

# Arbeitsrecht für Arbeitgeber

Über 900 Tipps zur Vermeidung kostspieliger Irrtümer mit 80 Mustervorlagen für die betriebliche Praxis

Bearbeitet von  
Thomas Rauch

13., aktualisierte und erweiterte Auflage 2014 2014. Taschenbuch. ca. 872 S. Paperback

ISBN 978 3 7073 3122 6

Format (B x L): 15,5 x 22,5 cm

Gewicht: 1260 g

Recht > Europarecht , Internationales Recht, Recht des Auslands > Recht des Auslands > Ausländisches Recht: Österreich

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

# Kapitel I

## 1. Vorgehen bei Lösung einer arbeitsrechtlichen Frage

Wenn beispielsweise ein **KV** vorsieht, dass eine AG-Kündigung nur schriftlich ausgesprochen werden kann und ungeachtet dieser Regelung der AG die Kündigung nur mündlich ausspricht, hat dies zur Folge, dass durch die Nichteinhaltung dieser Formvorschrift die Kündigung als rechtsunwirksam anzusehen ist.

Wenn man daher eine arbeitsrechtliche Frage zu lösen hat, wird man zuerst nachlesen

- im anzuwendenden KV (siehe 9.), um festzustellen, ob dieser zu gegenständlichem Problem eine Regelung vorsieht. Ist dies nicht der Fall, wird man prüfen, ob neben dem KV
  - mündliche oder schriftliche Vereinbarungen bestehen (die nicht gegen zwingende Bestimmungen verstößen dürfen – siehe 14.1) oder ob ein
  - „gewohnheitsrechtlicher“ Anspruch (siehe 14.15) entstanden ist.

Ist all dies zu verneinen, ist zu klären, ob ein

- Spezialgesetz die gestellte Frage beantwortet.

Erst wenn auch diese Prüfung ergebnislos bleibt, ist auf das

- ABGB, das als „Keimzelle“ aller arbeitsrechtlichen Bestimmungen gilt, zurückzugreifen.

## 2. Notwendige und zweckmäßige Schriftform im Arbeitsrecht

Im Arbeitsrecht ist die Schriftform u.a. zwingend vorgesehen für:

- die einvernehmliche Beendigung eines Arbeitsverhältnisses mit einem Präsenz- oder Zivildiener (weiters ist eine Bestätigung eines Gerichts oder eine Bescheinigung der Arbeiterkammer erforderlich, aus der hervorgeht, dass der Präsenz- oder Zivildiener über die einvernehmliche Lösung belehrt wurde – zur einvernehmlichen Lösung siehe 43.),
- die einvernehmliche Beendigung eines Arbeitsverhältnisses mit einer dem MSchG unterliegenden AN (die vorgenannte Bestätigung eines Gerichts oder Bescheinigung der Arbeiterkammer über die Belehrung ist hier nur dann erforderlich, wenn die dem MSchG unterliegende AN minderjährig ist),
- die einvernehmliche Beendigung eines Arbeitsverhältnisses mit einem dem VKG unterliegenden AN (bezüglich Belehrung gelten dieselben Bestimmungen wie nach dem MSchG),
- die Beendigung eines Lehrverhältnisses auf Grund der Bestimmungen des BAG (hier ist die vorgenannte Bestätigung bzw. Bescheinigung jedenfalls erforderlich – siehe 52.).

- weiters können in einem KV Formvorschriften enthalten sein (z.B. sieht Art. XI Z 2 des KV für das Güterbeförderungsgewerbe die schriftliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach einmonatiger Betriebszugehörigkeit vor).

Mündlich vorgenommene Vereinbarungen sowie Erklärungen in diesen Bereichen wären jedenfalls rechtsunwirksam (beispielsweise wurde dies für das Schriftformgebot im zuvor erwähnten KV entschieden – OGH 9 Ob A 78/08 y). Dies bewirkt, dass das betreffende Arbeitsverhältnis trotz des (allerdings nicht wirksamen) Auflösungsvorganges weiterhin aufrecht ist. Damit ist vor allem die Konsequenz verbunden, dass die Pflicht zur Bezahlung des laufenden Entgelts fortbesteht. Eine SMS (oder ein E-Mail) entspricht nicht dem Gebot der Schriftlichkeit, weil weder eine Unterschrift noch eine entsprechende Fälschungssicherheit gegeben ist (OGH 9 Ob A 96/07 v, 9 Ob A 14/08m).

Es ist also auf die unbedingte Einhaltung der Schriftlichkeit dort, wo dies normiert ist, zu achten, denn Formfehler im Arbeitsrecht sind im Regelfall sehr kostspielig. Die Einhaltung einer Schriftform ist auch dort zweckmäßig, wo eine mündliche Absprache an sich gültig ist, um die jederzeitige Beweisbarkeit zu gewährleisten. Bei der persönlichen Übergabe von Auflösungserklärungen (z.B. Kündigungserklärung, Entlassungserklärung) oder etwa einer Verwarnung an den AN ist es ratsam, auf dem beim AG verbleibenden Original die Übernahme einer Ausfertigung durch den AN bestätigen zu lassen („Duplikat übernommen am, Unterschrift des AN“). Bei Verweigerung der Unterschrift kann die Erklärung des AG im Wege eines eingeschriebenen Briefes übermittelt werden.

Falls die Schriftform nicht geboten ist (sondern nur der Beweissicherung dient), kann eine Erklärung auch mündlich in Gegenwart von Zeugen abgegeben und der Vorgang schriftlich vermerkt werden (Details siehe 41 ff. und 42 ff.).

Viele Arbeitsgerichtsprozesse und betriebliche Auseinandersetzungen wären vermeidbar, wenn etwa eine mündliche Probezeitvereinbarung, die vom AN in der Folge in Abrede gestellt wird, schriftlich getroffen worden wäre.

Die Schriftform kann auch für die Änderung arbeitsrechtlicher Absprachen ver einbart werden. Diesfalls gilt, dass ein einverständliches Abgehen von der vereinbarten Schriftform sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend jederzeit möglich und zulässig ist (OGH 9 Ob A 140/06 p, 9 Ob A 179/07 z).

### **3. „Schnuppern“ vor Beginn des Arbeitsverhältnisses**

Unter „Schnuppern“ wird in der Praxis ein kurzfristiges entgeltfreies Beobachten und Verrichten einzelner Tätigkeiten in einem Betrieb verstanden, das abklären soll, ob ein Arbeitsvertrag abgeschlossen wird. Je nach den Absprachen vor dem „Schnuppern“ und dem Verhalten der „schnuppernden“ Person während der „Schnupperzeit“ kann jedoch ein Arbeitsverhältnis mit entsprechenden Entgelt pflichten des Unternehmers zu Stande gekommen sein.

#### *Dazu ein Beispiel:*

Eine Stammkundin erzählt dem Friseurmeister, dass ihre Tochter überlegt hat, ob sie sich zur Friseurin ausbilden lassen soll. Da sie derzeit noch unschlüssig sei, wäre es vielleicht möglich, in seinem Geschäftslokal für einige Tage unentgeltlich und unverbindlich zu „schnuppern“, wobei dieses „Schnuppern“ auf das Zuschauen und die Verrichtung einzelner Handgriffe beschränkt sein soll. Der Friseurmeister ist zunächst skeptisch, möchte aber den Wunsch einer Stammkundin nicht ablehnen. Auf Grund einer Absprache erscheint das Mädchen mehrmals im Geschäftslokal und verrichtet auch mehrere Handgriffe. Ein Lehrverhältnis wird jedoch in der Folge nicht abgeschlossen.

Einige Zeit später langt beim Friseurmeister eine Klage ein (in der ein Lehrverhältnis behauptet wird und daraus Entgeltansprüche abgeleitet werden) und in der Folge eine Verständigung, dass gegen ihn mehrere Verwaltungsstrafverfahren bei der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde eingeleitet wurden (Vorwürfe: keine Eintragung des Lehrvertrags bei der zuständigen Lehrlingsstelle, Verstöße gegen die Schulpflicht und Unterlassung der Anmeldung bei der zuständigen Gebietskrankenkasse).

Nach der Rechtsprechung (VwGH 94/02/0225 = ARD 4630/16/95, OLG Wien 7 Ra 49/08 i = ARD 5976/3/2009) kann von Arbeit bzw. einem Arbeits- oder Lehrverhältnis nicht gesprochen werden, wenn sich eine Person nur in Betriebsräumlichkeiten aufhält, um die dort zu verrichtenden Tätigkeiten zu beobachten, wobei dies auch dann gelten würde, wenn er probeweise und um Erfahrung zu sammeln, freiwillig einzelne Handgriffe versucht.

Demnach müsste zur Vermeidung von Zahlungspflichten dem im Beispiel genannten Friseurmeister der Nachweis gelingen, dass

- keine bestimmte Dienstzeit vereinbart wurde, sondern dem Mädchen freigestellt war, ob sie überhaupt im Betrieb erscheint,
- keinerlei Weisungen erteilt wurden
- und das Mädchen überhaupt in keiner wie immer gearteten Weise in den Betrieb bzw. in den Arbeitsprozess eingegliedert wurde sowie lediglich aus freien Stücken probeweise und zwecks Sammlung von Erfahrungen einzelne Handgriffe verrichtet hat.

