der Lehrling nicht unverzüglich und daher verspätet aus dem Zweitvorschlag ausgewählt hat – diesfalls müsste eigentlich der im Erstvorschlag genannte Mediator herangezogen werden –, wird der Lehrling sich aber nicht auf die Rechtsunwirksamkeit der Auflösungs-erklärung wegen fehlerhafter Auswahl des Mediators stützen können, wenn ohnehin der vom Lehrling ausgewählte Mediator beauftragt wurde.

Eher zu verneinen wird hingegen die vom Lehrberechtigten eingeräumte freie Auswahl des Lehrlings aus der gesamten Mediatorenliste des BMJ kombiniert mit der Nennung eines Mediators im Falle seiner nicht rechtzeitig erfolgten Auswahl sein, denn das Ausforschen von Personen, die überhaupt als Mediator in Frage kommen können, erschwert die Position des Lehrlings.

5. Mitwirkungspflicht des Lehrberechtigten

Den zentralen Kern des Auflösungsverfahrens nach § 15 a BAG bildet ein Mediationsverfahren, das im Falle der außerordentlichen Auflösung durch den Lehrberechtigten zwingend durchzuführen ist. Anders als bei einer freiwilligen Mediation wird zwischen Lehrberechtigten und Lehrling kein Mediationsvertrag geschlossen. Auch wenn die Einleitung einer Mediation sogar gegen den Willen aller Konfliktparteien noch mit dem Wesen der Mediation vereinbar ist,²²⁾ bleibt die Erzielung eines bestimmten Ergebnisses den Konfliktparteien vorbehalten. Denn ein Verfahren, in dem ohne Zustimmung auch nur einer Partei ein Ergebnis erzielt werden kann, ist keine Mediation, sondern ein Gerichtsverfahren. Auch im Mediationsverfahren nach § 15 a BAG kann daher gegen den Willen des Lehrberechtigten keine Entscheidung getroffen werden. Der Lehrberechtigte kann daher auf seiner bereits getroffenen Entscheidung zur außerordentlichen Auflösung des Lehrverhältnisses beharren. Daraus ergibt sich aber auch, dass der **Lehrberechtigte zu keiner konstruktiven Mitwirkung im Mediationsverfahren verpflichtet** werden kann: Er muss nicht gegen seinen Willen nach den Grundprinzipien der Mediation verhandeln und sich um eine gemeinsame Lösung bemühen.²³⁾ Aufgrund dieser fehlenden Mitwirkungspflicht des Lehrberechtigten kann er auch ohne Angabe von Gründen die außerordentliche Auflösung durchsetzen. Wenn dagegen die Gesetzmateriale²⁴⁾ meinen, dass die außerordentliche Auflösung mit ihrem Mediationsverfahren keinen Spielraum zur willkürlichen Beendigung von Lehrverhältnissen offen lasse,²⁵⁾ verkennen sie die Verhaltensmöglichkeiten in der Mediation mit ihrer nicht erzwingbaren Konfliktbeseitigung. Eine sichere Kontrolle des Auflösungsgrundes und des dahinterstehenden Motivs – sei es vor Ausspruch der Kündigung oder

danach – lässt sich ausschließlich in einem Gerichtsverfahren realisieren, in dem nach sorgsamer Prüfung auch gegen den Willen des Lehrberechtigten eine Entscheidung gefällt werden kann, nicht aber in einem Mediationsverfahren.

