

# **Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen für die Personalplanung und die Einstellung von Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen – Ausgewählte Aspekte**

**Ass.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Johanna Naderhirn**

**Johannes Kepler Universität Linz**

**Innsbruck, 5. 3. 2020**

## **Geschlechtsneutrale Stellenausschreibung**

§ 9 GIBG: Arbeitsplätze dürfen nicht nur für Männer oder nur für Frauen ausgeschrieben werden. Ausnahme nur dann, wenn ein bestimmtes Geschlecht **unverzichtbare Voraussetzung** für die Ausübung der vorgesehenen Tätigkeit ist (Models für Bikinimode, Schauspieler je nach Rolle, Tätigkeiten in Frauenhäusern).

Nach GIBK Grenzfall bei Formulierung: „Projektleiter .. Sie (m/w) verfügen über ...“

**LVwG Niederösterreich 21. 12. 2016:** Stellenanzeigen waren in der Überschrift geschlechtsneutral (Autoaufbereiter/in), danach nur männlich formuliert, aber mit Zusatz (Autoaufbereiter „m/w“). Am Ende der Ausschreibung Hinweis, dass sich das Unternehmen gemäß dem GIBG mit allen Angeboten an Damen und Herren wendet. Nach Ansicht des LVwG NÖ ist dies kein Verstoß gegen geschlechtsneutrale Stellenausschreibung

## **Fragerecht des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin bei der Einstellung**

### **Schwangerschaft**

Schon früh mehrere Entscheidungen des OGH zur Wahrheitspflicht der Bewerberin bezüglich Schwangerschaft bei der Einstellung (27. 11. 1962, 4 Ob 138/62, Arb 7665, 5. 11. 1968, 4 Ob 57/68, Arb 8574, 27. 10. 1970, 4 Ob 92/70, Arb 8824): Bewusst wahrheitswidriges Verneinen der Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft ist **kein Entlassungsgrund**, da ein entsprechender **im MSchG nicht vorgesehen** ist. Aber auch keine Anfechtung wegen List möglich und keine Nichtigkeit des Arbeitsvertrages. In der Lehre dazu kritische Stimmen (zB *Spielbüchler*), va bei durch die Beschäftigungsverbote gänzlich paralysiertem befristetem Arbeitsverhältnis oder einem unbefristeten, welches zB durch das Verbot der Nacharbeit und fehlender anderer Verwendungsmöglichkeit außergewöhnlich stark beeinträchtigt wird.

**Nun: Unionsrecht:** RL 76/207/EWG, nunmehr RL 2006/54/EG

Art 2 Abs 2 lit c RL: **als Diskriminierung iSd RL gilt jegliche ungünstigere Behandlung einer Frau im Zusammenhang mit Schwangerschaft** oder Mutterschaftsurlaub iSd RL 92/85/EWG

**EuGH Rs Dekker** (1990): Verweigerung der Einstellung wegen Schwangerschaft ist unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, da sie nur Frauen gegenüber in Betracht kommt, gleichgültig ist, ob sich ein Mann beworben hat

**EuGH Rs Webb** (1994): Schutz der (werdenden) Mutter kann nicht von der Frage abhängen, ob ihre Anwesenheit für das ordnungsgemäße Funktionieren des Unternehmens unerlässlich ist

**EuGH Rs Mahlburg** (2000): Die RL verbietet es, eine Schwangere deshalb nicht auf eine unbefristete Stelle einzustellen, weil sie wegen der Beschäftigungsverbote auf dieser Stelle von Anfang an nicht beschäftigt werden darf. Verbote wirken bei unbefristeter Stelle nur für beschränkte Zeit, ähnlich Rs Habermann-Beltermann (1994)

**EuGH Rs Busch** (2003): Frau Busch wollte ihren Erziehungsurlaub nur deshalb abkürzen und wieder beim AG zu arbeiten beginnen, weil sie erneut (in fortgeschrittenem Stadium) schwanger war und

finanzielle Vorteile (zT zu Lasten des AG) erlangen konnte. Sie verschwieg ihre Schwangerschaft. Deutsche Regierung: nicht mit Loyalitätspflichten innerhalb eines Arbeitsverhältnisses zu vereinen, komme Rechtsmissbrauch sehr nahe. EuGH: keine Aufklärungspflicht der ANin, ihre Motive für die Rückkehr sind unerheblich

