

ÖGZMK-WEBINAR

Arbeitsrechtliche „Minenfelder“ in der Zahnarztpraxis

21. April 2021

Mag. Sebastian Manschiebel

Rechtsanwalt

Kärntner Straße 25 / 1010 Wien

Tel: +43 (1) 512 03 87

Email: office@piplits.at

SIGMUND FREUD
PRIVATUNIVERSITÄT
WIEN



Vorabinformation

- ✓ Soweit in dieser Präsentation personenbezogene Bezeichnungen nicht geschlechtsneutral formuliert sind, gilt die gewählte Form für beide Geschlechter.
- ✓ Die in dieser Präsentation zur Verfügung gestellten Informationen dienen zur Aufbereitung des Vortrages „Arbeitsrechtliche Minenfelder in der Zahnarztpraxis“ und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit; sie können daher eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Eine Rechtsberatung setzt voraus, dass alle Umstände des Einzelfalls bekannt sind.
- ✓ Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung oder Verbreitung, sind vorbehalten. Kein Teil dieser Unterlagen darf in irgendeiner Form ohne schriftliche Genehmigung durch den Vortragenden reproduziert, gespeichert, vervielfältigt oder verbreitet werden.

1. Begründung von Arbeitsverhältnissen

- 1.1 Stellenausschreibung/Bewerbungsverfahren**
- 1.2 Probezeit**
- 1.3 Befristung**
- 1.4 Entgelt**
- 1.5 Arbeitszeit**
- 1.6 Mehrleistungen**
- 1.7 Ausbildungskostenrückerstattung**
- 1.8 Schadenersatz bei vorzeitigem Austritt/Entlassung**
- 1.9 Verjährung und Verfall von Ansprüchen**

1.1 Stellenausschreibung/Bewerbungsverfahren

- Ein Arbeitsplatz **darf nicht in diskriminierender Weise ausgeschrieben** werden, es sei denn, das betreffende Merkmal stellt auf Grund der Art der beruflichen Tätigkeit eine wesentliche berufliche Anforderung dar (§§ 9, 23 GIBG und § 7b BEinstG).
- Gleichbehandlung in der Arbeitswelt hat daher ohne Unterschied
 - des **Alters**
 - des **Geschlechts**
 - einer **Behinderung**
 - der **ethnischen Zugehörigkeit**
 - der **sexuellen Orientierung**
 - sowie der **Religion oder Weltanschauung**zu erfolgen (Antidiskriminierung).
- Ebenso hat der Arbeitgeber im **Bewerbungsverfahren** (z.B. mit Fragen in Bewerbungsgesprächen an den Bewerber) darauf zu achten, **nicht** den Anschein einer **mittelbaren oder unmittelbaren Diskriminierung** zu erwecken oder dessen Persönlichkeitsrechte zu beeinträchtigen (z.B. bezüglich einer bestehenden oder geplanten Schwangerschaft).

1.2 Probezeit

- Sowohl bei Arbeitern (§ 1158 Abs. 2 ABGB) als auch bei Angestellten (§ 19 Abs. 2 AngG) kann das **Probendienstverhältnis maximal** im Ausmaß von **einem Monat** vereinbart werden (deshalb auch „Probemonat“ genannt).
- Der **Kollektivvertrag** für Angestellte von Zahnärzten normiert für neu aufgenommene Arbeitnehmer eine **Probezeit von einem Monat** (also ein Probemonat).
- Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit einer **Schwangeren** während der **Probezeit** ist grundsätzlich **zulässig**. Allerdings kann dies eine Diskriminierung wegen des Geschlechts darstellen, die eine gerichtliche Anfechtung der Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach dem Gleichbehandlungsgesetz ermöglicht.
- Bei **Lehrlingen** beträgt die Probezeit jedenfalls **drei Monate**, ohne dass es hierzu einer Vereinbarung bedarf (§ 15 Abs. 1 BAG).