Aus dieser fehlenden Mitwirkungspflicht resultiert ein weiterer Aspekt, der in einer freiwilligen Mediation von der Mediationsvereinbarung zwischen den Medianten aufgefangen wird: Aus dem Wortlaut des § 15 a Abs 5 BAG ist nicht zwingend entnehmbar, dass der Lehrberechtigte oder der Lehrling **persönlich** am Mediationsverfahren teilnehmen muss.²⁶⁾ Fehlt aber eine höchstpersönliche Teilnahmepflicht, können sich die Konfliktparteien auch **vertreten** lassen.²⁷⁾ So wird insbesondere die Vertretung des Lehrberechtigten zB durch den Ausbilder²⁸⁾ oder durch einen Personalverantwortlichen ebenso möglich sein wie die Vertretung des Lehrlings durch den gesetzlichen Vertreter oder eine Vertrauensperson. Auch die rechtsfreundliche Vertretung ist zulässig. Gestützt wird diese Vertretungsmöglichkeit auch durch § 15 a Abs 6 Satz 4 BAG: Danach kann allein durch Zeitablauf das Mediationsverfahren enden, sofern „*zumindest ein Mediationsgespräch unter Beteiligung des Lehrberechtigten oder in dessen Vertretung einer mit der Ausbildung des Lehrlings betrauten Person stattgefunden hat*“ – ein anderer Vertreter als der Ausbilder ist für die Beendigung des Mediationsverfahrens durch Zeitablauf hingegen nicht ausreichend. Damit sind aber auch Mediationsgespräche denkbar, an denen weder der Lehrberechtigte noch eine mit der Ausbildung des Lehrlings betraute Person teilgenommen haben. Eine höchstpersönliche Teilnahmepflicht an den Mediationsgesprächen muss auch seitens des Lehrlings verneint werden, weil sonst die dauernde Abwesenheit des Lehrlings dazu führen könnte, dass kein ordnungsgemäßes Mediationsverfahren stattfinden kann. Dies hätte aber die Rechtsunwirksamkeit der anschließend ausgesprochenen außerordentlichen Auflösung zur Folge. Damit stünde die Rechtswirksamkeit der Beendigungs-erklärung des Lehrberechtigten aber gänzlich in der Dispositionsfreiheit des Lehrlings.

Dass eine Mediation ohne konstruktive Mitwirkungs- und höchstpersönliche Teilnahmepflicht aus praktischer Sicht zum Scheitern verurteilt ist, liegt auf

22) Entsprechend finden sich in der Literatur auch Definitionen, die nur einen freien Willen zur Einigung im Verfahren, nicht aber zur Einleitung des Verfahrens kennen; vgl zB *Pruckner*, Recht der Mediation (2003) 17; *Fritz*, Mediation im Wirtschaftsleben, SWK 1999 W 146.

23) Anders verhält es sich bei einer Mediation, die nicht auf der Grundlage des § 15 a BAG, sondern auf Basis eines Mediationsvertrags, welchen die Konfliktparteien freiwillig abgeschlossen haben, durchgeführt wird: Hier haben die Medianten bereits durch ihre freiwillige Einlassung ihren guten Willen zur Kooperation signalisiert – wer sich nicht um eine gemeinsame Lösung bemühen möchte, braucht sich auf das Mediationsverfahren gar nicht erst einzulassen.

24) ErläutRV 505 BlgNR 23. GP 5.

25) So auch *Koch*, *taxlex* 2008, 392 (394).

26) Vgl auch *Rauch*, *ASoK* 2008, 350 (351). Dies ebenso erkennend *ÖGB/BAK*, 18/SN-162/ME 23. GP 8, die deshalb zumindest fünf Mediationsgespräche fordern, an denen sich der Lehrberechtigte und der Lehrling beteiligen müssen.

27) *Nelle/Hacke*, Obligatorische Mediation: Selbstwiderspruch oder Reforminstrument? *ZKM* 2001, 56 (60), gehen mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz generell von einer Vertretungsmöglichkeit aus, weisen aber darauf hin, dass das persönliche Erscheinen der betroffenen Konfliktparteien weitaus bessere Ergebnisse erwarten lässt.

28) Ebenso *Koch*, *taxlex* 2008, 392 (393).

der Hand. Doch auch eine erzwungene höchstpersönliche Teilnahme des Lehrberechtigten entspricht nicht immer einer wirkungsvollen Mediation, denn in größeren Betrieben hat der Lehrberechtigte im Arbeitsprozess nicht einmal Kontakt mit dem Lehrling.²⁹⁾ Das Vorstandsmitglied einer börsennotierten Aktiengesellschaft als Organ des Lehrberechtigten wird eher selten die richtige Ansprechperson für den Mediator sein. Zielführender ist hier die Teilnahme des Ausbilders, der jedoch nach § 15 a Abs 5 Satz 6 BAG nicht in die Mediation einzubeziehen ist – er kann, muss aber nicht als Vertreter des Lehrberechtigten teilnehmen.

