

Mitarbeitersuche, Bewerbungsgespräch, Vertragsabschluss

Welche kostspieligen arbeitsrechtlichen Fehler Sie
vermeiden sollten

ImmoWebinar, 30.1.2019, 14 Uhr

Mag. Wolfram Hitz

Inhalt

- Stellenausschreibung
- Bewerbungsgespräch
- Gleichbehandlung/Anti-Diskriminierung
- Vertragsabschluss: Probezeit, Befristung
- Diskriminierende Beendigungen

Stellenausschreibung

- Diskriminierungsfreie Ausschreibung (§ 9 GlBG):
Geschlecht, Sexualität, Religion...
- Angabe des kollektivvertraglichen Mindestentgelts (auch „*Mindestgrundlage für die Arbeitsvertragsverhandlungen*“, wenn kein KV), Bereitschaft zur Überzahlung (§ 9 GlBG)
- Bei Verletzung:
 - Wenn Anzeige bei Bezirksverwaltungsbehörde erfolgt, Strafen nach Gleichbehandlungsgesetz (GlBG) möglich
 - Beim ersten Verstoß Ermahnung
 - Bei weiteren Verstößen bis zu EUR 360,-- Strafe
- „*junges, dynamisches Team*“ in Stellenausschreibung ist diskriminierend (Ermahnung durch LVwG Wien)

Bewerbungsgespräch (1)

- Vorstellungskosten: stillschweigende Ersatzverpflichtung der Kosten durch Arbeitgeber (OGH 9 Ob A 111/89)
- Im Vorfeld Ausschluss der Übernahme der Kosten möglich
(zB *„Falls Ihnen durch die Bewerbung Kosten erwachsen sollten, können diese nicht von uns übernommen werden“*)
- Nur tatsächlich notwendige Kosten, öffentliche Verkehrsmittel
(kein Anspruch auf km-Geld)

Bewerbungsgespräch (2)

- „Verbotene Fragen“:
Bereiche, wo das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers verletzt wird. Teile des Privatleben, Sexualität, Religion etc
 - Wo verlaufen Grenzen?
- Verschweigen einer Schwangerschaft oder Behinderung möglich, da Fragestellung nicht zulässig gewesen wäre
- keine Sanktionierungsmöglichkeiten bei nicht wahrheitsgemäßer Beantwortung (kein Entlassungsgrund!)

Bewerbungsgespräch (3)

- Frage nach Vorstrafen zulässig, wenn begründet (Art der Tätigkeit)
 - Vermögenswerte, Leib und Leben, Außenwirkung
- Ablehnung der Bewerbung muss nicht begründet werden!
- Vorsicht bei Begründung bzgl. Diskriminierung, allenfalls Schadenersatz!
 - Mindestens 2 Monatsentgelte, wenn Stelle erhalten hätte
 - Bis 500 Euro, wenn Stelle nicht erhalten hätte
- Beispiele
 - „Konnten Sie nicht einstellen, da nur WCs für Frauen im Betrieb vorhanden sind.“
 - per eMail an 50jährigen Bewerber: „[...] für die Stelle zu alt“ (OGH 9 ObA 154/12f)
 - „attraktive, selbständige Kellnerin gesucht“ (€ 500,-- Schadenersatz für Mann, ASG Wien 13 CgA 143/11k)
 - Muttersprache muss Deutsch sein

Scheinbewerbung - kein Schadenersatz

- Schadenersatz bzgl Diskriminierung im Vorstellungsgespräch gebührt nur bei „echter“ Bewerbung
- EuGH-Entscheidung:
 - Jurist, Mitte 30, Berufserfahrung als Rechtsanwalt und Führungskraft
 - Bewerbung für „Traineejob für Studienabgänger“
 - Nach Ablehnung Klage auf Entschädigung wegen Altersdiskriminierung (EUR 14.000) und Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (EUR 3.500).
 - Kein Diskriminierungsschutz, wenn kein Zugang zur Beschäftigung gesucht wird, sondern Rechtsmissbrauch vorliegt

Gleichbehandlung/Anti-Diskriminierung (1)

- Judikate des OGH bzw. EuGH zum Thema Zulässigkeit von Gesichtsschleier- bzw. Kopftuchverbot im Hinblick auf Gleichbehandlungsgesetz (Anti-Diskriminierungs-RL)
- Tendenzielle Zulässigkeit von Verboten, aber abhängig von Begründung
- im Detail aber schwierige Differenzierungen
 - unmittelbare vs. mittelbare Diskriminierung
 - allgemeines Neutralitätsgebot vs. Befriedigung von Kundenwünschen
 - Unterscheidung zwischen Innen- und Außendienst?
- Verbot eines Gesichtsschleiers zulässig (OGH)
- Verbot eines Kopftuchs zulässig, wenn generelle Regelung, dass alle „neutral“ gekleidet sein müssen (EuGH)
- Verbot eines Kopftuchs unzulässig, wenn abhängig von Einzelfall, zB Kundenwunsch (EuGH)

Gleichbehandlung/Anti-Diskriminierung (2)