**EuGH Rs Tele Danmark** (2001): auf sechs Monate befristeter Arbeitsvertrag, ANin konnte diesen wegen fortgeschrittener Schwangerschaft nur zum Teil erfüllen, wurde nach Bekanntgabe der Schwangerschaft vorzeitig gekündigt. EuGH: unerheblich ist, ob der Arbeitsvertrag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geschlossen wurde. Stets beruhe die Unfähigkeit der ANin, ihn zu erfüllen, auf der Schwangerschaft. Außerdem sei die Dauer eines Arbeitsverhältnisses höchst ungewiss. Selbst die Dauer eines befristeten Arbeitsverhältnisses stehe nicht von vornherein fest, da es erneuert oder verlängert werden kann. Hätte der Gemeinschaftsgesetzgeber befristete Verträge vom Geltungsbereich der einschlägigen RL ausnehmen wollen, hätte er dies klar zum Ausdruck gebracht. *Daher stehen die einschlägigen RL der Entlassung einer auf bestimmte Zeit eingestellten ANin entgegen, wenn sie den AG nicht über ihre Schwangerschaft unterrichtet hat, obwohl ihr diese bei Abschluss des Arbeitsvertrages bekannt war und wenn feststand, dass sie aufgrund ihrer Schwangerschaft während eines wesentlichen Teils der Vertragszeit nicht würde arbeiten können.*

Ein Teil der Lehre in Österreich aber auch in Deutschland sieht diese Judikatur kritisch, bezeichnet sie zB als überzogen, anerkennt aber doch aufgrund der EuGH-Judikatur im Allgemeinen, dass die Frage nach Schwangerschaft unzulässig ist und zwar unabhängig von etwaigen Beschäftigungsverboten und auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen.

Keine eindeutige Judikatur besteht nur zu den schon früher als besonders problematisch erachteten Fällen der vollständigen oder zumindest weitestgehenden Hinderung der ANin, den befristeten AV zu erfüllen

Entlassungsgrund nach § 12 MSchG bei Verschweigen/Lüge nicht ersichtlich, allenfalls Rechtsmissbrauch, keine ernsthafte Bewerbung usw

Die Aussagen im Fall Tele Danmark sprechen eher dafür, dass der EuGH auch in solchen Fällen von keiner Wahrheitspflicht ausgehen würde, beachte aber auch die Ausführungen des Generalanwalts

„Lügerecht“ jedenfalls über geplante Schwangerschaft, Familienplanung

## **Präsenz/Zivildienst**

Besteht **Wahrheitspflicht** bei der Einstellung? Die Meinungen in der Lit gehen hier stark auseinander, durchwegs nicht angenommen wird eine Aufklärungspflicht des AN ohne Nachfragen, aber zT eine Wahrheitspflicht bei ausdrücklicher Frage. VertreterInnen einer Wahrheitspflicht argumentieren va damit, dass der AG/die AGin für die Personalplanung wissen muss, ob die Arbeitskraft ausfällt.

Nach Literaturstimmen und auch mE ist die **Ablehnung der Einstellung** eines männlichen Bewerbers wegen noch nicht abgeleistetem Präsenz/Zivildienst eine **unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts**. Verweigerung der Einstellung wegen Schwangerschaft kommt nur Frauen gegenüber in Betracht, Verweigerung der Einstellung wegen noch nicht abgeleistetem Präsenz/Zivildienst nur Männern gegenüber. Daran ändert sich auch nichts, wenn sich nur Männer bewerben (Vergleich zur Rs Dekker). Bei wahrheitsgemäßer Beantwortung, dass noch nicht abgeleistet, dürfte der Mann deswegen nicht abgelehnt werden.

Es ändert mE an der unmittelbaren Diskriminierung nichts, dass (theoretisch) auch Frauen Wehrdienst in Form von Ausbildungsdienst leisten können, nicht vergleichbar (Pflicht versus Möglichkeit)

Legitimes Interesse des AG/der AGin, schon bei der Einstellung zu wissen, ob AN wegen Präsenz/Zivildienst ausfällt? Bei Schwangerschaft ist dies für den EuGH kein Argument für eine Offenbarungspflicht. Frage nach abgeleistetem Präsenz/Zivildienst wird idR nicht wegen notwendiger

Personalplanung gestellt, sondern die AGInnen stellen zumindest tendenziell lieber AN ein, die den Präsenz/Zivildienst schon abgeleistet haben. Früher stand der abgeleistete Präsenz/Zivildienst sogar häufig als Einstellungsvoraussetzung in den Stellenausschreibungen.