Wegen der essenziellen Freiwilligkeit in der Entscheidungsfindung ist jede Mediation zum Scheitern verurteilt, wenn eine Konfliktpartei ihre Bereitschaft zur konstruktiven Lösung aufkündigt. Dass aber bei einer beabsichtigten außerordentlichen Auflösung des Lehrverhältnisses diese Bereitschaft beim Lehrberechtigten möglicherweise von Anfang an nie bestand und trotzdem ein Mediationsverfahren zwingend durchzuführen ist, ist ein Konstruktionsmangel des § 15 a BAG. Damit wird zwar die Mediation bloß auf einen formellen Verfahrensakt reduziert,³⁰⁾ doch war sie ohnehin nie ein verbindliches Kontrollinstrument über die Motive des Lehrberechtigten, sondern ausschließlich das, was die Mediation eben ist: nur eine Chance und keine Garantie auf Konfliktbereinigung, die einseitig jederzeit von jedem Medianten nach Belieben vernichtet werden kann.

6. Verschwiegenheit der Vertrauensperson

Ein weiteres Problem kann sich in der Vertrauensperson des Lehrlings, die gem § 15 a Abs 5 Satz 6 BAG zwingend in die Mediation einzubeziehen ist, eröffnen, wenn schutzwürdige Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse in der Mediation thematisiert werden sollen.³¹⁾ Während der Mediator selbst der gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht gem § 18 ZivMediatG mit Kriminalstrafbewehrung unterliegt und der Lehrling schon aus dem Lehrvertrag – über den Entlassungstatbestand des § 15 Abs 3 lit d BAG – zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen verpflichtet ist, ist die beigezogene Vertrauensperson des Lehrlings **weder nach ZivMediatG noch BAG zur Verschwiegenheit verpflichtet**. Auch kann die Vertrauensperson nicht gezwungen werden, sich vertraglich einer Verschwiegenheitspflicht zu unterwerfen, gleichwohl sie aber auf Wunsch des Lehrlings unbedingt in die Mediation einzubeziehen ist.

Praktisch wird das Problem zu Lasten der Mediation gelöst: Zum eigenen Schutz wird sich der Lehrberechtigte nicht weiter in die Mediation einbringen wollen. Und solange der Lehrling nicht von seiner Verschwiegenheitspflicht entbunden wird, darf er mE auch im Rahmen der Mediation niemanden über Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse unterrichten, selbst wenn sie für die außerordentliche Auflösung von Bedeutung sind.

7. Einvernehmliche Auflösung im Mediationsverfahren

Das Mediationsverfahren ist gem § 15 a Abs 6 Satz 1 und 2 BAG beendet, wenn ein Ergebnis erzielt wurde,

wobei sowohl die Bereitschaft des Lehrberechtigten zur Fortsetzung des Lehrverhältnisses als auch die Erklärung des Lehrlings, nicht weiter auf der Fortsetzung des Lehrverhältnisses zu bestehen, als Ergebnis gilt. Denkbar ist freilich, dass im Rahmen der Mediation eine **einvernehmliche Auflösung des Lehrverhältnisses** erzielt wird und der Lehrberechtigte von der einseitig erklärten, außerordentlichen Auflösung Abstand nimmt.

Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass das Mediationsverfahren die einvernehmliche Auflösung nicht von ihren **Formvorschriften** entbindet. So muss jedenfalls gem § 15 Abs 5 BAG eine Amtsbestätigung eines Arbeits- und Sozialgerichts oder eine Bescheinigung einer Kammer für Arbeiter und Angestellte vorliegen, aus der hervorgeht, dass der Lehrling – auch der Volljährige –³²⁾ über die Bestimmungen betreffend die Endigung und die vorzeitige Auflösung des Lehrverhältnisses **belehrt** wurde.³³⁾ Wird zwar als Ergebnis der Mediation eine einvernehmliche Auflösung vereinbart, nicht aber vorher eine Belehrungsbescheinigung eingeholt, so entfaltet auch diese einvernehmliche Auflösung keine Rechtswirkung und das Lehrverhältnis bleibt weiterhin aufrecht. Ebenso muss die einvernehmliche Auflösung schriftlich erfolgen, weshalb eine bloße Protokollierung der mündlichen Auflösungsvereinbarung durch den Mediator nicht ausreicht. Beim minderjährigen Lehrling ist gem § 15 Abs 2 BAG iVm § 154 Abs 2 ABGB zusätzlich die Zustimmung beider vertretungsbefugter Elternteile vonnöten.