1.3 Befristung

- Es besteht die Möglichkeit, einen Arbeitsvertrag von vornherein **nur** für eine **bestimmte Dauer**, somit **befristet**, abzuschließen. In diesem Fall endet das Arbeitsverhältnis automatisch mit Ablauf der Befristung, ohne dass es hierfür einer Kündigung durch den Arbeitgeber oder durch den Arbeitnehmer bedarf.
- Wird ein **befristetes Arbeitsverhältnis** über den Ablauf der Befristung **fortgesetzt** (ohne eine neuerliche Befristung zu vereinbaren), wird daraus ein **unbefristetes Arbeitsverhältnis**.
- Die **wiederholte und aneinandergereihte** Vereinbarung von **Befristungen** ist nur zulässig, wenn die neuerlichen Befristungen sachlich gerechtfertigt sind. Andernfalls liegt ein sittenwidriger „**Kettenarbeitsvertrag**“ vor, der wie ein durchgehendes (unbefristetes) Arbeitsverhältnis qualifiziert wird.
- Ein **befristetes Arbeitsverhältnis** und eine **Kündigungsmöglichkeit** während der Befristung **schließen** einander grundsätzlich **aus**.
- Bei **Schwangeren** wird der **Ablauf** eines **befristeten Arbeitsverhältnisses** grundsätzlich von der Meldung der Schwangerschaft bis zum Beginn des Beschäftigungsverbots **gehemmt** (§ 10a MSchG).
- Eine **auflösende Bedingung** im Arbeitsvertrag, bei welcher der Eintritt eines bestimmten Ereignisses die automatische Auflösung des Arbeitsvertrags herbeiführt, ist (gegenüber dem Arbeitnehmer) mangels Transparenz und Sicherheit über die Dauer des Arbeitsverhältnisses **unzulässig** und daher als **unbefristetes Arbeitsverhältnis** zu qualifizieren.

1.4 Entgelt

- Beim Entgelt ist in erster Linie darauf zu achten, dass eine **korrekte kollektivvertragliche Einstufung** des Arbeitnehmers nach Art der **Tätigkeit** (Beschäftigungsgruppe) und **Berufsjahr** (Beschäftigungsgruppenjahre) vorgenommen wird.
- Eine **Unterschreitung** des dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag **zustehenden Entgelts** ist nach dem **Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG)** **strafbar** und mit **exorbitant hohen Verwaltungsstrafen bedroht**. Neben den kollektivvertraglichen Mindestgehältern ist bei Angestellten von Zahnärzten auch die kollektivvertragliche **Gefahrenzulage** zu berücksichtigen (sofern der Arbeitnehmer am Patienten arbeitet).
- Im Kollektivvertrag für Angestellte von Zahnärzten ist ein Anspruch auf **Urlaubs- und Weihnachtsgeld** normiert. Zudem findet sich darin ein Anspruch auf einen **Treuebonus** für langjährige Arbeitnehmer einer Praxis (nach 25 Dienstjahren 1,5 Bruttomonatsgehälter bzw. nach 35 Dienstjahren 2 Bruttomonatsgehälter).
- Auf **Entgeltbestandteile** (wie Boni oder Geschenke), die vom Arbeitgeber **regelmäßig „freiwillig“** gewährt werden, kann ein **durchsetzbarer Rechtsanspruch** entstehen (sogenannte „**Betriebsübung**“ oder „**betriebliche Übung**“).
- Eine **einseitige Reduktion des Entgelts** durch den Arbeitgeber ist grundsätzlich **nicht möglich**. Lehnt der Arbeitnehmer eine Reduktion seines Entgelts daher ab, bleibt dem **Arbeitgeber** im Regelfall nur die Möglichkeit einer **Änderungskündigung**.

