

# 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 Auflösung mit einem Präsenz- oder Zivildiener, mit einem Lehrling, mit minderjährigen AN, die dem MSchG oder VKG unterliegen (weiter ist eine Bescheinigung eines ASG oder der AK erforderlich, aus der hervorgeht, dass der AN über die einvernehmliche Auflösung belehrt wurde – zur einvernehmlichen Lösung siehe 43.),
- bei volljährigen AN, die dem MSchG bzw. VKG unterliegen, genügt die Schriftform bei einvernehmlicher Auflösung (siehe 43.),
- die Auflösung eines Lehrverhältnisses durch einseitige Erklärung (Auflösung während der Probezeit, vorzeitiger Austritt, Entlassung, außerordentliche Auflösung nach § 15a BAG – siehe 52.),
- bei Vereinbarungen zum Ausbildungskostenrückerstattung (§ 2d Abs. 2 AVRAG, wobei für jede einzelne Ausbildungsmaßnahme eine gesonderte schriftliche Vereinbarung erforderlich ist – siehe 14.6),

- weiters können in einem KV Formvorschriften enthalten sein (z.B. sieht der Art. VI Z 2 des KV für das Güterbeförderungsgewerbe vor, dass das Arbeitsverhältnis nach einmonatiger Betriebszugehörigkeit nur schriftlich aufgelöst werden kann).

### **Unterschrift im Original erforderlich**

Das Gebot der Schriftform erfordert (sowohl für Verträge wie auch für einseitige Erklärungen nach § 886 ABGB) die eigenhändige Unterschrift („Unterschriftlichkeit“ – OGH 22.9.2010, 8 Ob A 63/09 m) unter dem Text (dabei genügt der ausgeschriebene Familienname). Ein E-Mail, SMS (OGH 7.2.2008, 9 Ob A 96/07 v), Telefax (OGH 20.8.2008, 9 Ob A 78/08 y) oder per „WhatsApp“ übermitteltes Foto eines Kündigungsschreibens (OGH 28.10.2015, 9 Ob A 110/15 i; *Rauch*, Arbeitsrecht 2017, 92) und eine in einer Gerichtsverhandlung ausgesprochene und protokollierte Kündigung (OGH 28.10.2016, 9 Ob A 57/16 x; *Rauch*, Arbeitsrecht 2017, 93) erfüllt daher nicht die „Unterschriftlichkeit“, weil damit dem Erklärungsempfänger das Original der erforderlichen Unterschrift nicht zugeht (abgesehen davon führt diese Form der Übermittlung rechtlich relevanter Erklärungen zu Problemen bezüglich des Nachweises der Zustellung, weil der Vertragspartner, dem die schriftliche Erklärung belegbar zugehen müsste, stets behaupten kann, dass er das Empfangsgerät seit längerer Zeit nicht in Betrieb genommen habe, es kaputt sei etc., hingegen ist die Vorlage eines Belegs für die eingeschriebene Übermittlung oder einer handschriftlichen Übernahmebestätigung durch den Erklärungsempfänger im Regelfall ein geeignetes Beweismittel für die Zustellung einer schriftlichen Erklärung – zum Zugang von Erklärungen siehe 37.1).

### **Rechtsfolgen der Verletzung von Formgeboten**

Die Nichtheinhaltung von Formvorschriften führt zur Nichtigkeit einer Erklärung oder Vereinbarung, wenn das Formgebot einem besonderen Schutzzweck für die AN dient (bzw. die Nichtigkeit gesetzlich vorgesehen ist). Insbesondere bei Verletzung der gesetzlich oder kollektivvertraglich vorgesehenen Schriftform für Auflösungserklärungen des AG ist die Erklärung nichtig (z.B. eine AG-Kündigung durch ein per „WhatsApp“ übermitteltes Foto des Kündigungsschreibens trotz Schriftformgebot des KV – OGH 28.10.2015, 9 Ob A 110/15 i).