8. Fehlendes Mediationsgespräch

Wenn in der Mediation kein Ergebnis erzielt werden konnte oder der Mediator die Mediation für beendet erklärt hat, endet das Mediationsverfahren ex lege mit Beginn des fünften Werktages vor Ablauf des elften bzw 23. Lehrmonats. Somit hat der Lehrberechtigte unabhängig vom Ausgang der Mediation fünf Werktage Zeit, seine Auflösungserklärung unter Wahrung der einmonatigen Auflösungsfrist rechtzeitig dem Lehrling zugehen zu lassen. Als einzige Voraussetzung der Beendigung der Mediation durch Zeitablauf nennt § 15 a Abs 6 Satz 4 BAG das Stattfinden zumindest eines Mediationsgesprächs unter Beteiligung des Lehrberechtigten oder in dessen Vertretung einer mit der Ausbildung des Lehrlings betrauten Person. Die Anknüpfung des Zeitablaufes an dieses Mediationsgespräch lässt demnach eine **Fristversäumnis** zu: Findet, aus welchen Gründen auch immer, kein derartiges Mediationsgespräch statt, wird die Mediation auch nicht durch den Mediator für beendet erklärt und auch kein Ergebnis erzielt, ist das **Mediationsverfahren nicht** nach § 15 a

29) Diese Schwierigkeit bereits im Begutachtungsverfahren erkennend *Österreichischer Bundesverband der MediatorInnen*, 9/SN-162/ME 23. GP 2.

30) Ebenso *Maska*, Der Ausbildungsübertritt: Mediation versus Mediationsgespräch, *ecolex* 2009, 153 (154 f).

31) *Mähler/Mähler*, Missbrauch von in der Mediation erlangten Informationen, ZKM 2001, 4, bezeichnen den Gebrauch bzw Missbrauch von in der Mediation erlangten Informationen als „Achillesferse der Mediation“.

32) *Preiss*, *ZellKomm* § 15 BAG Rz 19; *Berger/Fida/Gruber*, BAG (2000) § 15 Erl 84.

33) *Steinlechner*, *Außerordentliche Auflösung des Lehrverhältnisses*, *taxlex* 2008, 349 (350).

Abs 6 BAG **beendet** worden. Weil aber nicht bloß die Durchführung, sondern auch die Beendigung der Mediation erklärte Bedingung für die Rechtswirksamkeit der außerordentlichen Auflösung ist, kann daher jedenfalls das Lehrverhältnis nicht außerordentlich gelöst werden. Weil am Mediationsgespräch – wegen einer fehlenden höchstpersönlichen Teilnahmepflicht – nicht der Lehrling, sondern nur der Lehrberechtigte oder der Ausbilder teilnehmen muss, kann der Lehrling den Zeitablauf des Mediationsverfahrens nicht vereiteln. Nimmt hingegen der Lehrberechtigte oder in dessen Vertretung der Ausbilder nicht teil, trägt er entsprechend die für ihn nachteilige Folge der Nichtauflösbarkeit des Lehrverhältnisses.

Denkmöglich ist aber auch der Fall, dass der **Mediator selbst nicht rechtzeitig ein Mediationsgespräch führt**. Aus Gründen der Vorsicht ist es zwar empfehlenswert, im Rahmen der Beauftragung durch den Lehrberechtigten sich die rasche Durchführung des Mediationsverfahrens vom Mediator zusichern zu lassen, doch ist es auch dann nicht ausgeschlossen, dass auch ohne Verschulden des Mediators – etwa wegen Krankheit, Unfall oder Tod – noch nicht einmal ein Mediationsgespräch stattfindet. Nach dem Wortlaut des § 15 a Abs 6 BAG ist auch bei dieser Fallkonstruktion das Mediationsverfahren nicht beendet, obgleich der Lehrberechtigte den Eintritt dieses Falles nicht zu verantworten hat. ME ist § 15 a Abs 6 Satz 4 BAG aber deshalb **nicht teleologisch zu reduzieren**: Erklärer Gesetzeszweck der Mediation ist, die Problemlage für die Beteiligten nachvollziehbar darzustellen und eine Fortsetzung des Lehrverhältnisses zu erörtern. Damit dies aber zumindest potenziell möglich ist, ist ein Mediationsgespräch nötig, in dem die Konfliktparteien sich einbringen können – so sie denn wollen. Liefße § 15 a Abs 6 Satz 4 BAG aber nun auch das Mediationsverfahren ohne jegliches Mediationsgespräch durch Zeitablauf enden, kann der Gesetzeszweck auch dann keinesfalls erreicht werden, wenn das Nichtstattfinden des Gesprächs ausschließlich vom Mediator zu verantworten ist. Damit fehlt aber die versteckte Lücke als methodische Voraussetzung der teleologischen Reduktion.³⁴⁾

