

**Linde**  
www.lindeverlag.at

Stiglbauer

# **ARBEITSRECHT UND PERSONALMANAGEMENT**

**FÜR PERSONALISTEN UND FÜHRUNGSKRÄFTE**

mit  
Kapitel zum  
Datenschutz

# TEIL II: AUSSCHREIBUNGS- UND BEWERBUNGSPHASE

Die **richtigen Mitarbeiter** zu haben, kann für Unternehmen den **entscheidenden Wettbewerbsvorteil** bringen. Da in vielen Branchen ein regelrechter Kampf um die besten Talente besteht,<sup>1</sup> müssen sich Unternehmen etwas einfallen lassen, um für talentierte Mitarbeiter attraktiv zu sein.<sup>2</sup> Immer mehr Unternehmen investieren in Employer-Branding-Maßnahmen, um sich langfristig als **attraktiver AG** zu positionieren (zur Arbeitgeberattraktivität siehe 9.). AG müssen nicht nur Mitarbeiter für sich gewinnen, sondern auch dafür sorgen, dass sich diese im Unternehmen wohlfühlen und auch gerne langfristig in diesem arbeiten. Mitarbeiterbindung ist auch deshalb so relevant, weil Mitarbeiter heutzutage viel öfter ihren Arbeitsplatz wechseln als früher.<sup>3</sup>

## 2. Anforderungsprofil

Damit die richtigen Mitarbeiter die richtigen Positionen im Unternehmen bekleiden ist es wichtig herauszuarbeiten, welche Qualifikationen und Fähigkeiten ein AN für eine bestimmte Position benötigt. Im Rahmen der Erstellung eines Anforderungsprofils sollte sich der AG daher überlegen, was er von einem Mitarbeiter erwartet. Neben den Anforderungen an Ausbildung und Berufserfahrung sind auch spezielle Kenntnisse und Fähigkeiten sowie soziale Kompetenzen zu berücksichtigen. Das Anforderungsprofil sollte im regen Austausch zwischen der **Personalabteilung** und der **Fachabteilung** in welcher der AN eingesetzt werden soll, erarbeitet werden. Wichtig ist, dass der Personalist, der für das Recruiting (siehe 3.) der jeweiligen Stelle zuständig ist, genau weiß, wonach er suchen muss. Weiß er dies nicht, kann er naturgemäß nicht den geeigneten Kandidaten finden. Oft hilft es auch, wenn eine Unterteilung in Muss-, Soll- und Wunschkriterien vorgenommen wird.

### Praxistipp

In der Praxis kommt es häufig vor, dass ein Mitarbeiter aus dem Unternehmen ausscheidet und nachbesetzt werden muss. Der Personalist nimmt schnell das bereits ausgearbeitete Anforderungsprofil zur Hand und beginnt zu rekrutieren. Bevor eine Stelle nachbesetzt wird, sollte jedoch kritisch hinterfragt werden, ob sich die Anforderungen an diesen Job geändert haben und ob es überhaupt erforderlich ist, dass diese Stelle

- 
- 1 *Cable/Turban*, The Value of Organizational Reputation in the Recruitment Context: A Brand-Equity Perspective, *Journal of Applied Social Psychology* 2003, 2244–2266 (2244).
  - 2 *Ewing/Pitt/de Busy/Berthon*, Employment branding in the knowledge economy, *International Journal of Advertising* 2002, 3–22 (3).
  - 3 *Pingle/Sharma*, External Employer Attractiveness: A Study of Management Students in India, *Journal of Contemporary Management Research* 2013, 78–95 (78 ff).