Der Nachweis dieser Kriterien ist jedoch mit einem erheblichen Aufwand verbunden (Zeugen und der Geschäftsführer müssten sowohl bei Gericht wie auch bei der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde erscheinen) und es besteht überdies die Gefahr, dass die jeweils zuständige Behörde (entgegen der Meinung des Unternehmers) von einem Arbeits- oder Lehrverhältnis ausgeht bzw. der zuvor angesprochene Nachweis misslingt. In diesem Fall müssten der klagenden Person mindestens für die Dauer des „Schnupperns“ der kollektivvertragliche Lohn sowie aliquote Sonderzahlungen und eine Vergütung für den nicht verbrauchten Urlaub bezahlt werden. Weiters würden mehrere Verwaltungsstrafen verhängt werden; hier könnten ohne weiteres erhebliche Beträge

erreicht werden (die Höhe der Strafe wird unter anderem auch von der Dauer des angenommenen Arbeits- oder Lehrverhältnisses abhängen). Die Gefahr, dass die Behörden von einem Arbeits- oder Lehrverhältnis ausgehen, ist insbesondere dann hoch, wenn das „Schnuppern“ länger als wenige Stunden gedauert hat.

Kein Schnuppern, sondern ein entgeltpflichtiges Arbeitsverhältnis liegt auch dann vor, wenn der AG aus der Tätigkeit des AN einen konkreten Nutzen zieht (OGH 8 Ob A 65/05 z). Als Arbeitsverhältnis wurde etwa auch das „Mitfahren“ bei einer Auslieferungstour für 6,5 Stunden beurteilt, weil es sich dabei um eine Tätigkeit handelt, die typischerweise Teil eines Probearbeitsverhältnisses ist (VwGH 14.2.2013, 2012/08/0023, *Rauch*, Arbeitsrecht 2014, 30f).

Obwohl ein „Schnuppern“ für die Wahl eines bestimmten Arbeitsplatzes oder eines bestimmten Berufes durchaus sinnvoll ist, muss auf Grund der rechtlichen Situation jedem AG dringend abgeraten werden, das „Schnuppern“ auf Basis einer rein privaten Absprache in seinem Betrieb zuzulassen, falls es sich nicht um ein sehr kurzfristiges Zusehen oder wenige Handgriffe handeln sollte.

Das „Schnuppern“ wird teilweise auch im Rahmen von Schulveranstaltungen angeboten. Auch hierfür fehlt derzeit eine gesetzliche Grundlage. Durch eine Haftpflichtversicherung und die Kontrolle des betreuenden Lehrers ist eine bessere rechtliche Absicherung gewährleistet. Jedoch ist auch hier zu beachten, dass die Schüler nicht in den Arbeitsprozess eingegliedert sein dürfen und nicht AN ersetzen oder wie solche eingesetzt werden sollten (Details und Muster siehe [www.biwi.at](http://www.biwi.at)).

### ***Einschlägige Judikatur***

- *Musste dem AG auf Grund des Verhaltens der AN, die mit Wissen des AG bzw. dessen Vertreters eine als normal zu beurteilende Arbeitszeit einhielt, klar sein, dass die AN nicht freiwillige, unentgeltliche Leistungen im Rahmen eines „Schnupperns“, sondern bereits Arbeitsleistungen auf Grund eines Arbeitsverhältnisses erbringen wollte, und bekundete die AN auch ihre Arbeitsbereitschaft, ist von einem aufrechten Arbeitsverhältnis auszugehen, sodass eine Auflösungserklärung des AG nach Ablauf der Probezeit bei einer Schwangerschaft der AN ohne Einhaltung der zwingenden Bestimmungen des MSchG das Arbeitsverhältnis nicht beendet (OGH 9 Ob A 30/01 d).*
- *Die Herstellung eines Probewerkstücks nach genauen Anweisungen, die zwei Stunden dauert, kann nicht Teil des Vorstellungsgespräches sein. Auch wenn die korrekte Bearbeitung Bedingung für die Aufnahme des Arbeitsverhältnisses am nächsten Tag ist, beginnt die Versicherungspflicht bereits mit der Bearbeitung des Probewerkstückes (VwGH 2000/08/0180).*
- *Kam und ging eine Person, wie sie wollte (auch wenn das Erscheinen logischerweise an Öffnungszeiten gebunden war) und hatte keine Arbeitspflicht und war nicht in den Betrieb integriert und hat nicht eine andere Arbeitskraft ersetzt und war die Tätigkeit insgesamt nicht von Vorteil für den AG, so überwiegen die Elemente des unentgeltlichen Schnupperns (OLG Wien 7 Ra 49/08 i = ARD 5976/3/2009).*

#### **4. Geschlechtsneutrale und diskriminierungsfreie Stellenausschreibung sowie Gleichbehandlung**

Das GlBG sieht Diskriminierungsverbote hinsichtlich

- des Geschlechts,
- der ethnischen Zugehörigkeit,
- der Religion,
- der Weltanschauung,
- des Alters und
- der sexuellen Orientierung vor.

Das gesetzliche Gleichbehandlungsgebot bezieht sich auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses, Festsetzung des Entgelts, Gewährung freiwilliger Sozialleistungen, Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen, Beendigung des Arbeitsverhältnisses, den beruflichen Aufstieg und sonstige Arbeitsbedingungen.

Vor Beginn eines Arbeitsverhältnisses ist das Gebot der geschlechtsneutralen und diskriminierungsfreien Stellenausschreibung zu beachten (§§ 9 und 23 GlbG).

Dem AG sowie einem privaten Arbeitsvermittler ist es verboten, einen Arbeitsplatz öffentlich oder innerhalb des Betriebes bzw. Unternehmens geschlechtsspezifisch oder diskriminierend (i.S.d. vorgenannten Diskriminierungsverbote) auszuschreiben. Es sei denn, es handelt sich beim betreffenden Merkmal um eine sachlich gerechtfertigte und wesentliche sowie entscheidende berufliche Anforderung, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt bzw. ein bestimmtes Geschlecht ist unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der vorgesehenen Tätigkeit.

AG und Arbeitsvermittler, die gegen diese Bestimmung verstoßen, können von der Bezirksverwaltungsbehörde zu einer Geldstrafe bis zu € 360,– verurteilt werden. Beim ersten Verstoß hat sich die Bezirksverwaltungsbehörde bei AG auf eine Verwarnung zu beschränken. Arbeitsvermittler können daher auch beim ersten Verstoß bestraft werden.

Zum Onlinestellenmarkt siehe *Fellner-Resch/Rauch*, Diskriminierungsfreie Organisation eines Onlinestellenmarktes, ecolex 2010, 275 ff.

Zur Kündigung einer Frau zum Regelpensionsalter und Diskriminierung nach dem Geschlecht siehe 39.2.

#### **Schadenersatzansprüche wegen geschlechtsspezifischer bzw. diskriminierender Stellenausschreibung**

Wird ein Arbeitsverhältnis wegen einer vom AG zu vertretenden Verletzung des Gebotes der geschlechtsneutralen und diskriminierungsfreien Stellenausschreibung nicht begründet, so ist der AG gegenüber dem Stellenbewerber zum Scha-

denersatz im Ausmaß von mindestens zwei Monatsentgelten verpflichtet (§§ 12 und 26 GlbG) bzw. bis € 500,–, wenn der AG nachweisen kann, dass der einem Stellenbewerber durch die Diskriminierung entstandene Schaden nur darin besteht, dass die Berücksichtigung der Bewerbung verweigert wurde.

Demnach kann die bloße Verletzung des Gebots der geschlechtsneutralen bzw. diskriminierungsfreien Stellenausschreibung noch keinen abstrakten Ersatzanspruch begründen. Es bedarf vielmehr (für einen über € 500,– hinausgehenden Schadenersatzanspruch) eines glaubhaft zu machenden konkreten Vorbringens, dass die Verletzung dazu geführt hat, dass mit der geschädigten Person das ausgeschriebene Arbeitsverhältnis nicht begründet wurde (OGH 9 Ob A 318/99 a).

Andererseits hat die Bemerkung „für Sie als Mädchen macht die Bewerbung eher keinen Sinn“ zu einem Schadenersatzanspruch geführt, obwohl die Bewerbung berücksichtigt und aus sachlichen Gründen (fehlende Berufserfahrung im Gegensatz zu den anderen Bewerbern) zu keiner Einstellung geführt hat (OGH 23.4.2009, 8 Ob A 11/09 i).

Die Ausschreibung für Personen eines Geschlechts ist dann als sachlich gerechtfertigt anzusehen, wenn beispielsweise ein nachvollziehbares Verkaufskonzept derart vom AG entwickelt wird, dass für dessen Umsetzung nur AN eines bestimmten Geschlechts herangezogen werden können (OGH 9 Ob A 318/99 a; *Rauch*, Zum Schadenersatz nach dem GlBG, ecolex 2000, 441 ff.).

Die Nichteinstellung einer qualifizierten Frau wegen sozialer Unverträglichkeit, die in einem früheren Beschäftigungsverhältnis zum selben Institut festgestellt wurde, ist zulässig (OGH 23.11.2010, 8 Ob A 35/10 w).

Der erwähnte Schadenersatzanspruch ist binnen einem Jahr gerichtlich geltend zu machen. Versäumt der Stellenbewerber die Frist, so ist schon aus diesem Grund die Schadenersatzklage abzuweisen (§§ 15, 26 GlBG).

Klagt ein abgelehnter Stellenbewerber wegen einer Diskriminierung bei der Stellenbesetzung, so hat er die Tatsachen, die eine Diskriminierung vermuten lassen, glaubhaft zu machen. Ist die Glaubhaftmachung gelungen, so hat der AG sachliche Gründe für die Ablehnung zu behaupten und zu beweisen (OGH 9 Ob A 177/07 f; 21.12.2009, 8 Ob A 69/09 v, zum Begriff „Glaubhaftmachung“ siehe 41.8.3).

Der Ausschluss von Vertragsärzten, die das 55. Lebensjahr vollendet haben, durch die OÖGKK stellt eine Altersdiskriminierung dar (OGH 18.7.2011, 6 Ob 246/10 k).