1.5 Arbeitszeit

- Das Ausmaß und die Lage der (täglichen und wöchentlichen) **Normalarbeitszeit** sind im **Arbeitsvertrag** (bzw. im Dienstzettel) zu vereinbaren, ebenso wie später eine Änderung der Normalarbeitszeit zu vereinbaren ist (§ 19c AZG).
- Die Normalarbeitszeit darf **8 Stunden täglich bzw. 40 Stunden wöchentlich nicht überschreiten**. Viele Kollektivverträge legen eine kürzere wöchentliche Normalarbeitszeit (z.B. 38,5 Stunden) fest, **nicht jedoch der Kollektivvertrag für Angestellte von Zahnärzten**.
- Liegt die vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit unterhalb der gesetzlichen Normalarbeitszeit, liegt **Teilzeitarbeit** vor (§ 19d AZG). Teilzeitbeschäftigte sind nur **unter bestimmten Voraussetzungen** zur Erbringung von **Mehrarbeit** verpflichtet (§ 19d Abs. 3 AZG).
- Der Arbeitgeber kann im Arbeitsvertrag innerhalb der Grenzen des § 19c AZG (Interessensabwägung und Vorankündigungsfrist von zwei Wochen) einen „**Gestaltungsvorbehalt**“ festlegen, wonach sich der Arbeitnehmer mit einer späteren einseitigen Änderung der vereinbarten Lage der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber einverstanden erklärt.
- Die **Arbeitszeit** ist grundsätzlich **vom Arbeitgeber aufzuzeichnen**. Allerdings kann (z.B. direkt im Arbeitsvertrag) vereinbart werden, dass die Arbeitszeitaufzeichnungen vom Arbeitnehmer geführt werden. In diesem Fall hat der **Arbeitgeber** den Arbeitnehmer zur **ordnungsgemäßen Führung der Aufzeichnungen anzuleiten** und diese regelmäßig zu **kontrollieren** (§ 26 AZG).

1.6 Mehrleistungen

- **Mehrleistungen** des Arbeitnehmers, also Leistungen, die über das vereinbarte Stundenausmaß hinausgehen (Mehrarbeits- und Überstunden), sind selbstverständlich **gesondert zu vergüten**.
- Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, **für Mehrleistungen** (Mehrarbeits- und Überstunden) ein **Pauschalentgelt** zu vereinbaren. Bei Teilzeitbeschäftigten ist die Vereinbarung einer pauschalen Abgeltung von Mehrarbeitsstunden ebenfalls zulässig. In der Praxis werden Pauschalentgeltvereinbarungen entweder für eine genau **definierte Anzahl an Mehrarbeits- und Überstunden** (z.B. für 5 Stunden pro Monat) vereinbart (auch „**echte Überstundenpauschale**“ genannt), oder als sogenannte „**All-in-Vereinbarung**“ (womit **sämtliche Mehr- und Überstunden abgegolten** werden sollen) konzipiert.
- In Arbeitsverträgen (bzw. in Dienstzetteln) mit Pauschalentgeltvereinbarungen ist die **betragsmäßige Höhe des Grundgehalts** auszuweisen (§ 2g AVRAG). Hintergrund ist das **Transparenzgebot**, sodass der Arbeitnehmer „auf einen Blick“ erkennen soll, welcher Betrag für die pauschale Abgeltung von Mehrleistungen vereinbart wird.
- Bei Pauschalentgeltvereinbarungen hat der Arbeitgeber innerhalb **eines Zeitraums von 12 Monaten** eine **Deckungsprüfung** durchzuführen, sofern kein kürzerer Beobachtungszeitraum vereinbart wird. Dabei ist zu prüfen, ob von der geleisteten **Pauschale** die **Grundstundenlöhne samt Zuschlägen** für die tatsächlich erbrachten Mehrleistungen **gedeckt** waren. Andernfalls ist vom **Arbeitgeber** eine **Nachzahlung** zu leisten. Umgekehrt trifft den Arbeitnehmer keine Rückzahlungsverpflichtung, wenn im Beobachtungszeitraum durchschnittlich weniger Mehrleistungen erbracht wurden, als von der Pauschale abgegolten.