9. Verlängerung der Mediation

Denkbar ist, dass beide Konfliktparteien den Wunsch äußern, das **Mediationsverfahren fortsetzen** zu wollen, obgleich es ex lege durch Zeitablauf endet. Freilich kann sich nahtlos ein weiteres, jedoch freiwilliges und nicht mehr gesetzlich erzwungenes Mediationsverfahren anschließen, das ebenfalls unter den Anwendungsbereich des ZivMediatG fällt.

Zu beachten ist aber, dass nach Beendigung der nachfolgenden Mediation eine **außerordentliche Auflösung** seitens des Lehrberechtigten **nicht mehr möglich** ist, weil die Auflösungsstermine des § 15 a Abs 1 BAG unverrückbar sind und die einmonatige Auflösungsfrist jedenfalls gewahrt bleiben muss. Dieser Umstand lässt sich auch nicht dadurch umgehen, indem mit dem Lehrling vereinbart wird, dass eine außerordentliche Auflösung rechtswirksam nachgeschoben werden könne. Eine solche Vereinbarung stellt eine unzulässige

Ausdehnung der Auflösungsmöglichkeiten des Lehrverhältnisses dar.³⁵⁾

Auch kann nach Zeitablauf der gesetzlich erzwungenen Mediation nicht die **außerordentliche Auflösung unter der Bedingung** erklärt werden, dass sie nur dann wirke, wenn die nachfolgende Mediation zu keinem Ergebnis führe. Weil das Mediationsergebnis auch vom erklärenden Lehrberechtigten abhängt, handelt es sich dabei um keine Potestativbedingung, sodass diese Aufklärungserklärung wegen ihrer bedingungsfeindlichen Natur rechtsunwirksam ist.³⁶⁾

10. Schriftformgebote

Schon bisher war für jede rechtsgeschäftliche Lösung des Lehrverhältnisses – Auflösung während der Probezeit, vorzeitiger Austritt, Entlassung und einvernehmliche Auflösung – die Aufklärungserklärung in Schriftform notwendig.³⁷⁾ Weil die Schriftform die eigenhändige Unterzeichnung voraussetzt, genügt eine Aufklärungserklärung nach § 15 Abs 1 BAG per SMS³⁸⁾ oder E-Mail nicht, um das Lehrverhältnis rechtswirksam aufzulösen. Lediglich eine qualifizierte elektronische Signatur gem § 4 Abs 1 SigG vermag eine SMS oder E-Mail als schriftliche Aufklärungserklärung zu qualifizieren. Auch ein Gedächtnisprotokoll, worin der Lehrling die Aufklärungserklärung des Lehrberechtigten zur Kenntnis nimmt,³⁹⁾ oder die bloße schriftliche Mitteilung der mündlichen Aufklärungserklärung an die Lehrlingsstelle, den Krankenversicherungsträger oder die Berufsschule ersetzen nicht die geforderte Schriftform.⁴⁰⁾

Ebenso sind im Verfahren des Ausbildungsübertritts **Schriftformgebote** an zwei Stellen zu beachten:

→ Zum einen unterfällt die **Erklärung der außerordentlichen Auflösung** § 15 Abs 2 BAG, weil der Ausbildungsübertritt in die Liste der zulässigen Auflösungsarten des Lehrverhältnisses in § 15 Abs 1 BAG aufgenommen wurde. Es ist daher nicht ausreichend, dem Lehrling⁴¹⁾ bloß mündlich oder in elektronischer Form ohne qualifizierte elektronische Signatur nach Abschluss des Mediationsverfahrens die Auflösung zu erklären. Dies gilt freilich auch für den Lehrling, der außerordentlich das Lehrverhältnis beenden möchte.