Die Ablehnung eines 50-jährigen Bewerbers wegen seines Alters ist eine Diskriminierung, auch wenn in der Folge die ausgeschriebene Stelle gar nicht besetzt wird (OGH 29.1.2013, 9 Ob A 154/12 f). Ein abgelehnter Bewerber hat keinen Rechtsanspruch auf eine Auskunft über die Gründe der Absage (EuGH 19.4.2012, C-415/10 – zur Begründung siehe Abschnitt „Keine Begründungspflicht des AG“ im Folgenden).

Die Nichtbeachtung von Vordienstzeiten, die vor Vollendung des 18. Lebensjahres liegen, stellt eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters dar (OGH 24.9.2012, 9 Ob A 70/12 b).

#### **Angabe des Mindestentgelts bei Stellenausschreibung**

Der AG oder der private Arbeitsvermittler (§§ 2 ff. AMFG) oder eine mit der Arbeitsvermittlung betraute juristische Person öffentlichen Rechts sind verpflichtet, in der Ausschreibung das „für den ausgeschriebenen Arbeitsplatz geltende kollektivvertragliche oder durch das Gesetz oder andere Normen der kollektiven Rechtsgestaltung (z.B. Satzung oder Mindestlohntarif) geltende Mindestentgelt anzugeben und auf die Bereitschaft zur Überzahlung hinzuweisen, wenn eine solche besteht“ (§ 9 Abs. 2, § 23 Abs. 2 GlBG). Auch in Branchen, in denen keine lohngestaltende Vorschrift anzuwenden ist, ist ein Mindestentgelt (Verhandlungsbasis) anzugeben.

Als Stelleninserat ist jede interne oder externe Veröffentlichung anzusehen, in der ein konkreter Arbeitsplatz ausgeschrieben wird. Allgemeine Aufforderungen sich zu bewerben („Wir stellen ein ...“) sind kein Stelleninserat, wenn nicht ein konkreter Arbeitsplatz angesprochen wird.

Da nicht vorhersehbar ist, ob bzw. wie viele Berufsjahre bei der Einstufung eines Bewerbers zu berücksichtigen sind, würde es genügen, den Mindestlohn des jeweiligen 1. Berufsgruppenjahres der entsprechenden Berufsgruppe anzuführen. Auch Zulagen, von denen bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung bekannt ist, dass sie jedenfalls anfallen werden, sind bei den Angaben zu berücksichtigen. Dies kann aber m.E. nicht für Aufwandsentschädigungen gelten, weil das Gesetz stets auf das „Mindestentgelt“ verweist und Aufwandsentschädigungen kein Entgeltbestandteil sind. Weiters wird nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (ErläutRV 938 BlgNR 24. GP.) ausgeführt, dass mit diesen Angaben verhindert werden soll, dass die Bewertung eines Arbeitsplatzes im Nachhinein in diskriminierender Weise geändert wird. Insofern wird ein Abweichen von den Angaben in der Stellenausschreibung durch eine arbeitsvertragliche Entgeltvereinbarung problematisch sein (bzw. sollte jederzeit dokumentierbar sein, auf welchen sachlichen Gründen die Abweichung beruht).

Beim ersten Verstoß gegen diese Verpflichtung hat die Bezirksverwaltungsbehörde zu ermahnen und bei weiteren Verstößen mit Geldstrafe bis zu € 360,– zu bestrafen (§ 10 Abs. 3 GlBG). Die Strafbestimmung tritt mit 1.1.2012 in Kraft (§ 63 Abs. 5 GlBG).

#### **Ausnahmebestimmungen**

Der § 20 GlBG enthält nähere Bestimmungen zur Frage, wann eine sachlich gerechtfertigte Differenzierung vorliegt. Hinsichtlich des Alters sind etwa Mindestanforderungen an das Lebensalter, die Berufserfahrung oder die Festsetzung

eines Höchstalters für die Einstellung auf Grund spezieller Ausbildungsanforderungen als zulässig anzusehen (§ 20 Abs. 3 bis 5 GlBG).

Die Regelung einer erleichterten Kündigung von AN über 60 Jahren, die bereits durch einen Pensionsanspruch abgesichert sind, ist aus beschäftigungspolitischen Gründen berechtigt (OGH 24.7.2013, 9 Ob A 40/13t).

Kirchen und religiöse Organisationen können die Einstellung von Mitarbeitern auf Angehörige der betreffenden Religionsgemeinschaft beschränken.

### **Schadenersatzansprüche bei sonstigen Diskriminierungen**

Werden während des Arbeitsverhältnisses Gleichbehandlungsgebote gemäß GlBG verletzt, so hat der diskriminierte AN Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens (z.B. Nachzahlung der Differenz zum höheren Entgelt) und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung (z.B. § 12 Abs. 3 GlBG).

Die Höhe des Schadenersatzes ist nach den sonst im Schadenersatzrecht angewandten Grundsätzen zu bemessen (OGH 23.2.2006, 8 Ob A 14/06 a; 30.7.2009, 8 Ob A 35/09 v). Die Verjährungsfrist beträgt ein Jahr (§ 29 Abs. 1 GlBG, bei sexueller Belästigung 3 Jahre).

Bei einer diskriminierenden Äußerung des AG („... mit Lügen und Schuldenmachen seid ihr Jugoslawen Spitze ...“) ca. 1,5 Monate nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses kann nicht mehr von einem dadurch bewirkten einschüchternden Umfeld gesprochen werden und es steht daher nach dem GlBG kein Schadenersatz zu (OGH 27.2.2012, 9 Ob A 21/12 x; *Rauch*, Schadenersatz bei Belästigung vor Beginn und nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses, ASoK 2012, 172).

Der Schadenersatzanspruch kann sich gegen den AG richten, wenn er die Belästigungshandlungen setzt oder es unterlässt, für Abhilfe zu sorgen oder das belästigende Verhalten des Vertretungsorgans dem AG zuzurechnen ist (z.B. Geschäftsführer einer GmbH – OGH 5.6.2008, 9 Ob A 18/08 z; De-facto-Geschäftsleiter einer KG – OGH 21.12.2011, 9 Ob A 118/11 k).

### **Belästigung**

Das GlBG regelt folgende Tatbestände der Belästigung bzw. Diskriminierung:

- sexuelle Belästigung,
- Belästigung auf Grund des Geschlechtes,
- Belästigung wegen des Alters,
- Belästigung im Zusammenhang mit der ethnischen Zugehörigkeit,
- Belästigung wegen der Religion oder der Weltanschauung und
- Belästigung wegen der sexuellen Orientierung.

Weiters regelt das BEinstG die Belästigung bzw. Diskriminierung im Zusammenhang mit einer Behinderung (§ 7 d BEinstG).

Eine Belästigung liegt vor, wenn bewirkt oder bezocheckt wird, dass die Würde der betroffenen Person verletzt und ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld für die betroffene Person geschaffen wird. Die Diskriminierung durch Belästigung liegt auch bei Anweisung zur Belästigung vor.

Der belästigte AN hat Anspruch auf angemessenen Schadenersatz zum Ausgleich der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung (wenn der Nachteil nicht nur in einer Vermögenseinbuße besteht) in Höhe von mindestens € 1.000,- (§ 12 Abs 11 GlBG). Der Schadenersatzanspruch kann sich auch gegen andere AN richten, die belästigende Handlungen vornehmen. So wurde einem homosexuellen AN ein Schadenersatz gegen eine Kollegin in der Höhe von € 1.000,- zugesprochen, weil er von dieser wegen seiner sexuellen Orientierung einmal verspottet wurde (OGH 26.11.2013, 9 Ob A 110/13 m).

Der Schadenersatzanspruch ist innerhalb von einem Jahr (bei sexueller Belästigung 3 Jahre) gerichtlich geltend zu machen (§ 29 Abs 1 GlBG).

Abgesehen davon hat der belästigte AN die Möglichkeit einen vorzeitigen Austritt zu erklären (siehe 44.), falls er vom AG belästigt wurde oder diesen vergeblich um Abhilfe ersucht hat (siehe 44.1 zu Z 4). Wird der AG um Abhilfe ersucht, so müsste er zur Vermeidung des vorzeitigen Austritts effiziente Maßnahmen wie eine Verwarnung (siehe 42.1.4) bzw eine Entlassung wegen erheblicher Ehrverletzung (siehe 42.2 zu Z 6) oder allenfalls eine Versetzung des Täters (siehe 29.) durchführen.

Der Schutz vor sexueller Belästigung (siehe 42.2 zu Z 6) besteht auch schon im vorvertraglichen Stadium (OGH 5.7.2008, 9 Ob A 18/08 z).

Der Begriff „Weltanschauung“ ist eine Sammelbezeichnung für alle religiösen, ideologischen, politischen und ähnlichen Leitauffassungen vom Leben und von der Welt (OGH 24.2.2009, 9 Ob A 122/07 t – kritische Meinungen zur Asylpraxis sind keine Weltanschauung).

Der AG ist nicht verpflichtet, Beschwerdeschreiben anderer AN an den AN zu übergeben, auf den sich die Beschwerden beziehen (OGH 29.10.2013, 9 Ob A 65/13 v).

Die Anweisung zur Meldung längerer Abwesenheiten vom Arbeitsplatz stellt keine Belästigung dar (OGH 29.1.2014, 9 Ob A 167/13 v).

Zur Abgrenzung sexueller von der geschlechtsbezogenen Belästigung – siehe OGH 2.9.2008, 8 Ob A 59/08 x.