EuGH Rs C-220/02: Wehr- oder Zivildienst ist staatsbürgerliche Pflicht, Elternkarenz freiwillig, dient Interessen des AN und seiner Familie, Wehr- oder Zivildienst hingegen dem Interesse der nationalen Gemeinschaft

ME darf AN lügen, er muss sich nicht der Gefahr einer Diskriminierung aussetzen

Argument: „Der Ehrliche ist der Dumme?“ -- Wird man wegen wahrheitsgemäßer Beantwortung der Frage nicht eingestellt – nur Schadenersatz nach GIBG, hingegen hat der „Lügner“ möglicherweise den Job. Dies ist hinzunehmen, es wäre mE widersinnig, eine Wahrheitspflicht mit dem Argument zu bejahen, der AN könne ja bei Diskriminierung ohnehin Schadenersatz begehren, bei den „Schwangerschafts-E“ hat der EuGH eine solche Erwägung nie angestellt

**Zusammenfassend sprechen die besseren Gründe für das Nichtbestehen einer Wahrheitspflicht, fraglich wieder bei völliger oder weitgehender Konterkarierung des Arbeitsverhältnisses bei kurzen Befristungen.**

Nach § 5 APSG ohnehin Mitteilungspflicht nach Erlassung der Einberufung/Zustellung des Zuweisungsbescheids. AGIn hat ohnehin danach noch gewisse Zeit, organisatorisch zu reagieren. Materialien: Bei Verletzung der Mitteilungspflicht ist der AN allenfalls dem AG schadenersatzpflichtig, wenn dieser durch die Nichtmeldung einen Schaden erlitten hat (RV 291 BlgNR 18. GP 10)

Wenn AN die Einberufung/Zuweisung bei der Bewerbung schon hat – entsprechend der Wertung des § 5 APSG Mitteilungspflicht unverzüglich nach Abschluss des Arbeitsvertrages anzunehmen, sonst wiederum Schadenersatzpflicht möglich

## **Vorstrafen**

Aufklärung/Wahrheitspflicht bzgl Vorstrafen problematisch, da dies häufig zur Nichteinstellung führen wird, Resozialisierungsgedanke, sinnvolle Tätigkeit und Einkommen kann Rückfallrisiko in die Kriminalität senken

**OGH 21. 5. 1935, 1 Ob 389/35, Arb 4569:** Keine Vertrauensunwürdigkeit oder gleichwertiger Entlassungsgrund nach AngG wegen lang zurückliegender Vorstrafe (offenbar wegen eines geringfügigen Eigentumsdelikts), wenn sich die ANin während des viele Jahre dauernden DV nichts zuschulden hat kommen lassen, Verschweigen dieser Vorstrafe ist keine Pflichtverletzung, auch wenn die ANin bei einem Notar beschäftigt ist

**OGH 9. 6. 1959, 4 Ob 64/59, Arb 7074:** Kein Entlassungsgrund bei einem Tellerwäscher in einem Hotel wegen einer Jahre zurückliegenden (angeblichen) Verurteilung wegen eines Sittlichkeitsdelikts

**OGH 16. 2. 1982, 4 Ob 147/81, Arb 10.092 = DRdA 1984, 139 (Rabofsky):** Keine Entlassung eines Handlungsreisenden wegen Vertrauensunwürdigkeit, wenn der AN die Verurteilung wegen fahrlässiger Krida bei Dienstantritt nicht mitgeteilt hat. *Berechtigte Interessen des AG dann, wenn dieser wegen der Eigenart der vom DN begangenen strafbaren Handlung bei objektiver Beurteilung befürchten müsste, dass der DN seine Dienstpflichten in wesentlichen Belangen nicht erfüllen oder gar im Rahmen des Dienstverhältnisses gleiche oder ähnliche strafbare Handlungen begehen werde.*

**OGH 26. 4. 1983, 4 Ob 76/82, DRdA 1986, 209 (Petrovic) = ZAS 1984, 188 (Robert Müller):** Der AG erfuhr durch eine Zeitungsmeldung, dass der AN wegen schweren Diebstahls bei seinem früheren AG verurteilt worden war. Die Diebstähle hatten sich über einen längeren Zeitraum hinweg ereignet und der letzte fand erst etwa zweieinhalb Monate vor Antritt der Stellung beim jetzigen AG statt. Der

AN hatte sich bei seinem früheren AG als Leiter der Eingangskontrolle ua Brillenteile zugeeignet. Beim neuen AG war er für die Verwaltung des Firmenlagers mit einem Wert von etwa 1 Million S angestellt worden. Nach Vorstrafen war der AN nicht gefragt worden. Der AG entließ den AN. Der OGH nahm hier den Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit als gegeben an. Die strafbaren Handlungen des AN richteten sich gegen jene Rechtsgüter, die ihm auch beim AG anvertraut waren. Beim jetzigen AG hätte er als einziger Angestellter praktisch das Warenlager zu verwalten gehabt. Dem AG kann die Unterlassung von Fragen nach strafbaren Handlungen nicht zum Nachteil gereichen, wenn keinerlei Verdachtsmomente in diese Richtung bestanden.