#### 7.4.4.2. Homeoffice

In den letzten Jahren ist das Homeoffice insbesondere auch durch die COVID-19-Pandemie immer wichtiger geworden. Durch die weiterentwickelte Kommunikations- und Informationstechnologie ist es nicht mehr erforderlich, dass AN immer physisch in den vom AG zur Verfügung gestellten Räumen anwesend sein müssen, wodurch flexibles Arbeiten ermöglicht wird. Daher war es auch wichtig, arbeitsrechtliche Regelungen zum Homeoffice umzusetzen, die mit 1.4.2021 in Kraft getreten sind.<sup>84</sup>

- **Definition:** Mit dem Inkrafttreten der arbeitsrechtlichen Bestimmungen zum Homeoffice wurde Homeoffice erstmals gesetzlich definiert. § 2h Abs 1 AVRAG definiert Arbeit im Homeoffice als die regelmäßige Erbringung von Arbeitsleistungen durch den AN in der Wohnung. Der Begriff „Arbeiten im Homeoffice“ umfasst auch den Nebenwohnsitz sowie die Wohnung (Wohnhaus) eines nahen Angehörigen oder Lebensgefährten. Nicht umfasst ist jedoch die Arbeitserbringung an einem öffentlichen Coworking Space.<sup>85</sup> Wird die Arbeitsleistung nicht regelmäßig erbracht oder wird an anderen Orten gearbeitet, liegt kein Homeoffice iSd § 2h AVRAG vor und die Regelungen kommen nicht zur Anwendung.
- **Homeoffice-Vereinbarung:** Arbeit im Homeoffice ist zwischen AG und AN aus Beweisgründen schriftlich zu vereinbaren (§ 2h Abs 2 AVRAG). Durch das Homeoffice wird grundlegend von der im Arbeitsvertrag festgelegten Art der Erbringung der Arbeitsleistung abgewichen. Daher bedarf es einer Änderung des Arbeitsvertrages. Homeoffice kann daher nur im Einvernehmen zwischen AG und AN vereinbart werden. Es kann somit weder vom AG einseitig angeordnet werden noch hat der AN einen Rechtsanspruch darauf.<sup>86</sup>
- **Arbeitnehmerschutz:** Die meisten Bestimmungen des ASchG samt Verordnungen, wie beispielsweise die Regelungen zu Arbeitsplatzevaluierung, Information und Unterweisung und Präventivdienstbetreuung, kommen auch bei Homeoffice zur Anwendung. Arbeitsstättenbezogene Arbeitsschutzvorschriften gelten hingegen nicht für Arbeiten im Privathaushalt. Trotzdem sind Themen wie zB Belichtung und Raumtemperatur in der Arbeitsplatzevaluierung zu berücksichtigen.<sup>87</sup> Wie eine diesbezügliche Umsetzung vonstattengehen soll, sagen die Erläuternden Bemerkungen nicht. Zu denken ist hierbei an die Beantwortung von Fragebögen, Beratungen sowie Anweisungen und Unterweisungen.<sup>88</sup>

84 ErläutRV 735 BlgNR 27. GP 2.

85 ErläutRV 735 BlgNR 27. GP 2.

86 ErläutRV 735 BlgNR 27. GP 2.

87 ErläutRV 735 BlgNR 27. GP 1.

88 Schrank, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht<sup>89</sup>. Lfg (2022) Kapitel 52 Rz 71.

Grundsätzlich ist das Arbeitsinspektorat berechtigt zu kontrollieren, ob die Bestimmungen des Arbeitnehmerschutzes eingehalten werden. In § 4 Abs 10 ArbIG wurde gesetzlich ausdrücklich normiert, dass das **Arbeitsinspektorat** kein Recht hat, die Wohnungen der AN zu betreten. Arbeitsinspektionsorgane dürfen jedoch auf Verlangen der AN einen Homeoffice-Arbeitsplatz vor Ort besichtigen.<sup>89</sup>