#### **Anfechtung von Auflösungen des Arbeitsverhältnisses**

Der AN kann eine Kündigung, eine Auflösung während der Probezeit und eine Entlassung binnen 14 Tagen (§§ 15 Abs. 1, 29 Abs. 1 GlBG) mittels Klage anfechten, wenn die Auflösung des Arbeitsverhältnisses wegen der nicht offenbar unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen nach dem GlBG (§§ 12 Abs. 7, 13, 26

Abs. 7 und 27 GlBG) oder wegen des Geschlechts, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder der Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung erfolgt ist. Auch einem anderen AN, der als Zeuge oder als Auskunftsperson in einem Verfahren auftritt oder eine Beschwerde eines anderen AN unterstützt, darf als Reaktion auf eine solche Beschwerde oder auf die Einleitung eines solchen Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes vom AG keine Auflösung des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen oder der AN anders benachteiligt werden.

Es handelt sich dabei um zusätzliche Tatbestände verpönter Motive bei der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses (siehe 41.8.3). Daher können auch hier außerhalb der 14-tägigen Anfechtungsfrist keine zusätzlichen Anfechtungstatbestände geltend gemacht werden (OLG Linz 23.11.2010, 11 Ra 93/10 y, ARD 6119/6/2011).

Wird ein befristetes Arbeitsverhältnis, welches auf die Umwandlung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis angelegt war, aus den vorerwähnten unsachlichen Motiven nicht verlängert, so kann eine Klage auf Feststellung des aufrechten Bestandes eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses eingebbracht werden (siehe auch 14.3.1). Klagt die AN auf Feststellung, so kann sie keinen darüber hinausgehenden Schadenersatzanspruch geltend machen. Lässt sie die Auflösung gegen sich gelten, so kann sie hingegen einen Schadenersatz verlangen (Wahlrecht nach § 12 Abs 7 GLBG, OGH 25.3.2014, 9 Ob A 5/14x).

Auch eine einvernehmliche Auflösung kann anfechtbar sein, wenn sie das Ergebnis einer unzulässigen Druckausübung durch den AG ist. Ist sie aber Ausdruck einer selbstbestimmten Entscheidung des sich diskriminiert fühlenden AN, so verstößt sie nicht gegen das Benachteiligungsverbot (OGH 25.10.2011, 9 Ob A 113/11 z).

### **Diskriminierungs- und Belästigungsschutz für Behinderte**

Zum Schutz von Behinderten (siehe 54.) vor Diskriminierungen u.a. auch in der Arbeitswelt wurden insbesondere die §§ 7 a bis 7 j in das BEinstG aufgenommen.

Der Diskriminierungsschutz bezieht sich nicht nur auf begünstigte Behinderte nach § 2 BEinstG, sondern geht von einem weiter definierten Begriff der Behinderung aus (§ 3 BEinstG). Eine Behinderung ist demnach die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen, die geeignet ist, die Teilhabe am Arbeitsleben zu erschweren. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von voraussichtlich mehr als sechs Monaten.

Das gesetzliche Gleichbehandlungsgebot für Behinderte erfasst ebenso wie nach dem GlBG alle wesentlichen Elemente eines Arbeitsverhältnisses von der Begründung bis zur Auflösung (einschließlich der sonstigen Arbeitsbedingungen – § 7b Abs. 1 Z 6 BEinstG).

Die Diskriminierung kann auch mittelbar erfolgen, wenn scheinbar neutrale Vorgaben Behinderte benachteiligen (§ 7c Abs. 2 BEinstG). Eine solche mittelbare Diskriminierung kann auch durch die Unterlassung der barrierefreien Gestaltung von Arbeitsplätzen (grundsätzlich ohne fremde Hilfe und Erschwernis für den Behinderten zugänglich), sofern dies nicht mit unverhältnismäßigen Belastungen verbunden ist, erfolgen.

Die Rechtsfolgen bei Diskriminierungen und die Fristen für die Geltendmachung sind weitgehend analog wie im GlBG geregelt. Ebenso ist ein Schutz vor Belästigungen vorgesehen (§ 7 d BEinstG). Eine Belästigung liegt auch dann vor, wenn eine abfällige Äußerung nicht in einem engen Zusammenhang mit der Behinderung steht („die wird auch immer hässlicher“ zu einer blinden AN – OGH 2.4.2009, 8 Ob A 8/09 y).

Hinsichtlich des Kündigungs- und Entlassungsschutzes von Behinderten ist daher folgende Differenzierung zu treffen:

Begünstigte Behinderte i.S.d. § 2 BEinstG genießen einen besonderen Kündigungsschutz (Kündigung nur mit Zustimmung des Behindertenausschusses – Details siehe 41.7.1). Eine Anfechtung einer Kündigung (oder Entlassung) wegen einer Behinderung oder der nicht offenbar unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen nach dem BEinstG (Anfechtung wegen eines verpönten Motivs – siehe 41.8.3) ist daher bei einem begünstigten Behinderten nur bei einer Kündigung (oder Entlassung), für die keine Zustimmung des Behindertenausschusses erforderlich ist, denkbar. Handelt es sich hingegen um einen Behinderten nach § 3 BEinstG, der kein begünstigter Behinderter nach § 2 BEinstG ist, so ist die Anfechtung einer vom AG ausgesprochenen Auflösungserklärung wegen eines verpönten Motivs nach § 7 f BEinstG grundsätzlich immer denkbar, weil kein Zustimmungserfordernis zur Auflösungserklärung des AG gegeben ist. Der Status des begünstigten Behinderten nach § 2 BEinstG setzt die bescheidmäßige Gewährung des Behindertenstatus voraus (Details siehe 41.7.1 und 54.).

Die Anfechtung einer Auflösungserklärung wegen eines verpönten Motivs durch eine Klage setzt voraus, dass ein Schlichtungsverfahren beim BSA ergebnislos geblieben ist (§ 7 k BEinstG). Der Behinderte nach § 3 BEinstG hat daher zunächst die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens beim BSA zu beantragen.

Man unterscheidet somit seit der Novelle BGBI. I 2005/82 zwei Arten von Behinderten nach dem BEinstG:

1. Der Behinderte nach § 2 BEinstG, dessen Status mittels Bescheid des BSA festgestellt wird. Er hat, wenn er ab dem 1.1.2011 eingestellt wurde, ab dem fünften Jahr des Arbeitsverhältnisses einen Kündigungsschutz (Kündigung nur mit Zustimmung des Behindertenausschusses – Ausnahmen und Details siehe 41.7.1).
2. Der Behinderte nach § 3 BEinstG, dessen Status nicht bescheidmäßig zuerkannt wird. Der Behinderte nach § 2 BEinstG wird im Regelfall auch ein Behinderter

nach § 3 BEinstG sein. Wird daher ein Behindter nach § 2 BEinstG zulässigerweise ohne Zustimmung des Behindertenausschusses gekündigt (z.B. ein Behindter, der ab 1.1.2011 eingestellt und im zweiten Jahr des Arbeitsverhältnisses gekündigt wird), so kann er die Kündigung wegen eines verpönten Motivs nach § 7 f BEinstG anfechten. Wird ein Behindter nach § 3 BEinstG, dem der Status nach § 2 BEinstG nicht mittels Bescheid zugesprochen wurde, beispielsweise nach einem mehrjährigen Arbeitsverhältnis gekündigt, so kann er die Kündigung mit der Begründung anfechten, dass diese wegen seiner Behinderung oder der Geltendmachung von Rechten nach dem BEinstG erfolgt sei. Dazu hat er zunächst einen Antrag beim zuständigen BSA auf Einleitung eines Schlichtungsverfahrens einzubringen (§ 7 k BEinstG). Der AN hat den Antrag binnen 14 Tagen ab Zugang der Kündigung einzubringen. Nach dem Abschluss des Verfahrens bei der Schlichtungsstelle stehen ihm weitere 14 Tage zur Einbringung der Anfechtungsklage zur Verfügung (OGH 28.2.2011, 9 Ob A 1/11 d; *Rauch*, Arbeitsrecht 2012, 44 f). Der AG muss in einem solchen Fall ein sachliches Kündigungsmotiv glaubhaft machen (siehe 41.8.3).

Abgesehen davon können Behinderte nach § 2 bzw. § 3 BEinstG die Auflösung während der Probezeit wegen einer Diskriminierung binnen 14 Tagen anfechten (siehe 14.2.4). Ein entsprechender Schutz gilt auch bei Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses, welches auf ein unbefristetes Arbeitsverhältnis angelegt war und wegen der Behinderung nicht verlängert wird (siehe auch 14.3.1).

### **Diskriminierungs- und Belästigungsschutz bei einem Naheverhältnis**

In Umsetzung der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie der EU und der Rechtsprechung des EuGH wurde im GIBG festgelegt, dass sich der Schutz dieses Gesetzes auch auf jene Personen erstreckt, die in einem Naheverhältnis zu einer Person stehen, die das diskriminierende Merkmal aufweist (§§ 19 Abs. 4, 21 Abs. 4, 44 Abs. 4, 46 Abs. 4, 47 Abs. 4 GIBG, 4 Abs. 2 BEinstG).

Der Begriff des „Naheverhältnisses“ geht über familiäre Beziehungen hinaus und erfasst auch eine auf persönlicher Freundschaft und Schutzbefohlenheit beruhende Nahebeziehung. Nach den EB zur Regierungsvorlage (ErläutRV 938 BlgNR 24. GP.) umfasst dieser Begriff auch allgemein verständliche, soziale und moralische Beistandspflichten (z.B. Angehörige, Lebenspartner, Freunde). Bei Arbeitskollegen ist dann von einem Naheverhältnis auszugehen, wenn eine nähere persönliche Beziehung vorliegt. Flüchtige Bekanntschaften fallen nicht in den Schutzbereich des Gesetzes. In der Praxis sind beispielsweise folgende Anwendungsfälle vorstellbar:

#### *Beispiele:*

Ein AN beansprucht (im gesetzlichen Rahmen) immer wieder Pflegefreistellungen, wenn bei seinem behinderten Sohn Phasen eines intensiveren Pflegebedarfs eintreten. Der AG spricht daraufhin eine Kündigung aus. Die Kündigung kann wegen Diskriminierung auf Grund eines Naheverhältnisses angefochten werden.