**OGH 18. 10. 1994, 10 ObS 218/94, DRdA 1995, 397 (Mazal):** Fragen nach Vorstrafen sind nur insoweit zulässig bzw wahrheitsgemäß zu beantworten, als es sich um noch ungetilgte Verurteilungen handelt, die den Bewerber für die angestrebte berufliche Tätigkeit objektiv ungeeignet erscheinen lassen. Eine getilgte Vorstrafe muss keinesfalls offen gelegt werden.

**OGH 15. 11. 2001, 8 ObA 123/01y, DRdA 2002, 490 (Kallab):** Kündigung eines Außendienstmitarbeiters einer Versicherung ist keine verpönte Motivkündigung und auch nicht sittenwidrig, wenn dieser bei der Einstellung die Frage nach ungetilgten Vorstrafen verneinte, obwohl eine strafrechtliche Verurteilung wegen eines Suchtgiftdelikts vorlag. Der OGH argumentierte mit der besonderen Vertrauensstellung der Außendienstmitarbeiter und dass sie die Gesellschaft dem Kunden gegenüber repräsentieren (zT Kritik der Lehre)

*Kallab:* Auch die Frage nach ungetilgten, der beschränkten Auskunftspflicht nach § 6 TilgungsG unterliegenden Vorstrafen ist unzulässig

ME ist diese Rspr im Großen und Ganzen überzeugend. Es kann auch bei Fahrlässigkeitsdelikten Wahrheitspflicht bestehen (Bewerber/in als LKW-Fahrer/in – von ihm/ihr fahrlässig herbeigeführter Verkehrsunfall mit Personenschaden)

Wahrheitspflicht mE in Ausnahmefällen auch bei nicht einschlägiger Vorstrafe im Falle drohender Rufschädigung des Unternehmens, zB wegen gravierender Delikte verurteilte/r Straftäter/in mit Repräsentationsaufgaben nach außen.

In der Literatur wird Wahrheitspflicht in Ausnahmefällen (zumeist bei leitender Stellung, besonderem Vertrauensverhältnis) auch bei anhängigem Strafverfahren angenommen. Bedeutung der **Unschuldsvermutung?** BAG (2 AZR 270/11): „Auch die Frage nach noch anhängigen Straf- oder Ermittlungsverfahren kann zulässig sein, wenn solche Verfahren Zweifel an der persönlichen Eignung des AN begründen können. Dem steht die Unschuldsvermutung der MRK nicht entgegen. Diese bindet unmittelbar nur den Richter, der über die Begründetheit der Anklage zu entscheiden hat. Daraus ergibt sich nicht, dass aus einem anhängigen Ermittlungs- oder Strafverfahren für den Beschuldigten überhaupt keine Nachteile entstehen dürften.“ Unschuldsvermutung richtet sich an das erkennende Gericht, aber auch an Organe der Verwaltung und Gesetzgebung. Selbst die Information der Öffentlichkeit von anhängigem Strafverfahren durch Behörden muss nach dem EGMR keinen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung bedeuten (vgl näher *Grabenwarter/Pabel in EMRK/GG<sup>2</sup> Bd 1, Kap 14, Rz 171 mwN*).

Unschuldsvermutung kann für Wahrheitspflicht im arbeitsvertraglichen Anbahnungsverhältnis nach dem Gesagten kein Hindernis sein. Wahrheitspflicht des/der potentiellen ANIn betreffend anhängige Strafverfahren aber trotzdem noch restriktiver zu sehen als bezüglich bereits erfolgter Verurteilungen, da Unsicherheitsfaktor, ob Bewerber/in tatsächlich verurteilt wird, in Einzelfällen aber doch überwiegendes AGInnen-Interesse, zB bei besonderen Vertrauensstellungen, anhängigem Strafverfahren wegen Kindesmisshandlung und Bewerber/in bemüht sich um Stelle in einem Kindergarten.