- **Arbeitsmittel:** Der AG hat die für das regelmäßige Arbeiten im Homeoffice erforderlichen digitalen Arbeitsmittel bereitzustellen. Unter digitalen Arbeitsmitteln sind die erforderliche IT-Hardware und Software, die tatsächlich notwendige Datenverbindung und erforderlichenfalls ein Diensthandy zu verstehen.<sup>90</sup> AN und AG können auch vereinbaren, dass der AG die angemessenen und erforderlichen Kosten für die vom AN für die Erbringung der Arbeitsleistung zur Verfügung gestellten digitalen Arbeitsmittel trägt. Die Kosten können auch pauschaliert abgegolten werden (§ 2h Abs 3 AVRAG).
- **Arbeitszeit und Arbeitsruhe:** Für Homeoffice kommen das Arbeitszeitgesetz (AZG) und das Arbeitsruhegesetz (ARG) uneingeschränkt zur Anwendung.<sup>91</sup> Zur Arbeitszeit und Arbeitsruhe siehe 10.
- **Haftung:** Bereits vor dem 1.4.2021 galt das DHG (für Näheres siehe 15.) für durch den AN begangene Verletzungen der Aufsichtspflicht gegenüber (unmündigen) Kindern und Haustieren, die Schäden an den im Homeoffice verwendeten digitalen Arbeitsmitteln oder abgespeicherten Arbeitsergebnissen (zB Bauplänen) verursacht haben. Mit der Schaffung des § 2 Abs 4 DHG ist das DHG auch dann anzuwenden, wenn dem AG durch im gemeinsamen Haushalt mit dem AN lebende Personen iZm Arbeiten im Homeoffice ein Schaden zugefügt wird.<sup>92</sup>
- **BV:** Mit § 97 Abs 1 Z 27 ArbVG (siehe 17.3.4.) wurde ein eigener BV-Tatbestand zur Festlegung von Rahmenbedingungen für Arbeit im Homeoffice geschaffen. Unter dem Begriff „Rahmenbedingungen“ sind insbesondere folgende Regelungsgegenstände zu verstehen: Bereitstellung von Arbeitsmitteln und deren private Nutzung, das Rückkehrrecht vom Homeoffice und Regelungen zum (pauschalen) Kostenersatz. Die BV soll eine Grundlage für die Einzelvereinbarung gemäß § 2h AVRAG bilden können. Unabhängig von der Möglichkeit der Homeoffice-BV sind allfällig notwendige BV nach §§ 96 und 96a ArbVG (siehe 17.3.1. und 17.3.2.) zu berücksichtigen.<sup>93</sup>
- **Beendigung der Homeoffice-Vereinbarung:** Sowohl AG als auch AN können die Homeoffice-Vereinbarung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes unter Einhaltung einer Frist von einem Monat zum Letzten eines Kalender-

---

89 ErläutRV 735 BlgNR 27. GP 4.

90 ErläutRV 735 BlgNR 27. GP 2.

91 ErläutRV 735 BlgNR 27. GP 1.

92 ErläutRV 735 BlgNR 27. GP 3.

93 ErläutRV 735 BlgNR 27. GP 3.

behörde mit einer Geldstrafe von EUR 70 bis EUR 1.820, im Wiederholungsfalle von EUR 220 bis EUR 3.630 bestraft werden (§ 37 MSchG).

Zu **Fragen im Bewerbungsgespräch** zum Vorliegen einer Schwangerschaft bzw zur Familienplanung siehe 4.2.3.

### 11.3. Beschäftigungsverbote für (werdende bzw stillende) Mütter, Ruhemöglichkeit und Stillzeit

Der AG hat zu beachten, dass es gewisse **Beschäftigungsverbote** für werdende und stillende Mütter sowie für Arbeitnehmerinnen nach der Entbindung gibt. Diese werden im Folgenden dargestellt:

- **Beschäftigungsverbot für werdende Mütter:** Es ist zwischen dem absoluten und dem individuellen Beschäftigungsverbot zu unterscheiden. Das **absolute Beschäftigungsverbot** gilt unabhängig davon, ob eine Gefährdung für Mutter oder Kind durch eine Fortdauer der Beschäftigung gegeben ist. Demnach dürfen werdende Mütter in den letzten acht Wochen vor der voraussichtlichen Entbindung (Acht-Wochen-Frist) nicht beschäftigt werden (§ 3 Abs 1 MSchG). Diese Acht-Wochen-Frist ist aufgrund eines ärztlichen Zeugnisses zu berechnen. Erfolgt die Entbindung früher oder später als im Zeugnis angegeben, so verkürzt oder verlängert sich diese Frist entsprechend (Abs 2 leg cit). Das **individuelle Beschäftigungsverbot** besagt, dass eine werdende Mutter über die Acht-Wochen-Frist hinaus auch dann nicht beschäftigt werden darf, wenn nach einem von ihr vorgelegten fachärztlichen Zeugnis Leben oder Gesundheit von Mutter oder Kind bei der Fortdauer der Beschäftigung gefährdet wäre (Abs 3 leg cit).
- **Verbot gewisser Tätigkeiten für werdende Mütter während der gesamten Dauer der Schwangerschaft:** Werdende Mütter dürfen keinesfalls mit schweren körperlichen Arbeiten oder mit Arbeiten oder in Arbeitsverfahren beschäftigt werden, die nach der Art des Arbeitsvorganges oder der verwendeten Arbeitsstoffe oder -geräte für ihren Organismus oder für das werdende Kind schädlich sind. Werdende Mütter dürfen zu diesen Tätigkeiten nicht herangezogen werden, unabhängig davon, ob sich diese Tätigkeiten im Einzelfall schädlich auf die Gesundheit von Mutter und Kind auswirken. Diese verbotenen Tätigkeiten umfassen ua Arbeiten, bei denen regelmäßig Lasten von mehr als fünf kg Gewicht gehoben werden, Arbeiten, bei denen werdende Mütter Einwirkungen von gesundheitsgefährdenden Stoffen ausgesetzt sind, sowie überwiegend stehende oder ständig sitzende Tätigkeiten. Auch dürfen werdende Mütter, die selbst nicht rauchen, soweit es die Art des Betriebes gestattet, nicht an Arbeitsplätzen beschäftigt werden, bei denen sie der Einwirkung von Tabakrauch ausgesetzt werden (§ 4 MSchG).

- **Beschäftigungsverbot für stillende Mütter:** Gewisse Tätigkeiten (wie etwa schweres Heben oder Arbeiten, bei denen die AN gesundheitsgefährdenden Stoffen ausgesetzt sind) sind während der gesamten Dauer der Stillzeit verboten. Stillende Mütter haben bei Wiederantritt des Dienstes dem AG Mitteilung zu machen, dass sie stillen und auf Verlangen des AG eine Bestätigung eines Arztes oder einer Mutterberatungsstelle vorzulegen. Für die Dauer dieses Beschäftigungsverbots gibt es keine zeitliche Beschränkung. Die stillende AN ist jedoch verpflichtet, dem AG mitzuteilen, wenn sie nicht mehr stillt (§ 4a MSchG).
- **Beschäftigungsverbot nach der Entbindung:** Arbeitnehmerinnen dürfen bis zum Ablauf von acht Wochen nach ihrer Entbindung nicht beschäftigt werden. Bei Frühgeburten, Mehrlingsgeburten oder Kaiserschnitten beträgt diese Frist mindestens zwölf Wochen. Ist eine Verkürzung der Acht-Wochen-Frist (siehe oben, Beschäftigungsverbot für werdende Mütter nach § 3 Abs 1 MSchG) vor der Entbindung eingetreten, so verlängert sich die Schutzfrist nach der Entbindung im Ausmaß dieser Verkürzung, höchstens jedoch auf 16 Wochen (§ 5 Abs 1 MSchG).

Über dieses absolute Beschäftigungsverbot hinaus dürfen die Arbeitnehmerinnen solange nicht zu Arbeiten zugelassen werden, solange sie arbeitsunfähig sind (Abs 2 leg cit). Auch dürfen die Arbeitnehmerinnen bis zum Ablauf von zwölf Wochen nach ihrer Entbindung für gewisse Tätigkeiten nicht eingesetzt werden (Abs 3 leg cit).

Im Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverbot nach der Entbindung ist zu unterscheiden, ob es sich um eine **Lebend-, Tot-, Fehl- oder Frühgeburt** handelt.

- **Lebendgeburt:** Als lebendgeboren gilt unabhängig von der Schwangerschaftsdauer eine Leibesfrucht dann, wenn nach dem vollständigen Austritt aus dem Mutterleib entweder die Atmung eingesetzt hat oder irgendein anderes Lebenszeichen erkennbar ist, wie Herzschlag, Pulsation der Nabelschnur oder deutliche Bewegung willkürlicher Muskeln, gleichgültig, ob die Nabelschnur durchgeschnitten ist oder nicht oder ob die Plazenta ausgestoßen ist oder nicht.
- **Totgeburt:** Als totgeboren oder in der Geburt verstorben gilt eine Leibesfrucht dann, wenn keines der Zeichen einer Lebendgeburt erkennbar ist und die Leibesfrucht ein Geburtsgewicht von mindestens 500 Gramm aufweist.
- **Fehlgeburt:** Eine Fehlgeburt liegt vor, wenn eine Leibesfrucht keines der Zeichen einer Lebendgeburt aufweist und die Leibesfrucht ein Geburtsgewicht von weniger als 500 Gramm aufweist (§ 8 HebG).
- **Frühgeburt:** Der Begriff „Frühgeburt“ wird im Gesetz nicht näher definiert, weswegen die Beurteilung, ob eine Frühgeburt gegeben ist, vom Arzt im Einzelfall entschieden werden muss.