### **Schriftformgebote in Arbeitsverträgen**

In Arbeitsverträgen wird oftmals die Schriftform für Änderungen bzw. die Auflösung festgelegt. Nach der Rechtsprechung können die Vertragsparteien von einem Formvorbehalt, insbesondere auch von einem Vorbehalt der Schriftform (§ 884 ABGB) jederzeit einverständlich abgehen, wobei eine solche Vereinbarung über die Abstandnahme der früher vereinbarten Form nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erfolgen kann (OGH 1.2.2007, 9 Ob A 140/06 p; 7.2.2008, 9 Ob A 179/07 z). Es widerspricht den Grundsätzen des redlichen Ver-

kehrs, wenn ein Vertragsteil dem anderen mündlich bestimmte Zusagen macht und sich hinterher auf eine damit im Widerspruch stehende Klausel der Urkunde beruft (OGH 31.3.1993, 9 Ob A 30/93, ARD 4567/1/94). Abgesehen davon ist von der Rechtswirksamkeit der mündlichen Zusage auch nach dem Günstigkeitsprinzip auszugehen (weitere Details siehe Rauch, Schriftform im Arbeitsrecht, ARD 6486/5/2016).

#### **Schriftlichkeit zwecks Beweisbarkeit**

Die Einhaltung der 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 zwecks Beweissicherung sinnvoll wäre), kann eine Erklärung auch mündlich in Gegenwart von Zeugen abgegeben und der Vorgang schriftlich vermerkt werden.

### **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, 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).*
- *Verletzt sich ein Schüler bei einer Tätigkeit im Betrieb, den er im Rahmen einer individuellen Berufsorientierung (§ 13b Schulunterrichtsgesetz) aufsuchen konnte, so greift die Amtshaftung ein. Der Rechtsweg gegen das Unternehmen ist ausgeschlossen (OGH 18.6.2015, 1 Ob 75/15 h).*

#### **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 Sozial-

leistungen, 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 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 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 unrichtige Besetzung der Kommission beim Hearing und die Nichteinhaltung des Frauenförderungsgebotes begründen (für sich genommen) keine Diskriminierung (OGH 26.2.2016, 8 Ob A 5/16 t).

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.).

Eine diskriminierende Äußerung, die nicht kausal für die Nichtberücksichtigung einer Bewerbung ist, kann den Schadenersatz von € 500,– wegen Nichteinstellung nicht begründen (OGH 27.2.2019, 9 Ob A 118/18 w).

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).

Abgesehen von geschlechtsneutralen Stellenausschreibungen besteht im Arbeitsrecht keinesfalls eine allgemeine „Genderpflicht“ (*Rauch*, Arbeitsrecht 2015, 70 f).

Der Zusatz „m/w“ in einer Stellenausschreibung ist ausreichend (LVwG Oberösterreich 31.12.2016, LVwG – 301261/KI/SI, *Rauch*, Arbeitsrecht 2017, 37).

Die Anforderung einer körperlichen Mindestgröße für den Polizeidienst ist eine mittelbare Frauendiskriminierung, weil sie im Durchschnitt kleiner wie Männer sind (EuGH 18.10.2017, C-409/16, *Kalliri*).

### **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 Schuldennachen seid ihr Jugoslawen Spitze ...“) ca. 1,5 Monate nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses kann nicht mehr von einem dadurch bewirkten einschüchtern den 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).

Die Unterlassung der Anrechnung von Vordienstzeiten, die vor dem vollendeten 18. Lebensjahr erworben wurden, bei der Einstufung stellt eine Altersdiskriminierung dar (OGH 26.2.2015, 8 Ob A 20/13 v). Ebenso wenn alle AN gekündigt werden, sobald sie einen Anspruch auf eine Korridorpension haben, wenn damit ältere „teurere“ AN abgebaut werden sollen (OGH 18.8.2016, 9 Ob A 106/15 a; *Rauch*, Arbeitsrecht 2017, 39 ff.).