## **Krankheit/Behinderung**

**OGH 21. 10. 1987, 9 ObA 64/87 (vgl auch OGH 12. 6. 1997, 8 ObA 41/97f):** AG brachte vor, er wäre bei rechtzeitiger Meldung der Behinderung mit den Bezügen des AN lohnsummensteuerfrei geblieben. Der OGH nahm eine Meldepflicht an, soweit es sich – wie bei einer Invalidität – um Angelegenheiten handelt, die infolge besonderer gesetzlicher Regelungen unmittelbaren Einfluss auf die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses haben. Konkret stand aber nicht fest, dass dem AN eine frühere Verständigung über die Behinderteneigenschaft möglich war, Verletzung der Aufklärungspflicht war nicht erwiesen

**OGH 28. 9. 2007, 9 ObA 46/07s, DRdA 2009, 254 (Spitzl):** Näherin war schon bei Einstellung begünstigte Behinderte und klärte den AG darüber nie auf, verrichtete Arbeitsleistungen anstandslos. AG machte geltend, es seien ihm durch das Verschweigen der Begünstigteneigenschaft Förderungen und steuerliche Begünstigungen entgangen. OGH: Dem Informationsinteresse des AG steht das Interesse des AN auf Erlangung des von ihm angestrebten Arbeitsplatzes gegenüber. Mit der Offenlegung der Begünstigteneigenschaft bei Begründung des Arbeitsverhältnisses wäre der Zweck des BEinstG, Behinderten die Anknüpfung von arbeitsrechtlichen Beziehungen zu erleichtern, ins Gegenteil verkehrt worden. Abgesehen davon, dass die Treuepflicht im arbeitsvertraglichen Vorstadium noch nicht so stark ausgeprägt ist, verhält sie den AN nur in einem gewissen Rahmen dazu, auch die finanziellen Interessen des AG zu berücksichtigen. Finanzielle Nachteile des AG durch die Nichtmeldung waren für die ANin nach Lage des Falles nicht absehbar, daher kein Verschuldensvorwurf

**OGH 26. 11. 2015, 9 ObA 107/15y, DRdA 2016, 344 (Pfalz) = ZAS 2017, 71 (Nahler):** Ein AN legte im Personalfragebogen und bei der Einstellungsuntersuchung durch den Betriebsarzt nicht offen, dass er begünstigter Behinderter ist und unterschrieb auch eine Erklärung, keine ihm bekannten Leiden oder Krankheiten verschwiegen zu haben. Er war nie in Krankenstand, keine Beanstandungen hinsichtlich seiner Arbeitsleistungen. OGH: wirkt sich die Behinderteneigenschaft eines AN weder auf seine Einsatzfähigkeit aus noch ist eine Gefährdung anderer Personen im Zusammenhang mit der Arbeitsleistung gegeben, wird durch das Unterlassen der Mitteilung das Vertrauen des AG nicht erschüttert (ähnlich schon OGH 2. 4. 2003, 9 ObA 240/02p)

**LG ZRS Wien 9. 6. 1960, 44 Cg 121/60, Arb 7244:** der AN litt an einer psychischen Krankheit (Anfallsleiden), die immer wieder zu Arbeitsunfähigkeit führt. Er klärte den AG bei Abschluss des Vertrages nicht darüber auf. Das LG für ZRS Wien nahm keine Vertrauensunwürdigkeit nach § 27 Z 1 AngG an. Es sei dem DN die Bekanntgabe der Erkrankung nicht zuzumuten, zumal ihm selbst nicht bekannt sei, ob überhaupt oder wann sich ein solcher Anfall wieder einstellen könnte. Es könne nicht verlangt werden, dass sich der DN durch eine solche Eröffnung um jede Möglichkeit, einen Posten zu erlangen, bringt.

**LG für ZRS Wien 3. 3. 1958, 44 Cg 32/58, Arb 6816:** bei Verschweigen bestehender Erkrankung möglicherweise Schadenersatzpflicht (wurde hier von AG nicht geltend gemacht). Es kann im Allgemeinen nicht verlangt werden, dass der DN beim Dienstantritt etwaige Mängel des Gesundheitszustandes mitteilt. Sollte sich die AN aber durch absichtliche Täuschung die Aufnahme in den Dienst erschlichen haben, Entlassung wegen Vertrauensunwürdigkeit möglich.