- arbeitsfrei am Karfreitag laut Arbeitsruhegesetz (ARG) nur für bestimmte Konfessionen?
- Entscheidung des EuGH vom 22.1.2019 (Cresco Investigation vs. Markus Achatzi; RS C-193/17)
- Verstoß ua gegen Antidiskriminierungs-RL/Gleichbehandlungs-Rahmen-RL
- Freistellung muss für alle Arbeitnehmer gelten, die dies geltend machen
- Österreichischer Gesetzgeber kann ARG ändern
 - Aktuelle politische Diskussion mit mehreren möglichen Lösungsansätzen

Probezeit (1)

- Arbeitsverhältnis auf Probe
- gem § 19 (2) AngG kann Probezeit bis maximal 1 Monat vereinbart werden
- Auflösung (beidseitig) grundlos möglich, ohne Einhaltung von Fristen und/oder Terminen

Probezeit (2)

- Diskriminierungsschutz auch schon in der Probezeit
- Auflösung uU diskriminierend, zB nach erfolgter Meldung einer Schwangerschaft in der Probezeit
- Bei diskriminierender Beendigung
 - Anfechtung (Klage auf Fortbestand des Arbeitsverhältnisses) oder
 - Schadenersatzklage (Entschädigung für erlittene persönliche Beeinträchtigung, Vermögensschaden)

Befristung (1)

- Befristung kann vereinbart werden (keine Obergrenze)
- automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach Ablauf der Befristung
- Kündigung während Befristung nicht zulässig, außer explizit vereinbart.
 - zulässig vereinbarte Kündigungsmöglichkeit nur bei gewisser Mindestdauer der Befristung.
OGH: ab 4 bis 6 Monaten
- Verboten: mehrere Befristungen hintereinander, wenn nicht sachlich gerechtfertigt (*Kettendienstverträge* - unbefristetes Dienstverhältnis)

Befristung (2)

- Wenn Schwangerschaft während Befristung bekanntgegeben, uU „Ablaufhemmung“ der Befristung
 - Arbeitsverhältnis läuft bis zum Beginn der Schutzfrist/Beschäftigungsverbot weiter
 - Außer, wenn sachliche Rechtfertigung für Befristung nachweisbar (Vertretung, im Interesse der Arbeitnehmerin, Erprobung bei entsprechender Qualifikation etc)
- Auch Nichtverlängerung der Befristung kann diskriminierend sein
 - zB Bekanntgabe der Schwangerschaft während Befristungslauf

Kündigungsmöglichkeiten

- Kündigung eines Angestellten durch Arbeitgeber nach AngG nur mit Wirkung zum Quartalsende möglich
- Vertraglich kann Beendigung mit Wirkung zum 15. und Letzten eines Monats **vereinbart** werden!

Vorvertrag

- Wenn Verhandlungen über konkrete Vertragsinhalte länger andauern oder sich die Ausstellung eines schriftlichen Dienstvertrags verzögert
 - Abschluss eines Vorvertrages
- Mögliche Inhalte
 - Beginn des Arbeitsverhältnisses
 - Gehalt
 - Einstufung im KV
 - Tätigkeit
 - Probezeit, Befristung

Diskriminierende Beendigung (1)

- Arbeiter verschwieg Behinderteneigenschaft in Personalfragebogen sowie bei Untersuchung durch Betriebsarzt
- Arbeitgeber erfährt Behinderteneigenschaft durch Vorschreibung der Ausgleichstaxe nach BEinstG nach einem Jahr Beschäftigung
- Kündigung aufgrund der mehrfach unrichtigen Angaben im Personalfragebogen, durch Verschweigen gegenüber dem Betriebsarzt und auch über direkte Nachfrage
 - Keine Beanstandungen der Arbeitsleistungen, nie im Krankenstand, keine Einschränkung der Leistungsfähigkeit bzw Gefährdung der eigenen oder fremder Personen
- Obwohl Kündigung während der ersten vier Jahre der Beschäftigung erfolgte (an sich Kündigungsfreiheit), Verstoß gegen Diskriminierungsverbot nach BEinstG.
- Kündigung „*nur wegen Behinderung*“ diskriminierend und anfechtbar (OGH 9 ObA 107/15y)

Diskriminierende Beendigung (2)

- Arbeitnehmerin verneint wahrheitsgemäß die Frage, ob sie sich in naher Zukunft Kinder wünsche
- tatsächlich wurde sie aber im selben Jahr schwanger.
- Eine Gesellschafterin fragte sie, ob es ein Wunschkind sei und zeigte sich überrascht, dass es „*kein Hoppala*“ war. Verlust des Kindes durch Fehlgeburt.
- Arbeitnehmerin wird kurz darauf gekündigt, weil „*sie wahrscheinlich wieder schwanger werde*“
- unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts nicht bloß bei einer Kündigung wegen Schwangerschaft, sondern auch, „*wenn der maßgebliche Grund für eine Kündigung in der konkreten Annahme des Arbeitgebers liegt, dass eine Arbeitnehmerin bald schwanger werde*“ (OGH 8ObA 81/13i).

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

wolfram@hitz-schrenk.at