34) *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 480; *Rüthers*, Rechtstheorie⁴ (2008) Rz 902 f; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre¹⁰ (2006) 69.

35) Vgl OGH 6. 9. 1983, 4 Ob 101/83 öRdA 1984, 160 = infas 1984 A 10; *Preiss*, ZellKomm § 15 BAG Rz 20.

36) Vgl zur Bedingungsfeindlichkeit zB *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Arbeitsrecht 2⁶ (2008) 233; *Engelbrecht* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap XVI Rz 77.

37) Vgl etwa *Berger/Fida/Gruber*, BAG (2000) § 15 Erl 3 und 4; *Preiss*, ZellKomm § 15 BAG Rz 3; *Gittenberger*, Schriftlichkeit bei der vorzeitigen Auflösung eines Lehrverhältnisses, öRdA 2008, 68.

38) OGH 7. 2. 2008, 9 ObA 96/07 v öRdA 2008, 443 = ZAS-Judikatur 2008/123, 175 = infas 2008 A 55 = RdW 2008/373, 410 = ARD 5867/6/2008 (*Adamovic*) = ASoK 2008, 277 (*Marhold-Weinmeier*) = EvBl 2008/100, 529 = JBl 2008, 537 = e-colex 2008/246, 665. Vgl dazu auch *Gittenberger*, öRdA 2008, 68; *Ortner*, Keine Beendigungserklärung des Lehrverhältnisses per SMS, PVInfo 2008 H 8, 31.

39) LGZ Wien 9. 9. 1982, 44 Cg 150/82 Arb 10.175.

40) OGH 9. 10. 1991, 9 ObA 198/91 Arb 10.988 = wbl 1992, 95 = infas 1992 A 150.

41) Die schriftliche Aufklärungserklärung muss auch im Falle eines minderjährigen Lehrlings nur ihm zugehen, nicht zusätzlich auch dem gesetzlichen Vertreter; dazu aA *Steinlechner*, taxlex 2008, 349 (350).

→ Zum anderen muss die **Ablehnung der Teilnahme am Mediationsverfahren** durch den Lehrling schriftlich erfolgen; bei einer bloß mündlichen Ablehnung ist das Mediationsverfahren jedenfalls trotzdem durchzuführen, ansonsten ist die Auflosungserklärung rechtsunwirksam. Auch der **Widerruf** seiner Ablehnung bedarf der Schriftform.

Die Einhaltung der gebotenen Schriftform geht jedoch über die Beweissicherung hinaus. Wenn etwa die Auflosungserklärung nicht rechtzeitig schriftlich ergeht, ist die Auflösung des Lehrverhältnisses nicht rechtswirksam erfolgt und das Lehrverhältnis bleibt über den angesteuerten Auflosungszeitpunkt hinaus bestehen.

Für andere Verfahrensschritte im Rahmen des Ausbildungsübertritts ist hingegen keine besondere Form vorgeschrieben:

→ So kann etwa die **Mitteilung über die beabsichtigte außerordentliche Auflösung und geplante Aufnahme des Mediationsverfahrens**, die das Verfahren zum Ausbildungsübertritt durch den Lehrberechtigten einleitet, auch zB per E-Mail oder telefonisch erfolgen.⁴²⁾ Das Schriftformgebot des § 15 Abs 2 BAG bezieht sich nur auf jene Willenserklärung, die das Lehrverhältnis löst; diese ist aber mit der Absichtsmitteilung nach § 15 a Abs 3 BAG nicht identisch. Auch aus § 15 a Abs 3 Satz 4 BAG, der den Namen des Lehrlings, seine Adresse, seinen Lehrberuf sowie den Beginn und das Ende der Lehrzeit als Mindestinhalt vorschreibt, ist eine gebotene Schriftlichkeit nicht ableitbar.