1.7 Ausbildungskostenrückerersatz

- Beahlt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer (zumindest teilweise) die Kosten für eine **Ausbildung**, die der Arbeitnehmer am **allgemeinen Arbeitsmarkt** (und nicht bloß im Betrieb des Arbeitgebers) **verwerten** kann, besteht die Möglichkeit einer **Vereinbarung über den Ausbildungskostenrückerersatz**.
- Rückerstattungsfähig sind die tatsächlichen Kosten der Ausbildung. Darunter fallen neben den **Ausbildungskosten im engeren Sinn** (wie Seminar- oder Kursgebühren) grundsätzlich auch die **Rahmenkosten** (z.B. Fahrt- oder Nächtigungskosten), wobei das konkrete Ausmaß der Rückerstattungsfähigkeit von Nebenkosten jeweils anhand der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden muss.
- Eine Vereinbarung über den Ausbildungskostenrückerersatz ist nur innerhalb der (engen) Grenzen des § 2d AVRAG zulässig. Demnach muss zunächst für jede Ausbildung eine **separate schriftliche Vereinbarung** getroffen werden. Zudem muss sich der (potentielle) **Rückerstattungsbetrag monatlich reduzieren** (Aliquotierung), wobei die **höchstzulässige Bindungsdauer vier Jahre** (in Ausnahmefällen bis zu acht Jahre) beträgt.
- Darüber hinaus hat der Arbeitgeber **keinen Anspruch** auf Ausbildungskostenrückerersatz, wenn das **Arbeitsverhältnis** auf eine Art **endet**, die dem **Arbeitnehmer nicht anzulasten** ist (z.B. Auflösung während der Probezeit, unbegründete Entlassung, begründeter vorzeitiger Austritt, Entlassung wegen dauernder Arbeitsunfähigkeit oder Kündigung durch den Arbeitgeber).

1.8 Schadenersatz bei vorzeitigem Austritt/Entlassung

- Ein Arbeitnehmer, der **aus Verschulden entlassen** wird oder **schuldhaft vorzeitig aus seinem Arbeitsverhältnis austritt**, haftet grundsätzlich bereits auf Basis des **allgemeinen Schadenersatzrechtes** für sämtliche beim Arbeitgeber dadurch kausal verursachte Schäden (§ 1295 ABGB).
- Da in der Praxis oftmals für den Arbeitgeber große **Schwierigkeiten** bestehen, den durch ein abruptes Ende eines Arbeitsverhältnisses naturgemäß eintretenden **Schaden** konkret zu **beziffern** und damit zu **beweisen**, ist eine Vereinbarung über einen **pauschalen Schadenersatz** (somit eine **Konventionalstrafe**) bei vorzeitigem Austritt bzw. einer Entlassung zu empfehlen.
- Derartige Konventionalstrafen unterliegen **zwingend** dem **richterlichen Mäßigungsrecht** und können daher im Einzelfall (vom Gericht) sogar auf null gemäßigt werden.
- Darüber hinaus müssen derartige Konventionalstrafen im Zusammenhang mit der vorzeitigen Beendigung eines Arbeitsverhältnisses bei sonstigem Verfall **binnen sechs Monaten gerichtlich geltend gemacht** werden (§ 34 AngG).

1.9 Verjährung und Verfall von Ansprüchen

- Eine **verjährte Forderung** ist eine sogenannte „**Naturalobligation**“; wird diese (und sei es nur versehentlich) beglichen, besteht aufgrund der eingetretenen Verjährung kein Rückforderungsanspruch. Die Verjährung eines Anspruchs bedeutet nicht, dass dieser untergeht, allerdings **erlischt** dadurch das **Klagerecht**. Grundsätzlich verjähren Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis (z.B. auf Entgeltansprüche) **binnen drei Jahren ab Fälligkeit**.
- Der **Verfall** von Ansprüchen führt hingegen dazu, dass dieser überhaupt **vollständig erlischt** (somit **untergeht**). Ein verfallener Anspruch ist daher (im Gegensatz zu einem verjährten Anspruch) **keine Naturalobligation**.
- Sowohl im Gesetz, als auch in zahlreichen Kollektivverträgen finden sich spezielle Verfallsfristen. Etwa müssen Ansprüche wegen der vorzeitigen Beendigung eines Arbeitsverhältnisses (**Kündigungsschädigung**) bei sonstigem Verfall **binnen sechs Monaten gerichtlich geltend** gemacht werden (§ 34 AngG und § 1162d ABGB).
- Darüber hinaus können auch im Arbeitsvertrag spezielle Verfallsfristen vereinbart werden. Allerdings dürfen dadurch **nicht die Geltendmachung von Ansprüchen** (für den Arbeitnehmer) ohne sachlichen Grund **übermäßig erschwert** (z.B. durch zu kurze Verfallsfristen), oder **zwingende gesetzliche oder kollektivvertragliche Verjährungs- bzw. Verfallsfristen** (zu Lasten des Arbeitnehmers) **verkürzt** werden.