Eine Frau wird per E-Mail von einem Unternehmen, bei dem sie sich beworben hat, mitgeteilt, dass sie nicht eingestellt werde, weil sie mit einem Schwarzafrikaner verheiratet sei. Die Frau begehrte daraufhin einen Schadenersatz von zwei Monatsentgelten.

### **Einkommensberichte**

Jeder AG, der dauernd mehr als 150 AN beschäftigt, ist verpflichtet, alle zwei Jahre einen Bericht zur Einkommensanalyse zu erstellen (§ 11a GlBG). Dieser Bericht hat Angaben über

- die Anzahl der Frauen und die Anzahl der Männer in den jeweiligen kollektivvertraglichen oder – wenn verfügbar – betrieblichen Verwendungsgruppen,
- die Anzahl der Frauen und die Anzahl der Männer in den – wenn verfügbar – einzelnen Verwendungsgruppenjahren der anzuwendenden Verwendungsgruppen und
- das arbeitszeitbereinigte Durchschnitts- oder Medianeinkommen von Frauen und von Männern in den jeweiligen kollektivvertraglichen oder – wenn verfügbar – betrieblichen Verwendungsgruppen und – wenn verfügbar – Verwendungsgruppenjahren

zu enthalten.

Gibt es kein anzuwendendes kollektivvertragliches oder betriebliches Verwendungsgruppenschema, so sind anstelle von Verwendungsgruppen Funktionsgruppen entsprechend der betrieblichen Tätigkeitsstruktur zu bilden. Der Bericht ist in anonymisierter Form zu erstellen. Daten, die Rückschlüsse auf Einzelpersonen zu lassen, sind nicht aufzunehmen.

Der Bericht ist dem zuständigen ZBR oder – wenn kein ZBR besteht – dem Betriebsausschuss und, wenn ein solcher nicht besteht, dem BR im 1. Quartal des auf das jeweilige Berichtsjahr folgenden Kalenderjahres zu übermitteln. Das entsprechende Organ der Arbeitnehmerschaft kann eine Beratung darüber verlangen. Besteht kein Belegschaftsorgan, ist der Bericht im Betrieb in einem allen AN zugänglichen Raum aufzulegen und darauf in einer Betriebskundmachung hinzuweisen.

Wird der Einkommensbericht vom AG nicht vorgelegt, so kann das Belegschaftsorgan, dem der Bericht hätte vorgelegt werden müssen, bzw. in Betrieben ohne BR jeder AN eine Klage auf Vorlage des Berichts beim zuständigen ASG einbringen. Dabei gilt die dreijährige Verjährungsfrist (§ 1486 ABGB), die mit dem Ablauf des 1. Quartals des auf das Berichtsjahr folgenden Kalenderjahres zu laufen beginnt. Die Berichtspflicht ist wie folgt gestaffelt einzuhalten:

- Für AG, die dauernd mehr als 1.000 AN beschäftigen, war erstmals ein Bericht für 2010 zu erstellen, der bis spätestens 31.7.2011 zu übermitteln (Betriebe mit BR) bzw. aufzulegen (Betriebe ohne BR) war. In den Folgejahren ist der Bericht jeweils bis 31.3. des nächsten Jahres vorzulegen.

- Für AG, die dauernd weniger als 1.001, aber mehr als 500 AN beschäftigen, war erstmals ein Bericht für 2011 zu erstellen, der bis 31.3.2012 zu übermitteln bzw. aufzulegen war.
- Für AG, die dauernd weniger als 501 aber mehr als 250 AN beschäftigen, war erstmals ein Bericht für 2012 zu erstellen, der bis 31.3.2013 zu übermitteln bzw. aufzulegen ist.
- Für AG, die dauernd weniger als 251 aber mehr als 150 AN beschäftigen, ist erstmals ein Bericht für das Jahr 2013 zu erstellen, der bis 31.3.2014 zu übermitteln bzw. aufzulegen ist.

Ein Muster mit Anmerkungen ist unter [www.frauen.bka.gv.at](http://www.frauen.bka.gv.at) (Suche: „Einkommensbericht“) abrufbar.

### **Keine Begründungspflicht des AG**

Zur Vermeidung von Diskussionen, ob allenfalls ein Diskriminierungstatbestand vorliegt, sollte der AG missverständliche Begründungen vermeiden.

Es besteht nämlich in der Regel keine Verpflichtung, außerhalb eines gerichtlichen oder verwaltungsrechtlichen Verfahrens konkrete Begründungen für bestimmte Verhaltensweisen oder Maßnahmen gegenüber dritten Personen abzugeben. Auf Begründungen etwa für die Nichtbeachtung einer Stellenbewerbung könnte daher überhaupt verzichtet werden. Falls die Notwendigkeit gesehen wird, eine Maßnahme oder Verhaltensweise zu begründen, so sollte die Begründung im Zweifelsfall mit einem Arbeitsrechtsexperten abgestimmt werden. Falls der AG die Nichtbeachtung einer Stellenbewerbung mit dem Hinweis etwa auf ein bestimmtes Geschlecht begründet, so ist damit zu rechnen, dass ein Verstoß gegen das GlbG behauptet wird.

Zur Begründung von Entlassungen siehe 42.1.2.

### **Gleichbehandlungskommission**

Beim Bundesministerium für Gesundheit und Frauen ist eine Gleichbehandlungskommission eingerichtet (Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft – GBK/GAW-Gesetz).

Die Gleichbehandlungskommission ist nunmehr in drei Senate gegliedert. Sie kann Gutachten erstatten, denen jedoch keine Rechtsverbindlichkeit zukommt. Falls Schadenersatzansprüche eingeklagt werden, kann das zuständige Arbeitsgericht zu einem anderen Ergebnis wie die Gleichbehandlungskommission gelangen. Die Gleichbehandlungskommission ist nicht berechtigt, Bescheide zu erlassen (VfGH B 996/09, ARD 6119/5/2011).

Für Verwaltungsstrafen nach dem GlbG ist die Bezirksverwaltungsbehörde zuständig. Die Gerichte sind an Erkenntnisse der Verwaltungsbehörden nicht gebunden (OGH 8 Ob A 70/03 g). Die Gleichbehandlungsanwältin kann im Einzelprüfungsverfahren kein unbefristetes Recht auf Feststellung beanspruchen (unabhängig vom Interesse der AN und deren rechtlicher Möglichkeit, Ansprüche wegen Diskriminierung zu verfolgen – OGH 9 Ob A 44/06 w).

### Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz der Rechtsprechung

Unabhängig vom GlbG besteht ein von der Judikatur entwickelter arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz. Dieser besagt, dass ein AN nicht willkürlich oder aus sachfremden Gründen schlechter gestellt werden darf als die übrigen AN unter denselben Voraussetzungen, d.h. der AG darf dem Einzelnen nicht vorenthalten, was er der Mehrheit zubilligt (OGH 9 Ob A 229/02 w).

Dieser Grundsatz spielt etwa bei freiwilligen Leistungen des AG eine wesentliche Rolle (siehe 14.15); ebenso bei vertraglichen Leistungen, die für Gruppen von AN oder für mehrere in vergleichbarer Position befindliche AN vereinbart werden (OGH 9 Ob A 217/98 x, 9 Ob A 18/04 v). Die Rechtsprechung geht weiters davon aus, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nur verbietet, einzelne AN schlechter zu stellen als die übrigen. Hingegen kann eine sachlich nicht berechtigte Bevorzugung einer Minderheit den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzen (OGH 8 Ob A 8/05 t = ARD 5627/6/2005, OGH 8 Ob A 26/06 s = ARD 5715/4/2006).

### GIBG-Hopping

In der BRD musste festgestellt werden, dass etliche Schadenersatzjäger systematisch unter Angabe eines Diskriminierungsmerkmals Bewerbungen aussenden, um bei Ablehnungen mit dem Hinweis auf das Diskriminierungsmerkmal Schadenersatz zu begehrten. Eine deutsche Rechtsanwaltskanzlei führt zu diesen Fällen eine schwarze Liste ([www.agg-hopper.de](http://www.agg-hopper.de)). Es handelt sich dabei u.a. um Männer, die sich auf eine für eine Frau ausgeschriebene Stelle bewerben, oder Bewerber, die zu alt bzw. zu jung für die gesetzwidrig ausgeschriebene Stelle sind.

Kann das missbräuchliche Verhalten bewiesen werden, so ist die Schadenersatzklage abzuweisen. Der Schadenersatzanspruch setzt eine ernsthafte Bewerbung voraus. M.E. ist von einer ähnlichen Situation in Österreich auszugehen.

Um von derartigen Ansprüchen „verschont“ zu bleiben, sollte auf einwandfreie Stellenausschreibungen und unbedenkliche Absagen besonders geachtet werden (Potz, GlBG-Hopping? Schadenersatzjäger und das GlBG, RdW 2008, 680, 730).

### Einschlägige Judikatur

- Sind die in einem Inserat gewählten Berufsbezeichnungen nach dem allgemeinen Sprachgebrauch männlichen Geschlechts, wird dem Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung auch dann nicht entsprochen, wenn es sich bei der Stellenbezeichnung (z.B. „Manager“) um einen englischsprachigen Begriff handelt, der auf Grund der englischen Grammatik nur als geschlechtsneutraler Begriff existiert. Um dem Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung zu entsprechen, ist der AG keinesfalls gehalten, Wortneuschöpfungen in Bezug auf diese Berufsgruppe zu bilden. Es genügt, dass sich aus dem übrigen Ausschreibungstext ergibt, dass sich die Ausschreibung sowohl an Männer als auch Frauen richtet (VwGH 96/08/0375 = ARD 4979/5/98).
- Liegt aber der Behandlung der besser gestellten AN kein erkennbares und generalisierendes Prinzip zu Grunde (OGH 9 Ob A 308/88, 9 Ob A 193/91), ist auch eine Ungleichbehandlung nicht als erwiesen anzusehen (OGH 9 Ob A 112/00 m).