#### **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 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).

Die ausdrückliche oder stillschweigende Zurückweisung oder Ablehnung eines sexuell belästigenden Verhaltens durch die betroffene Person ist kein Tatbestandsmerkmal der sexuellen Belästigung (OGH 9.4.2017, 9 Ob A 38/17d).

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). Punktuelle Kritik ist keine Weltanschauung (OGH 28.5.2015, 9 Ob A 42/15 i, *Rauch*, Arbeitsrecht 2016, 88 f.).

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.

### **Kopftuchverbot und islamischer Gesichtsschleier (Niqab)**

Zu diesem Thema hat sich der OGH mit einer klagenden ehemaligen Angestellten eines Notars befasst (OGH 25.5.2016, 9 Ob A 117/15 v, *Rauch*, Arbeitsrecht 2017, 27 ff.). Der Notar gestattete ihr das Tragen des islamischen Kopftuches (Hijab) und der Abaya (islamisches Übergewand), obwohl er fürchtete, Klienten zu verlieren. Er erlaubte dennoch der Klägerin weiterhin den uneingeschränkten Klientenkontakt und sie wurde als Testamentszeugin eingesetzt.

Nach der Karenz wegen Mutterschaft der Klägerin wurden der Klientenkontakt und der Einsatz als Testamentszeugin eingeschränkt. Nach einer schweren Krankheit bestand die Klägerin darauf, in der Arbeit den islamischen Gesichtsschleier (Niqab) zu tragen. Daraufhin wurde sie gekündigt. Die Kündigung wurde nicht angefochten, sondern (nach § 12 Abs. 7 GlBG) eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung in der Höhe von € 7.000,– eingeklagt, weil die Klägerin meinte, sie sei wegen ihrer Weltanschauung und mittelbar wegen ihres Geschlechts (da den Gesichtsschleier nur Frauen tragen) diskriminiert worden (§ 17 Abs. 1 Z 6 und 7 GlBG).

Der OGH hat dazu darauf verwiesen, dass es in Österreich zu den unbestrittenen Grundregeln zwischenmenschlicher Kommunikation gehöre, das Gesicht unverhüllt zu lassen (OGH 27.8.2008, 13 Os 83/08t). Ein verhülltes Gesicht beeinträchtige die Kommunikation zwischen den Kulturen. Abgesehen davon sei die Forderung des AG nach einem dezenten Erscheinungsbild weiblicher und männlicher AN sachlich berechtigt (§ 20 Abs. 1 GlBG). Da lediglich die Einschränkungen nach der Karenz als Diskriminierung anzusehen sei, wurde der Schadenersatz von den begehrten € 7.000,– auf € 1.200,– reduziert (zu Bekleidungsregeln siehe 14.20).

Zum Thema Kopftuchverbot hat der EuGH (C-157/15 Samira Achbita/G4S Secure Solutions) entschieden, dass ein AG das Tragen eines islamischen Kopftuchs am Arbeitsplatz untersagen kann, wenn in dem Unternehmen das Tragen sichtbarer religiöser, politischer und philosophischer Zeichen für AN mit Kundenkontakt allgemein verboten ist. AG können mit einer solchen allgemeinen Neutralitätspflicht das legitime Ziel der religiösen und weltanschaulichen Neutralität verfolgen.

Falls jedoch der AG nur den Wünschen eines Kunden entsprechen will, der seine Leistungen nicht mehr von einer AN (Softwaredesignerin) erbracht haben will, die ein islamisches Kopftuch trägt, kann dies nicht als „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ (i.S.d. Art 4 Abs. 1 der Gleichbehandlungsrahmen-RL 2000/78/EG) angesehen werden, die das Vorliegen einer Diskriminierung ausschließen könnte (EuGH 14.3.2017, C-188/15, Bougnaoui und ADDH). Die Kündigung der AN, nachdem sich ein Kunde über ihr islamisches Kopftuch beschwert hat und die Bitte des AG um Entfernen von ihr missachtet wurde, hat daher der EuGH als diskriminierend und somit rechtsunwirksam eingestuft (siehe auch *Rauch*, Arbeitsrecht 2018, 34).