2. Beendigung von Arbeitsverhältnissen

- 2.1 Auflösung in der Probezeit**
- 2.2 Kündigung**
- 2.3 Entlassung**
- 2.4 Entlassung von Lehrlingen**
- 2.5 Einvernehmliche Auflösung**
- 2.6 Bestandschutz**

2.1 Auflösung in der Probezeit

- Wurde ein **Probemonat vereinbart**, kann sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis **jederzeit** (auch bereits vor dessen Beginn) **ohne Grund** und **ohne Einhaltung von Terminen oder Fristen auflösen**.
- Eine Auflösung in der Probezeit ist grundsätzlich **formlos** möglich, **sollte** allerdings aus Gründen der Beweisbarkeit **jedenfalls schriftlich** erfolgen.
- Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit einer **Schwangeren** während der Probezeit ist **grundsätzlich zulässig**, weil innerhalb der Probezeit (noch) kein besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz besteht. Allerdings **kann** dies eine **Diskriminierung** wegen des Geschlechts darstellen, welche zur **gerichtlichen Anfechtung** der Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach dem Gleichbehandlungsgesetz **berechtigt**.

2.2 Kündigung

- Ist ein **Betriebsrat** errichtet, ist **zwingend** das sogenannte „**Vorverfahren**“ einzuhalten. Dabei muss der Arbeitgeber vor jeder Kündigung den **Betriebsrat verständigen**, der innerhalb einer Woche hierzu Stellung nehmen kann (§ 105 Abs. 1 ArbVG).
- Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses richtet sich grundsätzlich nach den **gesetzlichen und kollektivvertraglichen Terminen und Fristen** (s. insbesondere § 20 AngG).
- Der **Kollektivvertrag** für Angestellte von Zahnärzten normiert, dass eine **Kündigung zu jedem Monatsletzten** erfolgen kann (wobei freilich die Kündigungsfristen einzuhalten sind).
- Die Kündigungsfrist **für den Arbeitgeber** (somit bei einer Kündigung des Arbeitnehmers) beträgt grundsätzlich **sechs Wochen** und erhöht sich nach dem vollendeten **zweiten Dienstjahr auf zwei Monate**, nach dem vollendeten **fünften Dienstjahr auf drei Monate**, nach dem vollendeten **15. Dienstjahr auf vier Monate** und nach dem **vollendeten 25. Dienstjahr auf fünf Monate**.
- Die **gesetzlichen Kündigungsfristen** sind zugunsten des Arbeitnehmers **zwingendes Recht** und können **nicht** wirksam **verkürzt** werden.