- *Entgegen der von der Klägerin in ihrer Revision dargestellten Auffassung ist es keinesfalls unsachlich und willkürlich, wenn ein AG ein Verkaufskonzept derart entwickelt hat, dass ein Auslandsvertreter die vertriebenen Bekleidungsmodelle (Herrensakkos) nicht nur durch Kollektion, sondern auch dadurch repräsentiert, dass er diese selbst trägt. Eine Einstellung der Klägerin würde diesem Konzept zweifelsohne zuwiderlaufen. Die Einschränkung auf Personen männlichen Geschlechts erfolgte daher im vorliegenden Fall mit entsprechender sachlicher Rechtfertigung (OGH 9 Ob A 319/99 a = ARD 5137/9/2000).*
- *Es kann aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht abgeleitet werden, dass der AG verpflichtet wäre, jedem aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidenden AN die gleichen Beträge im Rahmen einer freiwilligen Abfertigung zu bezahlen, weil jeweils verschiedene Interessen des AG bestehen können (OLG Wien 10 Ra 170/04 z = ARD 5631/7/2005).*
- *Eine Kündigung wegen der Schwangerschaft (wenige Tage nach Ablauf des Kündigungsschutzes) ist eine Kündigung wegen des Geschlechts, die nach § 12 Abs 7 GlbG anfechtbar ist (OLG Wien 7 Ra 63/05 v = ARD 5608/7/2005).*
- *Die Berücksichtigung des Dienstalters bei der Entgeltbemessung ist nicht gleichheitswidrig (EuGH C-17/05, Rs Cadman = ARD 5722/4/2006).*
- *Das für die Unkündbarkeit vorgesehene Höchstalter von 40 Jahren bei Begründung des Arbeitsverhältnisses vor dem 1.1.1996 ist keine Diskriminierung aufgrund des Alters (OGH 9 Ob A 48/06 h = ARD 5801/7/2007).*
- *Die öffentliche Äußerung eines AG, er werde keine AN einer bestimmten ethnischen Herkunft einstellen, stellt eine unmittelbare Diskriminierung bei der Einstellung dar, weil durch solche Äußerungen Bewerber davon abgehalten werden könnten, Bewerbungen vorzulegen (EuGH C-54/07, Feryn = ARD 5882/2/2008).*
- *Kneifen in die Nase oder Schulterklopfen sind keine sexuelle Belästigung (OGH 18.8.2010, 8 Ob A 32/10 d).*

## 5. Vorstellungskosten

Falls der AN zur persönlichen Vorstellung durch den AG aufgefordert wird, so nimmt die Rechtsprechung an, dass sich der AG stillschweigend zum Ersatz der mit der Vorstellung verbundenen Kosten verpflichtet hat (OGH 9 Ob A 111/89).

*Dazu ein Beispiel:*

Ein Wiener AG gibt per Inserat in einer Zeitung bekannt, dass er Außendienstmitarbeiter sucht. Daraufhin meldet sich eine an dieser Tätigkeit interessierte Person, die in Innsbruck wohnt. Die Wiener Firma bittet den Interessenten zu einem Vorstellungsgespräch nach Wien zu kommen. Nachdem der Termin in Wien stattgefunden hat, verlangt der Interessent die Kosten der Fahrten von Innsbruck nach Wien und retour sowie Nächtigungs- und Aufenthaltsspesen. Ist der AG zum Ersatz der Kosten verpflichtet?

Auf Grund der zuvor erwähnten Rechtsprechung muss diese Frage bejaht werden, falls der Ersatz der Vorstellungskosten nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde. Dabei hat sich der Kostenersatz jedenfalls auf die notwendigen Kosten zu beschränken. Nächtigungskosten werden daher nur in Ausnahmefällen zu bezahlen sein.

Der AG sollte daher anlässlich der Aufforderung zu einem Vorstellungsgespräch oder etwa einem Eignungstest ausdrücklich darauf hinweisen, dass allfällige Vor-

stellungskosten (Kosten der Fahrt zum Betriebssitz, Nächtigung, Verpflegung etc.) nicht vom Unternehmen getragen werden. Insbesondere wird dies dann ratsam sein, wenn der Bewerber zu dem Ort, wo die Vorstellung stattfinden soll, einen längeren Anreiseweg zurücklegen muss.

Zum Rücktritt vom bereits zugesagten Arbeitsvertrag siehe 7.

***Muster für den Ausschluss der Übernahme  
von Vorstellungskosten***

*Bezugnehmend auf Ihr Bewerbungsschreiben vom ..... bitten wir Sie, am ..... um ..... bei Frau/Herrn ..... zwecks Vorstellung vorzusprechen oder einen anderen Termin telefonisch unter ..... zu vereinbaren.*

*Falls Ihnen durch die Vorstellung Kosten erwachsen sollten, können diese nicht von uns übernommen werden.*

***Einschlägige Judikatur***

- *Wird in einem Bewerber ohne Vorbehalte der Eindruck erweckt, dass mit ihm ein Arbeitsvertrag abgeschlossen werde, haftet der vermeintlich zukünftige AG im Falle des Nichtzustandekommens des Arbeitsvertrages auch dann für die Aufwendungen und entgangenen Einnahmen des Bewerbers, wenn in einem letzten Gespräch die Fragen des Gehaltes, des Dienstortes und des Dienstautos offen geblieben sind (OLG Wien 8 Ra 49/00 t = ARD 5233/11/2001).*

## **6. Personalfragebogen**

Falls der AN in einem Personalfragebogen wissentlich falsche Angaben zu rechtlich bedeutsamen Umständen, wie etwa zur Frage nach einer Schwangerschaft oder einer Behinderung, macht, so ist dennoch der Bestandschutz (Kündigungs- schutz beim **Behinderten**, Kündigungs- und Entlassungsschutz bei der schwangeren AN) gegeben. Eine Beendigung während der Probezeit wäre allerdings zulässig, aber allenfalls anfechtbar (siehe 14.2.4). Unrichtige Angaben gegenüber dem AG und der Verstoß gegen die Mitteilungspflicht verschlechtern allenfalls die Rechtsposition des behinderten AN in einem späteren Verfahren zur Erteilung der Zustimmung zur Kündigung. Sollte durch die bewusst unrichtige Erklärung, nicht behindert zu sein oder durch das Unterlassen jeglicher Mitteilung eine Förderung entgangen sein, so ist der AN m.E. schadenersatzpflichtig. In der Entscheidung OGH 9 Ob A 46/07 s wurde allerdings die Meinung vertreten, dass die Meldepflicht eine bloße „Obliegenheit“ sei (siehe 41.7.1 und 54.).

Wenn der AG durch die Vorschreibung der Ausgleichstaxe automatisch Kenntnis von den im Betrieb beschäftigten begünstigten Behinderten erlangt (da die Daten über diesen Personenkreis den Bundessozialämtern für die Verrechnung und Vor-

schreibung der Ausgleichstaxe auf maschinell verwertbaren Datenträgern zur Verfügung gestellt werden [§ 16 Abs. 5 und § 22 Abs. 2 BEinstG]), wird dadurch das Problem der Nichtmeldung der Behinderteneigenschaft insoweit entschärft. Der AG sollte also diesen Vorschreibungen seine Aufmerksamkeit widmen, um so auf die in seinem Betrieb beschäftigten „unbekannten Behinderten“ aufmerksam zu werden.

In Personalfragebögen sollten Fragen vermieden werden, deren Beantwortung die Menschenwürde und geschützte Daten berühren (Details aus dem Privatleben, Sexualgewohnheiten etc.). Einerseits ist die wahrheitsgemäße Beantwortung derartiger Fragen nicht überprüfbar und andererseits wird dadurch ein ungünstiges Bild des AG in einem allfälligen Gerichtsverfahren entstehen (abgesehen von der datenschutzrechtlichen Unzulässigkeit).

Fragen nach Vorstrafen sind zulässig und wahrheitsgemäß zu beantworten, soweit es sich um ungetilgte Verurteilungen handelt, die den Bewerber für die vorgesehene Tätigkeit objektiv ungeeignet erscheinen lassen (Arb 10.245, OGH 8 Ob A 123/01 y).

Die Einführung von Personalfragebögen, die nicht bloß allgemeine Angaben zur Person und Angaben über die fachlichen Voraussetzungen für die geplante Verwendung des AN enthalten, bedürfen der Zustimmung des BR (§ 96 Abs. 1 Z 2 ArbVG – Details siehe 53. – **Betriebsvereinbarungen**).

Weigert sich der Stellenbewerber, bestimmte im Personalfragebogen verlangte Angaben zu machen, so bleibt es dem AG unbenommen, keinen Arbeitsvertrag abzuschließen (zum Rücktritt vom bereits zugesagten Abschluss des Arbeitsvertrages siehe 7.). Eine Begründung für den unterlassenen Vertragsabschluss ist nicht erforderlich. Erfolgt eine Begründung zum Nichtabschluss des Arbeitsvertrages und ist aus dieser beispielsweise ein Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter abzuleiten, so ist der AG gegenüber dem Stellenbewerber zum Schadenersatz im Ausmaß von mindestens zwei Monatsentgelten (siehe 4.) verpflichtet. Es ist daher ratsam, unüberlegte Begründungen zu vermeiden.

