

# Arbeitsrecht für Arbeitgeber

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

Bearbeitet von  
Thomas Rauch

8., überarbeitete Auflage 2009 2009. Taschenbuch. ca. 800 S. Paperback

ISBN 978 3 7073 1563 9

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

Gewicht: 1140 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 (zB 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 vereinbart 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 Entgeltpflichten 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) kann von Arbeit bzw. einem Arbeits- oder Lehrverhältnis nicht gesprochen werden, wenn sich ein Minderjähriger 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 einige 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, und 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 Tage gedauert hat.

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 jedoch 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.

#### ***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 2 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).*

#### **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 verstößen, 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.

#### **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 Schadenersatz 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 319/99 a).

Weiters ist die Ausschreibung für Personen eines Geschlechts 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 319/99 a, *Rauch*, Zum Schadenersatz nach dem GlbG, ecolex 2000, 441 ff.).

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). Ein Schadenersatzanspruch ist m. E. gegen den privaten Arbeitsvermittler jedoch nicht möglich, weil dieser nicht als AG bzw. künftiger AG des Stellenbewerbers angesehen werden kann, son-

dern im Auftrag eines Kunden handelt, der einen Arbeitsplatz besetzen will. Die §§ 12 und 26 erwähnen dementsprechend nur den AG und nicht den Arbeitsvermittler.

### **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).

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 (zB Nachzahlung der Differenz zum höheren Entgelt) und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung (zB § 12 Abs. 3 GlBG).

Die Höhe des Schadenersatzes ist nach den sonst im Schadenersatzrecht angewandten Grundsätzen zu bemessen (OGH 8 Ob A 14/06 a). Die Verjährungsfrist beträgt ein Jahr (§ 29 Abs. 1 GlBG).

### **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 bezweckt 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 der Höhe von mindestens € 720,- (§ 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 2 Kollegen in der Höhe von je € 400,- zugesprochen, weil er von diesen wegen seiner sexuellen Orientierung regelmäßig verspottet wurde (LG Salzburg 18 Cga 120/05 t = ARD 5732/6/2006). Der Schadenersatzanspruch ist innerhalb von 6 Monaten gerichtlich geltend zu machen (§ 29 Abs. 1 GlBG).

Abgesehen davon hat der belästigte AN die Möglichkeit, einen vorzeitigen Austritt (z.B. nach § 26 AngG) 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.

Zur Abgrenzung sexueller von der geschlechtsbezogenen Belästigung siehe OGH 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).

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 eingebracht werden (siehe auch 14.3.1).

### **Diskriminierungsschutz für Behinderte**

Zum Schutz von Behinderten vor Diskriminierungen ua 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 i.S.d. § 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 – § 7 b Abs. 1 Z 6 BEinstG).

Die Diskriminierung kann auch mittelbar erfolgen, wenn scheinbar neutrale Vorgaben Behinderte benachteiligen (§ 7 c 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).

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

Begünstigte Behinderte iSd § 2 BEinstG genießen – wie bisher – ab dem 7. Monat des Arbeitsverhältnisses 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) in den ersten 6 Monaten des Arbeitsverhältnisses denkbar. Danach ist für die Kündigung die Zustimmung des Behindertenausschusses erforderlich. Handelt es sich hingegen um einen Behinderten iSd § 3 BEinstG, der kein begünstigter Behindter i.S.d. § 2 BEinstG ist, so ist die Anfechtung einer vom AG ausgesprochenen Auflösungserklärung wegen eines verpönten Motivs nach § 7 f BEinstG auch nach Ablauf der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses möglich. Der Status des begünstigten Behinderten nach § 2 BEinstG setzt die bescheidmäßige Gewährung des Behindertenstatus voraus (Details siehe 41.7.1).

Die Anfechtung 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 BGBl. 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 ab dem 7. Monat des Arbeitsverhältnisses einen Kündigungsschutz (Kündigung nur mit Zustimmung des Behindertenausschusses – 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 Behindertener nach § 3 BEinstG sein. Wird daher ein Behindertener nach § 2 BEinstG innerhalb der ersten 6 Monate des Arbeitsverhältnisses (entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen) ohne Zustimmung des Behindertenausschusses gekündigt, so kann er die Kündigung wegen eines verpönten Motivs nach § 7f BEinstG anfechten. Wird ein Behindertener 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 ist. Dazu hat er zunächst einen Antrag beim zuständigen BSA auf Einleitung eines Schlichtungsverfahrens einzu bringen (§ 7k BEinstG). 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).

### **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 2903, 2934, 3662, 95).

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 44/06w).

### **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 begehrn. 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, GIBG – Hopping? Schadenersatzjäger und das GIBG, 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).

### ***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).