**LG Innsbruck 15. 12. 2003, 42 Cga 26/03z, ZAS-Judikatur 2005/7:** Ein AN ist nicht verpflichtet, bei der Begründung des AV eine – nicht dauernde Arbeitsunfähigkeit bewirkende – Krankheit bzw Verletzung zu offenbaren

§ 7c Abs 3 BehEinstG: Bei Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einer Behinderung steht, liegt dann keine Diskriminierung vor, wenn das betreffende Merkmal auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt. Vgl Art 4 Abs 1 RL 2000/78/EG. Die Materialien betonen, dass dies eng auszulegen ist. Die Definition eines mit einer Behinderung in

Zusammenhang stehenden Merkmals als wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung für eine bestimmte Position könne sich nur auf Kernaufgaben des Arbeitsvertrags beziehen. So könne zB ein erwartetes Image von Sportlichkeit bei einem Handelsvertreter für Sportartikel sicherlich keinen Ausschluss eines Rollstuhlfahrers für diese Position begründen. Vgl RV 836 BlgNR 22. GP 14.

Wenn aber bereits bei den besonders geschützten behinderten Personen in diesen Fällen der Diskriminierungsschutz nicht greift, wird man diese Wertung zumindest prinzipiell auch auf Gesundheitsbeeinträchtigungen infolge von Krankheiten, die (noch) keine Behinderung darstellen, übertragen können. Dies bedeutet, dass kein schutzwürdiges Interesse des Bewerbers/der Bewerberin an der Geheimhaltung solcher Umstände besteht.

Eine Aufklärungspflicht bzw Wahrheitspflicht besteht mE bezüglich Krankheit und (begünstigter oder nicht begünstigter) Behinderung dann, wenn:

- Die **Arbeit deswegen aus rechtlichen Gründen nicht verrichtet werden kann** (zB ein/e Bewerber/in als Chauffeur/in wegen einer Sehbehinderung gar keinen Führerschein erlangen bzw rechtmäßig besitzen kann, vgl § 8 FührerscheinG, § 58 StVO)
- die Verrichtung der angestrebten Arbeit zwar nicht aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen ist, aber diese **wegen der Krankheit/Behinderung nicht oder nicht in vernünftiger Weise ausgeübt werden kann** (Bewerber/in als Kranführer/in muss wegen eines irreversiblen Blasenleidens jede halbe Stunde auf die Toilette, Bewerber/in als Friseur/in leidet an massiven Allergien gegen fast sämtliche Friseurmittel und bekommt nach kurzem Kontakt Asthmaanfälle, aus der Literatur: Bewerber als Telefonist weist auch mit Hilfsmitteln keine ausreichende Hörfähigkeit auf). Vgl zB §§ 27 Z 2 AngG, 82 lit b GewO 1859, 8 Abs 4 lit b BEinstG, 15 Abs 3 lit f BAG
- wenn kranke/behinderte Person **durch die Verrichtung der Arbeitsleistung** aufgrund der Krankheit/Behinderung **andere Personen gefährdet**; gleichgültig ob es sich dabei um ArbeitskollegInnen oder sonstige Personen handelt (Chirurg/in mit starken Zitteranfällen)
- bei **besonderer Ansteckungsgefahr**, die auch bei normalen Sozialkontakten besteht, nicht bei alltäglichen Krankheiten, wie grippalem Infekt, aber zB bei offener Tuberkulose, sonst dann Aufklärungspflicht, wenn die Art der Tätigkeit eine besondere Ansteckungsgefahr für KollegInnen oder sonstige Personen begründet (HIV-Infektion – Tätigkeit mit Spritzen)

Wenn keine der angeführten Situationen vorliegt, in denen eine Wahrheitspflicht zu bejahen ist, wiegen die Interessen va von begünstigt behinderten Personen an der Erlangung des Arbeitsplatzes höher. Kein schutzwürdiges Interesse daran, behinderte/n Bewerber/in nicht einstellen zu müssen.

Häufig für BewerberInnen im Vorhinein nicht abschätzbar, in welchem Umfang Krankenstände bzw eine Minderung der Arbeitsleistung auftreten werden, bei „bloßer“ Krankheit, die (noch) keine Behinderung darstellt, steht dem AG/der AGin in der Folge die Kündigungsmöglichkeit offen. Die aufgrund europarechtlicher Vorgaben erschwerte Kündbarkeit eines/einer behinderten ANIn (auch dann, wenn diese/r Leistungseinschränkungen aufweist) kann kein Argument für eine Offenbarungspflicht sein.