→ Auch der **Vorschlag** des Lehrberechtigten über die zur Auswahl des Lehrlings stehenden **Mediatoren** benötigt keine Schriftform. So lässt sich das gesamte Auswahlverfahren zB per E-Mail abwickeln. Dafür können sich aber Probleme in der Beweisbarkeit des Zugangs eröffnen.⁴³⁾

→ Ebenfalls keiner Schriftform bedürfen die unverzügliche **Mitteilung** des Lehrberechtigten über die erfolgte Auflosungserklärung an die **Lehrlingsstelle** gem § 15 a Abs 7 BAG und die binnen zwei Wochen zu erfolgende Abmeldung von der **Berufsschule** gem § 24 Abs 3 SchPflG.⁴⁴⁾

C. Zusammenfassung

Der Ausbildungsübertritt gem § 15 a BAG bietet insb dem Lehrberechtigten die Möglichkeit, ohne wichtigen Grund das Lehrverhältnis vorzeitig zu lösen. Wegen der fehlenden Kontrollmöglichkeit innerhalb des verpflichteten Mediationsverfahrens ist die Auflösung sogar ohne Angabe von Gründen zulässig. Doch kann der Teufel im Detail stecken, denn die Missachtung der Verfahrensvorschriften führt regelmäßig wegen des besonderen Bestandschutzes des Lehrverhältnisses zur Rechtsunwirksamkeit der Auflosungserklärung. Dies betrifft bereits die Wahl falscher Termine, die fehlerhafte Mitteilung über die beabsichtigte Auflösung am Beginn des Verfahrens, der geschickt gewählte Zeitpunkt der Ablehnung des Mediationsverfahrens und dessen Widerruf durch den Lehrling, Fehler in der Auswahl des Mediators oder im Mediationsergebnis sowie die Missachtung von Schriftformgeboten. Die Folgen daraus kann der Lehrling frei wählen: Entweder besteht er auf den aufrechten Bestand des Lehrverhältnisses oder er macht Schadenersatzansprüche geltend.

42) Ebenso *Winkler*, ZAS 2008/37, 244 (245), und *Rauch*, ASoK 2008, 350.

43) So kann der Anscheinsbeweis des Zugangs einer E-Mail nicht mittels eines E-Mail-Sendeprotokoll erbracht werden: OGH 29. 11. 2007, 2 Ob 108/07 g. *justIT* 2008/26, 64 (*Staudegger*) = *EvBl* 2008/70, 365 = *ecolex* 2008/71, 227 = *JBl* 2008, 324 = *RdW* 2008/297, 339 = *MR* 2008, 176; *Schmidbauer*, Beweis und Anscheinsbeweis bei der Übermittlung einer E-Mail-Erklärung, *Zak* 2008/151, 83.

44) AA offenbar *Steinlechner*, *taxlex* 2008, 349 (350).

→ In Kürze

Mit dem Ausbildungsübertritt des § 15 a BAG wird dem Kanon der Beendigungsformen von Lehrverhältnissen ein weiterer Typus hinzugefügt. Wenngleich die Auflösung auch ohne Angabe von Gründen möglich ist, können falsche Annahmen und Verfahrensfehler zur Rechtsunwirksamkeit der Auflosungserklärung führen.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Florian Burger ist Universitätsassistent am Institut für Arbeits- und Sozialrecht, Wohn- und Immobilienrecht und Rechtsinformatik der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck.

Kontaktadresse: Innrain 52, A-6020 Innsbruck.

E-Mail: florian.burger@uibk.ac.at

Vom selben Autor erschienen:

Aktuelle Entwicklungen zur Beendigung von Lehrverhältnissen, in *Wachter/Burger* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht 2009 (2009) 65 – 101; Neuerungen im Lehrlingsrecht, in *Resch* (Hrsg), Neuerungen zur Beendigung des Arbeitsvertrages (2009) 17 – 52.

Literatur:

Winkler, Eine neue Möglichkeit der vorzeitigen Auflösung von Lehrverhältnissen, ZAS 2008/37, 244; *Maska*, Der Ausbildungsübertritt: Mediation versus Mediationsgespräch, *ecolex* 2009, 153; *Rauch*, Die außerordentliche Auflösung von Lehrverhältnissen, ASoK 2008, 350.