### Praxistipp

Da ein Urlaubsvorgriff bei den meisten Beendigungsarten vom AG nicht zurückverlangt werden kann, sollte sich der AG genau überlegen, ob er dem AN einen Urlaubsvorgriff gewährt. Entscheidet sich der AG für einen Urlaubsvorgriff, sollte dieser mit dem AN ausdrücklich und schriftlich vereinbart werden, damit der Urlaubsvorgriff jedenfalls auf den dem AN im nächsten Urlaubsjahr zustehenden Urlaub angerechnet wird.

## 13.3. Urlaubsvereinbarung

- **Urlaubsvereinbarung:** Der Zeitpunkt des Urlaubsantrittes ist zwischen AG und AN unter Rücksichtnahme auf die Erfordernisse des Betriebes und die Erholungsmöglichkeiten des AN zu vereinbaren. Die Vereinbarung hat so zu erfolgen, dass der Urlaub möglichst bis zum Ende des Urlaubsjahres, in dem der Anspruch entstanden ist, verbraucht werden kann (§ 4 Abs 1 UrlG). Es bedarf einer Einigung über Beginn und Ende des Erholungsurlaubs. Die Vereinbarung kann ausdrücklich, aber auch schlüssig zustande kommen.<sup>299</sup> Gemäß § 4 Abs 3 UrlG kann der Urlaub in zwei Teilen verbraucht werden, doch muss ein Teil mindestens sechs Werktage<sup>300</sup> betragen. In der Praxis wollen AN den Urlaub jedoch auch in kürzeren als den angegebenen Zeiträumen konsumieren. Erfolgt die Urlaubsvereinbarung auf Initiative des AN entgegen den Teilungsbestimmungen des § 4 Abs 3 UrlG ist diese dennoch zulässig. Etwa wird der Verbrauch einzelner Urlaubstage als zulässig erachtet.<sup>301</sup>
- **Einseitiger Urlaubsantritt:** Tritt der AN einen Urlaub einseitig, somit ohne Urlaubsvereinbarung, an, setzt er einen Entlassungsgrund. Ausnahmen davon bilden etwa der einseitige Urlaubsantritt iZm der Pflegefreistellung (§ 16 Abs 3 UrlG, für Näheres siehe 14.3.) oder der persönliche Feiertag (§ 7a ARG, für Näheres siehe 13.12.).
- **Rücktritt von der Urlaubsvereinbarung:** Ist eine Urlaubsvereinbarung zwischen AG und AN ordnungsgemäß zustande gekommen, ist sie sowohl für den AG als auch für den AN bindend. Es ist jederzeit möglich, eine neue Vereinbarung zu treffen. Einseitige Änderungen sind aber grundsätzlich unzulässig. Es besteht jedoch die Möglichkeit für jede der Vertragsparteien, bei Vorliegen eines wichtigen, die Aufrechterhaltung der Vereinbarung unzumutbar erscheinenden Grundes von der Vereinbarung zurückzutreten. Der Rücktritt kann sowohl vor als auch nach Urlaubsantritt erfolgen. Es ist jedoch zu beachten, dass der AG etwaige Kosten des AN und möglicherweise seiner nahen Angehörigen (zB Stornogebühren, Kosten der Weiterzahlung des Hotels) zu ersetzen hat.<sup>302</sup> Der AG kann von seiner Urlaubsvereinbarung einseitig nur aus

299 RIS-Justiz RS0077447.

300 Wird von Montag bis Samstag gearbeitet, sind es sechs Werktage, wird von Montag bis Freitag gearbeitet, sind es fünf Arbeitstage.