Nach Abschluss des DV hat der AN/die ANin den Arbeitsplatz bereits erlangt. Fraglich ist, ob dann eine Aufklärungspflicht anzunehmen ist, wenn dem AN/der ANin bewusst sein muss, dass durch die Unkenntnis des AG/der AGin von der begünstigten Behinderung diesem/dieser finanzielle Nachteile entstehen werden. Lehre: Schadenersatzpflicht des AN/der ANin möglich. Im Antragsformular auf Feststellung der Zugehörigkeit zum Personenkreis der begünstigten Behinderten steht geschrieben: *„Ich nehme zur Kenntnis, dass mein AG im Fall einer positiven Erledigung meines Antrages auf Feststellung der Zugehörigkeit zum Personenkreis der begünstigten Behinderten im Rahmen der Prüfung der Beschäftigungspflicht gemäß § 5 BEinstG darüber Kenntnis erhält.“* Fraglich, ob dieser – vom Antragsteller/von der Antragstellerin zu unterzeichnende – Text jede Schadenersatzmöglichkeit ausschließt.

Unter dem Aspekt finanzieller Nachteile des AG/der AGin durch das Verschweigen der Begünstigeneigenschaft wird eine Meldepflicht des AN/der ANin **erst nach Eintritt des besonderen Kündigungsschutzes** diskutiert. Der besondere Kündigungsschutz für schon bei Abschluss des Arbeitsvertrages begünstigte Behinderte beginnt nunmehr aber erst nach vier Jahren und nicht mehr nach bloß sechs Monaten.

Tendenziell wird dem/der begünstigt behinderten ANIn zum Ausschluss von etwaigen Schadenersatzansprüchen des AG/der AGin bei Entfall von Förderungen etc doch eine **Aufklärung nach Abschluss des Arbeitsvertrages** anzuraten sein. Wird der AN/die ANin nach dieser Bekanntgabe gekündigt, ist die Kündigung wegen der Behinderung erfolgt und nach § 7 f Abs 1 BEinstG (nach erfolglosem Schlichtungsverfahren) anfechtbar.

## **Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte der Personalplanung/Einstellung**

### **Das personelle Informationsrecht nach § 98 ArbVG**

§ 98 ArbVG: „Der Betriebsinhaber hat den Betriebsrat über den **künftigen Bedarf an Arbeitnehmern** und die im Zusammenhang damit in Aussicht genommenen **personellen Maßnahmen rechtzeitig** zu unterrichten.“ Personelles Informationsrecht, der Betriebsinhaber/die Betriebsinhaberin hat es von sich aus wahrzunehmen.

Gesetzesmaterialien (AB 993 BlgNR 13. GP 4): „*Bedarf an AN*“ umfasst sowohl die künftige **Vergrößerung** als auch die künftige **Verringerung** der Arbeitnehmerzahl. Informationspflicht umfasst nicht nur die Mitteilung von den **beabsichtigten** Veränderungen des Personalstandes, sondern auch über die **Personalentwicklung und -planung** und von den Veränderungen des Personalstandes, wie sie auf Grund der **tatsächlichen Verhältnisse** eintreten werden

Vom Gesetzestext ist nur die Information von der „**fertigen**“ **Personalplanung** gedeckt, bei der sich Änderungen im künftigen Personalbedarf ergeben (Mehrbedarf, Minderbedarf, Lehre: auch innerbetriebliche Umschichtung von ANInnen ohne Veränderung der ANInnen-Anzahl erfasst)

§ 98 ArbVG stellt nicht darauf ab, **woraus sich der geänderte Bedarf** an ANInnen **ergibt** (guter Geschäftsgang, Expansion, Auftragsrückgang, Tod oder Selbstkündigung eines AN, Karenzierungen).

Mitteilungspflicht nach § 98 va bzgl beabsichtigter Einstellung neuer ANInnen, Versetzungen, AG-Kündigungen, Nicht-Nachbesetzung eines freiwerdenden Arbeitsplatzes, Karenzierungen, Wechsel von Voll- auf Teilzeit

Welchen Umfang muss der künftige Bedarf an ANInnen bzw müssen die bevorstehenden personellen Maßnahmen haben, damit die Informationspflicht nach § 98 schlagend wird? § 98 verfolgt wohl den Zweck, dem BR einen **Überblick über die Personalsituation** zu geben und über anstehende personelle Veränderungen, sobald diese einen gewissen Umfang erreichen. Lehre: eine über den Einzelfall hinausreichende betriebliche Situation. Informationspflicht beginnt dann, wenn mehrere ANInnen (unter Beachtung der Gesamt-ANInnen-Zahl des Unternehmens bzw der jeweils betroffenen Abteilung) von beabsichtigten personellen Maßnahmen direkt betroffen sind.