## 7. Rücktritt vom Arbeitsvertrag

Dazu sieht u.a. das AngG vor:

§ 30. (1) Ist der Angestellte unter der ausdrücklichen Bedingung aufgenommen, daß er den Dienst genau an einem fest bestimmten Tag anzutreten hat, so kann der Dienstgeber vom Vertrage zurücktreten, wenn der Angestellte, aus welchem Grund immer, den Dienst an dem bestimmten Tage nicht antritt.

(2) Außer diesem Falle kann der Dienstgeber vor Antritt des Dienstes vom Vertrage zurücktreten, wenn der Angestellte, ohne durch ein unabwendbares Hindernis gehindert zu sein, den Dienst an dem vereinbarten Tage nicht antritt oder wenn sich infolge eines unabwendbaren Hindernisses der Dienstantritt um mehr als vierzehn Tage verzögert. Das gleiche gilt, wenn ein Grund vorliegt, der den Dienstgeber zur vorzeitigen Entlassung des Angestellten berechtigt. (...)

§ 31. (1) Ist der Dienstgeber ohne wichtigen Grund vom Vertrage zurückgetreten oder hat er durch sein schuldbares Verhalten dem Angestellten zum Rücktritte begründeten Anlaß gegeben, so hat er dem Angestellten das Entgelt zu ersetzen, das diesem für den Zeitraum gebührt, der bei ordnungsgemäßer Kündigung durch den Dienstgeber vom Tage des Dienstantrittes bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätte verstreichen müssen. Wenn das Arbeitsverhältnis auf bestimmte Zeit eingegangen wurde, hat der Dienstgeber dem Angestellten, falls die vereinbarte Dienstdauer drei Monate nicht übersteigt, das für die ganze Dauer entfallende Entgelt, falls die vereinbarte Dienstdauer dagegen drei Monate übersteigt, den für drei Monate entfallenden Teilbetrag des Entgeltes zu ersetzen. Allfällige weitere Schadenersatzansprüche werden durch die vorstehenden Bestimmungen nicht beeinflußt. (...)

Sofern eine Sonderregelung (wie bei den Angestellten) nicht besteht, ist gemäß § 918 ABGB ein Rücktritt auch bei anderen Arbeitsverträgen zulässig.

Bedingt durch eine bestimmte Arbeitsmarktsituation kann es vorkommen, dass zwei oder mehreren Stellenbewerbern eine rechtsverbindliche Zusage zur Übernahme eines Postens zu einem bestimmten Zeitpunkt erteilt wird. Wenn nun ein späterer Bewerber für den einen zu besetzenden Posten auf Grund seiner besonderen Qualifikation eingestellt wird, muss den übrigen Arbeitssuchenden eine Absage erteilt werden, die aber dann den potentiellen AG aus dem Titel des Schadenersatzes nach § 30 AngG bzw. § 918 ABGB belangen können.

In diesen Fällen empfiehlt sich die Vereinbarung einer **Probezeit** spätestens anlässlich der Zusage, den Dienst an einem bestimmten Tag anzutreten, da in einem solchen Fall auch bei einem unbegründeten Vertragsrücktritt kein Schadenersatz gebührt (zur Probezeit siehe 14.2). Ein Schadenersatz ist binnen sechs Monaten einzuklagen (OGH 8 Ob A 52/05 p = ARD 5714/7/2006).

### **Einschlägige Judikatur**

- *Geht man davon aus, dass zwischen den Parteien eine Probezeit von einem Monat vereinbart war, gebührt auch dann keine Kündigungsentschädigung, wenn die beklagte Firma noch vor Dienstantritt grundlos vom Vertrag zurücktritt (OGH 4 Ob 116/81).*
- *Im Falle der Vereinbarung einer Probezeit ist die Zulässigkeit des Rücktrittes vom Arbeitsvertrag auch außerhalb der Voraussetzungen des § 30 AngG noch vor Dienstantritt zulässig, ohne dass den Zurücktretenden hiedurch eine Schadenersatzpflicht treffen könnte.*

*Eine gegenteilige Ansicht würde zu dem kuriosen und lebensfremden Ergebnis führen, dass zwar eine Sekunde nach Dienstantritt das Probiedienstverhältnis ohne Einhaltung einer Frist aufgelöst werden könnte, nicht aber eine Sekunde davor.*

*Da während der Probezeit das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist jederzeit aufgelöst werden kann, fehlt es an der Möglichkeit, eine Kündigungsentschädigung auszumessen, es sei denn, man legt die unmittelbar nach Dienstantritt bestehende Möglichkeit der Auflösung des Probiedienstverhältnisses der Berechnung der Kündigungsentschädigung zu Grunde. Dies ergäbe jedoch eine Kündigungsentschädigung in der Größenordnung null (Arb 8.734, 10.872, OGH 9 Ob A 211/02 y, 8 Ob A 1/09 v).*

## 8. Abwerbung und Datenmissbrauch

Ein sittenwidriges Abwerben ist nach dem Generaltatbestand des § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zu beurteilen und liegt beispielsweise dann vor, wenn, um die Vertreterorganisationen eines Mitbewerbers zu zerstören, planmäßig dazu Arbeitskräfte abgeworben werden (OGH 4 Ob 32/06 v), der „fremde“ AN zum Vertragsbruch verleitet wird oder getrachtet wird, den Mitbewerber sonst zu schädigen (z.B. Verlust dreier von vier Fachkräften).

Die aus § 1 UWG resultierenden Ansprüche sind u.a. gerichtet auf

- Unterlassung und
- Schadenersatz.

Es empfiehlt sich daher, in dieser Frage die Bestimmungen des UWG zu beachten (siehe auch 14.10).

Ebenso sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG ist etwa das Speichern von Adressdaten des AG, um diese nach dem Ausscheiden aus dem Betrieb zu verwerten (OGH 8 Ob A 311/01 w), oder das systematische Abwerben von Kunden, um den Mitbewerber zu schädigen (OLG Wien 9 Ra 18/06 s = ARD 5763/6/2007). In diesen Fällen wird (bei noch aufrechtem Dienstverhältnis) das Vorliegen eines Entlassungsgrundes zu prüfen sein (siehe 42. sowie OLG Wien 9 Ra 349/02 = ARD 5341/32/2002). Die Überspielung von fremden Daten auf einen eigenen Datenträger wird meistens eine Vertrauensunwürdigkeit begründen (zum Betriebsgeheimnis siehe 42.3 zu lit. e). Der Versuch einer Abwerbung zu einem Konkurrenzunternehmen stellt den Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit dar (OLG Wien 10 Ra 174/05 i = ARD 5693/6/2006).

### **Einschlägige Judikatur**

- *So hat es der OGH in mehreren Entscheidungen (14 Ob A 82/87, Arb 10.699; 9 Ob A 231/90, Arb 10.892, 9 Ob A 1/93, Arb 11.072, etc.) als verwerfliches Ziel angesehen, wenn AN oder sonstige Mitarbeiter eines Konkurrenten planmäßig „ausgespannt“ werden. Das planmäßige Herüberziehen wichtiger Arbeitskräfte zu dem Zweck, die Erfahrungen und Leistungen des Mitbewerbers nutzbar zu machen und mit den abgeworbenen Kräften diesem Kunden „abzujagen“, stellt einen sittenwidrigen Verstoß gegen § 1 UWG dar (OGH 8 Ob A 114/00 y, so auch 8 Ob A 122/01 a, 4 Ob 233/05 a = ARD 5693/5/2006).*
- *Die Frage, ob eine unbefugte Datenübertragung eines AN den Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit erfüllt, kann nicht generell beantwortet werden, vielmehr ist hier auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen, insbesondere auf die Stellung des AN im Betrieb, die Bedeutung des Eingriffs, dessen Umfang und die Begleitumstände, unter denen die Tat erfolgt ist. Schickt ein bereits dienstfrei gestellter AN Daten von 7.000 Kunden in einem E-Mail als Attachment nach Hause, so ist die Entlassung gerechtfertigt (OGH 9 Ob A 91/03 b).*
- *Kopiert ein Amtsleiter 600 teilweise geheime Dokumente auf eine CD, um sie im Falle einer Auseinandersetzung mit dem AG zu verwenden, und bewahrt er die CD zu Hause für seinen Sohn und die Lebensgefährtin zugänglich auf, rechtfertigt dieses Verhalten die Entlassung (OGH 8 Ob A 84/06 w = ARD 5742/1/2007).*

## **9. Welcher KV kommt zur Anwendung?**

### **Fachgruppenzugehörigkeit bzw. Zugehörigkeit zu einem Arbeitgeberverband**

Welchen KV der AG auf die von ihm abgeschlossenen Arbeitsverhältnisse anzuwenden hat, richtet sich nach der Gewerbeberechtigung des AG (bzw. seiner Mitgliedschaft zu jener Vertragspartei, die den KV auf der Seite der AG abgeschlossen hat – § 8 ArbVG). Auf Grund der Gewerbeberechtigung wird der AG nach der Fachorganisationsordnung (eine Verordnung zum Wirtschaftskammergesetz) einer Fachgruppe in der Wirtschaftskammer zugeordnet, die einen für ihn geltenden KV abschließt. Schließt die Fachgruppe keinen KV ab, so kommt auf die von diesem AG abgeschlossenen Arbeitsverhältnisse kein KV zur Anwendung.

Ist der AG kein Mitglied der Wirtschaftskammer, so ist zu prüfen, ob er einem AG-Verband angehört, der einen auf ihn anzuwendenden KV abschließt. Gehört der AG einem solchen Verband nicht an, so kommt kein KV zur Anwendung (siehe 9.1).