301 Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>3</sup> § 4 UrlG Rz 28 f.

302 Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>3</sup> § 4 UrlG Rz 14 ff.

Im Folgenden werden die datenschutzrechtlichen Problemstellungen in vier Bereiche gegliedert:

- Ausschreibungs- und Bewerbungsphase,
- Begründung des Arbeitsverhältnisses,
- Aufrechtes Arbeitsverhältnis,
- Ende des Arbeitsverhältnisses.

## 19.1. Ausschreibungs- und Bewerbungsphase

### 19.1.1. Umgang mit Bewerberdaten

Durch die Bewerbungsunterlagen erhält der AG vielfältige Bewerberdaten. Da die Bewerberdaten der Kategorie der personenbezogenen Daten im Beschäftigungskontext unterliegen, hat die Verarbeitung dieser Daten im Einklang mit den Grundsätzen des Datenschutzes zu erfolgen.<sup>429</sup>

- **Bewerbungsunterlagen – personenbezogene Daten:** Im Rahmen einer Bewerbung übermittelt der Bewerber regelmäßig Dokumente wie den Lebenslauf, oft mit einem Portraitfoto versehen, ein Motivationsschreiben, Dienstzeugnisse früherer AG, Schul- und Universitätszeugnisse sowie Bestätigungen über Weiterbildungen. Somit erhält der AG eine Vielzahl an personenbezogenen Daten des Bewerbers.
- **Informationspflichten:** Den AG treffen als Verantwortlichen umfangreiche Informationspflichten (Art 13 und Art 14 DSGVO). Der AG muss dem Bewerber ua folgende Informationen erteilen: Name und die Kontaktdaten des Verantwortlichen, seines Vertreters, sowie gegebenenfalls die Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten, den Verarbeitungszweck und die Rechtsgrundlage der Verarbeitung, die Empfänger der personenbezogenen Daten, sowie die Speicherdauer und die Rechte des Bewerbers. In der Praxis wird dies regelmäßig als **Datenschutzerklärung** bezeichnet.

Die Informationen müssen dem Bewerber im Zeitpunkt der Erhebung der Daten mitgeteilt und diesem nachweislich zur Kenntnis gebracht werden. Da der Bewerber **für die Übermittlung der Bewerbungsunterlagen unterschiedliche Kanäle verwenden** kann, sollte sich der AG überlegen, wie er seiner Informationspflicht organisatorisch nachkommt.<sup>430</sup> Die Übermittlung der Informationen sollte im gleichen Medium wie die Übermittlung der Bewerberdaten erfolgen. Bei E-Mail-Bewerbungen könnte der AG die Informationen im Rahmen eines automatisch generierten E-Mails übermitteln. Eher seltener, aber dennoch kommt es in der Praxis vor, dass Bewerbungen auch per Post geschickt werden. Auch hier ist der AG dazu angehalten, den Bewerber

429 Busch in *Körper-Risak/Brodil* (Hrsg), Datenschutz und Arbeitsrecht (2018) 27.

430 Mertinz, *Datenschutzrecht im HR-Alltag: Häufige Fragestellungen aus dem datenschutzrechtlichen Alltag von HR-Abteilungen*, Dako 2019/26, 35.

# TEIL V: ENDE DES ARBEITSVERHÄLTNISSSES

## 20. Arten der Beendigung des Arbeitsverhältnisses

### 20.1. Auflösung während der Probezeit

Ist zwischen AN und AG eine Probezeit vereinbart oder sieht der anzuwendende KV eine Probezeit vor (für Näheres siehe 7.4.1.), kann sowohl der AG als auch der AN das Arbeitsverhältnis jederzeit lösen (§ 19 Abs 2 AngG für Angestellte, § 1158 Abs 2 ABGB für Arbeiter). Folgende Punkte sind zu beachten:

- **Rechtzeitiger Zugang:** Möchte der AG das Arbeitsverhältnis im Probemonat lösen, muss er dafür sorgen, dass dem AN die Auflösungserklärung vor Ende des Probemonats zugeht. Es ist nicht ausreichend, wenn der AG die Auflösungserklärung am letzten Tag der Probezeit zur Post gibt, sondern es kommt auf das Einlangen an.<sup>469</sup>
- **Formvorschriften:** Das Erfordernis der Schriftlichkeit ist gesetzlich grundsätzlich nicht normiert. Für Lehrlinge sieht das BAG jedoch Schriftlichkeit vor (§ 15 BAG). Das Schriftlichkeitserfordernis kann sich jedoch auch aus dem anwendbaren KV ergeben. Aus Beweis Zwecken ist die Schriftlichkeit immer zu empfehlen.