„**rechtzeitige**“ **Information**, nicht „ehestmögliche“

Erfordernis der Rechtzeitigkeit wohl schon dann eingehalten, wenn sie zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem es dem BR ermöglicht wird, auf die mitgeteilten Umstände angemessen zu reagieren; es kommt auf Umfang und Komplexität der geplanten Maßnahmen an; bei Vorliegen einer Gesamtpersonalplanung muss die Information früher erfolgen als bei kleineren geplanten Veränderungen

Das Informationsrecht nach § 98 **ersetzt nicht** die speziellen Informationsrechte bei einzelnen Personalmaßnahmen (zB bei Einstellung). Die Information nach § 98 kann zB mit jener nach § 99 Abs

2 **verbunden werden**, es ist jedoch nach der Lehre streng darauf zu achten, dass allen einschlägigen Beteiligungsrechten der Sache nach entsprochen wird

### **Mitwirkung bei der Einstellung von Arbeitnehmer/innen - § 99 ArbVG**

§ 99 Abs 2 ArbVG: „*Sobald dem Betriebsinhaber die **Zahl der aufzunehmenden AN**, deren **geplante Verwendung** und die **in Aussicht genommenen Arbeitsplätze** bekannt sind, hat er den Betriebsrat jener Gruppe, welcher die Einzustellenden angehören würden, darüber zu informieren.*“

**Echtes Informationsrecht**, kein Verlangen des BR notwendig

Form der Unterrichtung grds dem Betriebsinhaber/der Betriebsinhaberin überlassen, nach den Umständen kann auch eine schriftliche Unterrichtung erforderlich sein

Lehre: Informationspflicht schon bei einer einzelnen geplanten Einstellung

„**geplante Verwendung**“: es geht hier darum, mitzuteilen, in welcher Funktion ein/e ANIn beschäftigt werden soll (Buchhalter/in, Jurist/in, Betriebswirt/in)

„**in Aussicht genommene Arbeitsplätze**“: wo genau soll der AN/die ANIn verwendet werden (in der Personalabteilung, Rechtsabteilung, Marketingabteilung)

§ 99 Abs 4: „*Jede **erfolgte Einstellung** eines Arbeitnehmers ist dem Betriebsrat unverzüglich mitzuteilen. Diese Mitteilung hat Angaben über die vorgesehene Verwendung und Einstufung des Arbeitnehmers, den Lohn oder Gehalt sowie eine allfällige vereinbarte Probezeit oder Befristung des Arbeitsverhältnisses zu enthalten.*“

Echtes Informationsrecht; die **zufällige Kenntnisnahme** seitens des BR von einer Einstellung durch die Anwesenheit eines neuen AN **genügt nicht** (VwGH 7. 5. 1986, 86/01/0048)

**VwGH 9. 11. 1979, 2167, 2236/78**: Durch die Einhaltung betrieblicher Usancen (positives „Vorsingen“) wird der BR über die tatsächlich erfolgte Einstellung in Kenntnis gesetzt, es bedarf dann keiner gesonderten Mitteilung mehr zur Erfüllung der Verständigungspflicht nach § 99 Abs 4

**ASG Wien 13. 1. 1989, 23 Cga 1153/88**: Auch die Einstellung von AN in Nebenbeschäftigung (Aushilfskräfte) unterliegt der Mitteilungspflicht nach § 99 Abs 4

- Name des/der eingestellten ANIn, konkret vorgesehene Verwendung
- Mitteilung der konkreten Einstufung des/der ANIn in das im Betrieb geltende Entlohnungsschema (meist KollV)
- Gilt für den Betrieb keine lohngestaltende Vorschrift, entfällt dieser Mitteilungspunkt
- Höhe des tatsächlichen Lohns/Gehalt: Bruttolohn inklusive Sonderzahlungen, Zulagen etc
- Allfällige *vereinbarte* Probezeit; wenn eine solche bereits im anwendbaren KollV verankert ist, keine Mitteilungspflicht
- Allfällige Befristung: Länge der Befristung, nicht der Grund dafür mitzuteilen
- Lehre und OGH 6 ObA 1/14m: § 99 Abs 4 ArbVG gewährt dem BR kein Recht auf Einsichtnahme in den Dienstzettel gemäß § 2 AVRAG
- Die Nichteinhaltung des § 99 Abs 3, 4 und 5 ArbVG steht unter **Verwaltungsstrafsanktion** (vgl § 160 ArbVG)