### **AG mit mehreren Gewerbeberechtigungen**

Falls der AG mehrere Gewerbeberechtigungen hat, kommt jener KV des Bereiches zur Anwendung, der für den Betrieb die maßgebliche Bedeutung hat (§ 9 Abs. 3 ArbVG – auch wenn es sich um einen gesetzten KV handelt – OGH 26.11.2013, 9 Ob A 91/13t). Diesbezüglich wird insbesondere zu prüfen sein, in welchem Wirtschaftsbereich größere Umsätze erzielt werden. Ist eine solche überwiegende wirtschaftliche Bedeutung eines wirtschaftlichen Bereiches des Betriebes nicht feststellbar, so kommt der KV desjenigen Wirtschaftsbereiches zur Anwendung, der auf Branchenebene mehr AN erfasst (Tarifeinheit im Mischbetrieb – OLG Wien 10 Ra 335/02m = ARD 5390/2/2003). Verlagert sich in einem einheitlichen Produktionsbetrieb die wirtschaftliche Bedeutung auf einen Bereich, für den ein anderer KV zur Anwendung gelangt, so ist auf diesen KV zu wechseln (OLG Wien 9 Ra 175/03a = ARD 5546/8/2004).

Falls organisatorisch und fachlich getrennte Betriebsabteilungen oder Haupt- und Nebenbetriebe vorliegen, so findet für die jeweilige Einheit derjenige KV Anwendung, welcher dieser Abteilung fachlich entspricht (Tarifvielfalt). Diesbezüglich geht die Judikatur davon aus, dass organisatorisch getrennte Abteilungen nicht ausreichen, sofern diese fachlich als Einheit anzusehen sind (OGH 4 Ob 74/77 = Arb 9.597 – zur Produktion und zum Vertrieb von Fleischwaren). Eine Definition zum Begriff der fachlichen und organisatorischen Trennung kann dem Gesetz nicht entnommen werden. Die Rechtsprechung verweist auf die „Verkehrsauffassung“ (OGH 9 Ob A 235/98 v, 9 Ob A 234/98 x). Es wird letztlich zu prüfen sein, ob ein abgegrenzter Bereich im Sinne einer Abteilung mit einer eigenen Hierarchie vorhanden ist.

### **Überwiegender Wirtschaftsbereich ist kollektivvertragsfrei**

Ist in einem Mischbetrieb (Betrieb mit mehreren Gewerbeberechtigungen, wobei die Bereiche nicht fachlich und organisatorisch getrennt sind) ein Wirtschaftsbereich

reich von maßgeblicher wirtschaftlicher Bedeutung, so ist für die Frage des anzuwendenden KV dieser Wirtschaftssektor entscheidend (siehe zuvor bzw. § 9 Abs. 3 ArbVG). Falls für diesen Bereich kein KV vorhanden ist, so wäre aus dem Gesetzeswortlaut ableitbar, dass für den gesamten Mischbetrieb kein KV anzuwenden ist. In seiner Entscheidung 9 Ob A 139/05 i vom 25.1.2006 ging der OGH davon aus, dass für die Frage der KV-Anwendung der KV des weniger bedeutsamen Bereiches heranzuziehen ist, wenn für den überwiegenden Bereich kein KV existiert (ebenso VwGH 2006/08/0268 und OGH 27.6.2013, 8 Ob A 35/13 z). Dies soll sogar dann gelten, wenn im wirtschaftlich weniger bedeutenden Bereich überhaupt keine Geschäftstätigkeit entfaltet wird, aber eine aufrechte Gewerbeberechtigung vorhanden ist (OGH 25.3.2014, 9 Ob A 11/14 d). Begründet wurde dies vor allem mit dem sozialen Schutz, der für die AN in entsprechender Weise nur durch die Anwendbarkeit eines KV gegeben sein soll. In diesem Fall handelte es sich um ein Studentenheim (kollektivvertragsfrei und von überwiegender Bedeutung) mit einem Hotelbetrieb (KV für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe-Bereich von untergeordneter wirtschaftlicher Bedeutung). Der KV für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe ist daher auch auf die im Sektor Studentenheim tätigen Arbeiter anzuwenden. Zu diesen Entscheidungen ist anzumerken, dass in kollektivvertragsfreien Branchen keinesfalls der soziale Schutz fehlt (siehe 9.1).

### **Fehlende oder unzutreffende Gewerbeberechtigung**

Sollte keine Gewerbeberechtigung vorliegen, obwohl eine solche gesetzlich erforderlich wäre, so sind die AN so zu behandeln, als läge eine aufrechte Gewerbeberechtigung vor (§ 2 Abs 13 GewO, OGH 14.5.1997, 9 Ob A 131/97 y, 20.9.2009, 9 Ob A 188/00 p, 22.11.2007, 8 Ob A 62/07 m). Sollte eine Gewerbeberechtigung vorliegen, die nicht dem tatsächlich ausgeführten Gewerbe entspricht, so ist der KV für die gesetzlich vorgesehene Gewerbeberechtigung heranzuziehen (OGH 26.11.2014, 9 Ob A 141/13 w). Falls neben einem angemeldeten Gewerbe unbefugt ein anderes Gewerbe ausgeübt wird, so sind beide gewerbliche Tätigkeiten in die Prüfung einzubeziehen um den konkret anzuwendenden KV nach § 9 ArbVG festzustellen (OGH 19.3.2013, 9 Ob A 8/13 m).

### **Geltungsbereich des KV**

Weiters ist zu beachten, dass für Arbeiter einerseits und Angestellte andererseits jeweils eigene KV vereinbart werden. Einige KV gelten im gesamten Bundesgebiet, andere wiederum etwa nur für ein oder mehrere Bundesländer. Diese Details sind den Bestimmungen über den persönlichen und räumlichen Geltungsbereich im jeweiligen KV zu entnehmen. Die Branche bzw. die Branchen, auf die der KV anzuwenden ist, wird bzw. werden in den Bestimmungen zum fachlichen Geltungsbereich angegeben.

Im persönlichen Geltungsbereich wird angegeben, für welche AN der KV gilt. Manchmal werden leitende Angestellte ausgenommen (siehe 30.1).

## Abgrenzung Industrie und Gewerbe

Bisweilen ist auch strittig, welchem Fachverband im Bereich der Wirtschaftskammer ein Betrieb zuzuordnen ist. Die Betriebe haben beispielsweise daran Interesse, einer Innung der Sparte Gewerbe und Handwerk und nicht einem Fachverband der Sparte Industrie zugeordnet zu werden, weil Industrie-KV in der Regel für den AG wesentlich ungünstiger als Gewerbe-KV sind. Nach der Judikatur ist für die Anwendung des KV die Zuordnung des Unternehmens durch die Wirtschaftskammer zu einem bestimmten Fachverband maßgeblich (siehe Einschlägige Judikatur im Anschluss).

## Abweichende Vereinbarungen

Vom KV abweichende Vereinbarungen mit einzelnen AN sind nur dann gültig, wenn sie für den AN günstiger sind (§ 3 Abs. 1 ArbVG). Dabei sind nur jene Bestimmungen zusammenzufassen und gegenüberzustellen, die im rechtlichen und sachlichen Zusammenhang stehen (Gruppenvergleich nach § 3 Abs. 2 ArbVG). Dies ist dann gegeben, wenn Bestimmungen den gleichen Regelungsgegenstand betreffen (OGH 9 Ob A 285/01 d). Beispielsweise ist bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Kündigungsregelung eine Entgeltregelung nicht in den Gruppenvergleich einzubeziehen (OGH 9 Ob A 104/94, 9 Ob A 224/00 g).

Die Zulässigkeit der Vereinbarung eines bestimmten KV für ein bestimmtes Arbeitsverhältnis, welcher nach dem Gesetz nicht anzuwenden wäre, ist nur bezüglich jener seiner Bestimmungen gegeben, die im Gruppenvergleich als günstiger anzusehen sind (OGH 4 Ob 138/80 = Arb 9.914). Im Ergebnis ist daher jeweils zu vergleichen, ob die Regelungen des gesetzlich vorgesehenen bzw. des vereinbarten KV für den AN günstiger sind. In der Folge sind die günstigeren Bestimmungen anzuwenden. Dem AG ist daher zu empfehlen, keinesfalls die Anwendung eines gesetzlich nicht vorgesehenen KV zu vereinbaren.

## Einschlägige Judikatur

- *Es entspricht der ständigen Judikatur, dass für die KV-Angehörigkeit des AG die im § 8 Z 1 ArbVG erwähnte Mitgliedschaft in der Form maßgebend ist, wie sie infolge Zuordnung durch die Kammer zu einem bestimmten Fachverband oder einer Innung faktisch gehandhabt wird (OGH 9 Ob A 70/97 b, 9 Ob A 71/97 z, 9 Ob A 91/97 s, 8 Ob A 74/97 h = ARD 4850/16/97; 9 Ob A 275/99 b = ARD 5161/2/2000, OGH 8 Ob A 192/01 w, OLG Wien 10 Ra 17/02 x = ARD 5375/3/2003).*
- *Bei der Ermittlung des persönlichen Geltungsbereiches eines KV ist nicht auf § 36 ArbVG, sondern auf den allgemeinen AN-Begriff des Arbeitsvertragsrechts abzustellen (OGH 9 Ob A 285/01 d = ZAS 2003, 90 f mit Kommentar Rauch, ebenso OGH 9 Ob A 81/03 g).*

**Anmerkung:** Daher sind KV (mangels gegenteiliger Regelung) auch auf leitende Angestellte anzuwenden.

- *Der Wechsel des AG von einer freiwilligen Berufsvereinigung in eine andere führt zu einem Wechsel des anwendbaren KV mit sofortiger Wirkung. Das dem AN aufgrund des bisher geltenden KV gebührende Entgelt darf allerdings nicht geschmälert werden (OGH 9 Ob A 127/04 y, 9 Ob A 128/04 w = ARD 5644/6/2005).*