#### Praxistipp

Aus Beweis Zwecken sollte die Auflösungserklärung schriftlich ausgestellt und vom AN datiert gegengezeichnet werden. Weigert sich der AN, die Auflösungserklärung gegenzuzeichnen, ist es ratsam, die Erklärung erneut vor Zeugen zu wiederholen. Auf der Erklärung kann auch angemerkt werden, dass der AN die Gegenzeichnung nicht vornehmen wollte. Der AG hat auch die Möglichkeit, die Erklärung mittels Boten zuzustellen oder per Brief zu schicken. Zwecks Beweisbarkeit wäre ein eingeschriebener Brief empfehlenswert.

- **Kein besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz:** Während der Probezeit findet der besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz keine Anwendung<sup>470</sup> (zu beachten ist jedoch etwa eine allfällige Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, siehe auch 11.7.; zu den begünstigten Behinderten siehe 21.4.2.1.).

#### Praxistipp

Grundsätzlich ist es Aufgabe der Führungskraft zu entscheiden, ob das Arbeitsverhältnis im Probemonat gelöst werden soll oder nicht. Die Personalisten sollten unterstützend zur Seite stehen und die Führungskraft beraten. In der Praxis kommt es wiederholt vor, dass Führungskräfte den Personalisten erst am letzten Tag des Probemonats

<sup>469</sup> Schrank, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht<sup>89</sup>.Lfg (2022) Kapitel 45 Rz 26.

<sup>470</sup> Karl in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 19 Rz 139.

### **Praxistipp**

Möchten AG und AN eine Verkürzung der Kündigungsfrist vereinbaren, ist es wichtig, dass auf die richtige Formulierung geachtet wird. Aus der Formulierung sollte klar der Willen der Vertragsparteien hervorgehen, dass lediglich die Kündigungsfrist verkürzt wird und es sich nicht um eine einvernehmliche Auflösung handelt.

## **20.5.6. Verweise zu verwandten Themen**

- Zur Kündigung während des Urlaubs siehe 13.9.
- Zur Kündigung im Krankenstand siehe 14.1.3.

## **20.6. Entlassung**

### **20.6.1. Allgemeines**

Eine Entlassung ist die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den AG bei Vorliegen eines wichtigen Grundes (Entlassungsgrund). Ein wichtiger Grund liegt dann vor, wenn dem AG die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht einmal bis zum Ende der Kündigungsfrist bzw dem Ablauf der vorhergesehenen Befristung **zugemutet** werden kann.<sup>499</sup> Es ist zwischen den Entlassungsgründen für Angestellte und für Arbeiter zu unterscheiden.

### **Praxistipp**

Eine Entlassung ist eine sehr heikle Angelegenheit und kann kostspielige Folgen für den AG haben. Eine Entlassungsanfechtung kostet nicht nur Geld, sondern auch kostbare Zeit der Mitarbeiter. Daher ist es wichtig, dass sich Führungskräfte gleich an die Personalabteilung wenden, wenn sie ein Fehlverhalten eines Mitarbeiters wahrnehmen. Die Personalabteilung sollte in der Lage sein, schnell zu reagieren und den Entlassungsgrund zu prüfen. In derartigen Fällen ist es auch oft sinnvoll, einen Rechtsanwalt mit einer Spezialisierung im Arbeitsrecht heranzuziehen.

### **20.6.2. Unverzüglichkeit**

Der Grundsatz der Unverzüglichkeit ist in der Praxis sehr wichtig. Dieser Grundsatz bedeutet, dass der AG einen **Entlassungsgrund unverzüglich geltend machen** muss. Spricht der AG die Entlassung nämlich nicht unverzüglich aus, wird davon ausgegangen, dass er die Weiterbeschäftigung des AN nicht als unzumutbar ansieht und er damit auf die Ausübung des Entlassungsrechts in diesem Fall verzichtet hat.<sup>500</sup>

Dem AG ist jedoch Zeit zur einwandfreien Klarstellung aller wesentlichen Tatumstände zu geben. Auch wird ihm grundsätzlich eine Überlegungsfrist und die Möglichkeit, eine Rechtsauskunft einzuholen, zugebilligt werden.<sup>501</sup> Berücksich-

---

499 RIS-Justiz RS0029020.

500 RIS-Justiz RS0029249.

501 OGH 15.7.1987, 9 ObA 56/87.

### 22.1.2. Inhalt

Die Hauptfunktion eines Dienstzeugnisses ist die Verwendung als Bewerbungsunterlage. Dadurch kann der AN einen Nachweis über seine bisherigen Arbeitsverhältnisse erbringen und der potenzielle AG erhält Informationen über den Bewerber. Daher hat die Formulierung vollständig und objektiv richtig zu sein.<sup>686</sup> Dem AG obliegt es, die konkrete Formulierung des Dienstzeugnisses vorzunehmen. Er kann dies jedoch auch an den AN delegieren. Jedoch muss auch in diesem Fall die Wahrheitspflicht (siehe unten) eingehalten werden.<sup>687</sup> Es muss zwischen einfachem und qualifiziertem Dienstzeugnis unterschieden werden.

- **Einfaches Dienstzeugnis:** Dieses hat Auskunft über die Dauer und die Art der Dienstleistung zu geben. Der AG ist verpflichtet, dem AN ein einfaches Dienstzeugnis auszustellen.
- **Qualifiziertes Dienstzeugnis:** Dieses enthält über die Auskunft über Dauer und Art der Dienstleistung hinaus auch noch ein Werturteil des AG über die erbrachten Dienstleistungen und das dienstliche Verhalten des AN. Der AN hat keinen Rechtsanspruch auf Ausstellung eines qualifizierten Dienstzeugnisses.

Der Mindestinhalt eines Dienstzeugnisses ist die Dauer und die Art der Dienstleistung. Darüber hinaus sind Eintragungen und Anmerkungen im Dienstzeugnis, durch die dem AN die Erlangung einer neuen Stelle erschwert wird, unzulässig (sogenanntes Erschwerungsverbot).

- **Dauer der Dienstleistung:** Die rechtliche Dauer und nicht die faktische Dauer des Arbeitsverhältnisses ist entscheidend. Daher ist es irrelevant, wenn das Ende des Sozialversicherungsverhältnisses aufgrund des Bezugs von Urlaubersatzleistung später eintritt. Faktische Arbeitsunterbrechungen aufgrund Mutterschaft, Karenzierungen oder Krankenstände sind irrelevant. Grundsätzlich dürfen diese aufgrund des Erschwerenverbots (siehe unten) nicht im Dienstzeugnis aufgenommen werden.<sup>688</sup>
- **Art der Dienstleistung:** Die Beschreibung der Art der Dienstleistung muss in der üblichen Weise erfolgen. Gegebenenfalls müssen die Tätigkeiten näher beschrieben werden, wenn es für das Fortkommen des AN wichtig und von Bedeutung sein kann. Der AG hat das Prinzip der Wahrheit zu beachten, wonach er die Tätigkeiten objektiv richtig darzustellen hat. Ein Verstoß gegen diese Wahrheitspflicht liegt dann vor, wenn der AG ein Dienstzeugnis ausstellt, das den tatsächlichen Arbeitsleistungen des AN nicht entspricht („Gefälligkeitszeugnis“).<sup>689</sup> Das Dienstzeugnis muss keine rechtlichen Qualifikationen der Tätigkeit des AN enthalten, wie bspw die Qualifikation als Angestell-

---

686 OGH 29.9.1999, 9 Oba 185/99t.

687 *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellsKomm<sup>3</sup> § 39 AngG Rz 27.

688 *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellsKomm<sup>3</sup> § 39 AngG Rz 29.

689 OGH 29.9.1999, 9 Oba 185/99t.