2.2 Kündigung

- Mangels einer für ihn günstigeren Vereinbarung kann der **Arbeitnehmer** unter Einhaltung einer **einmonatigen Kündigungsfrist zum Monatsletzten kündigen**. Diese Kündigungsfrist kann durch Vereinbarung **bis zu einem halben Jahr ausgedehnt** werden. Die vom Arbeitgeber einzuhaltende Frist darf allerdings **nicht kürzer** sein **als die mit dem Arbeitnehmer vereinbarte Kündigungsfrist**.
- Enthält eine Kündigung einen **Kündigungstermin**, ist der Kündigende **daran gebunden** und kann diesen Termin **nicht** mehr **einseitig abändern**.
- Auch eine **fristwidrige Kündigung beendet** das **Arbeitsverhältnis**, der Arbeitnehmer hat in diesem Fall allerdings Anspruch auf Schadenersatz für die verbleibende (fiktive) Kündigungsfrist (sogenannte „**Kündigungsentschädigung**“).
- **Kündigungen** nach dem **Kollektivvertrag** für Angestellte von Zahnärzten müssen **bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit schriftlich** erfolgen. Schriftlich bedeutet **unterfertigt und im Original (bzw. als Hardcopy) übermittelt**. Ein via **WhatsApp** übermitteltes Foto oder via **E-Mail** übermittelter Scan des unterfertigten Kündigungsschreibens **entspricht** hingegen **nicht** dem kollektivvertraglichen **Schriftlichkeitsgebot**.

2.3 Entlassung/Austritt

- Neben der ordentlichen Kündigung besteht für beide Arbeitsvertragsparteien die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis **aus wichtigem Grund vorzeitig zu beenden**. Der **Arbeitgeber** kann dieses Recht durch eine **Entlassung** und der **Arbeitnehmer** durch einen **Austritt** wahrnehmen.
- Die **Entlassungstatbestände** für **Angestellte** werden **demonstrativ** in § 27 Angestelltengesetz und für **Arbeiter** **taxativ** in § 82 der Gewerbeordnung 1859 aufgezählt.
- Zudem sind Entlassung und Austritt nur gerechtfertigt, wenn der Grund hierfür **derart schwerwiegend** ist, dass auf Basis dessen eine **Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses**, und sei es nur bis zum Ablauf der jeweiligen Kündigungsfrist, **nicht mehr zumutbar** wäre.
- Der Ausspruch einer Entlassung bzw. eines Austritts muss **unverzüglich**, daher **ohne schuldhafte Verzögerung**, erfolgen. Maßgeblich ist die **Kenntnis vom Entlassungs- bzw. Austrittsgrund**. Andernfalls liegt eine **Verfristung** des Austritts- bzw. Entlassungsgrundes vor, womit die **vorzeitige Beendigung unberechtigt** erfolgte.
- Im Falle einer unberechtigten Entlassung oder eines berechtigten Austritts hat der Arbeitnehmer einen **Anspruch auf jenes Entgelt**, welches er **bei ordentlicher Kündigung** während der (fiktiven) Kündigungsfrist verdient hätte („**Kündigungsentschädigung**“). Für das Vorliegen eines Entlassungsgrundes ist in einem **Gerichtsverfahren** grundsätzlich der **Dienstgeber beweispflichtig**.

2.4 Entlassung von Lehrlingen

- Die vorzeitige **Auflösung eines Lehrverhältnisses** (außerhalb der Probezeit) durch den Arbeitgeber ist **nur aufgrund der im Gesetz** (in § 15 Abs. 3 BAG) **taxativ aufgezählten Auflösungsgründe** zulässig.
- Liegt **keiner dieser Auflösungsgründe** vor (dies kann im Streitfall nur das Gericht klären), ist die Entlassung des Lehrlings **rechtsunwirksam**.
- In diesem Fall hat der zu Unrecht entlassene Lehrling ein **Wahlrecht**, die unberechtigte vorzeitige Auflösung seines Lehrverhältnisses gegen sich wirken zu lassen und **Schadenersatz** (somit Kündigungsentschädigung für die **fiktive Restlaufzeit** des Lehrvertrags sowie die **anschließende Weiterverwendungspflicht** von drei Monaten) zu verlangen oder die **Unwirksamkeit der Entlassung geltend zu machen** (somit den aufrechten Bestand des Lehrvertrags zu verlangen).

2.5 Einvernehmliche Auflösung

- Auch bei Beendigung eines Arbeitsvertrags besteht grundsätzlich **Privatautonomie**. Die Arbeitsvertragsparteien können daher bei übereinstimmendem Willen (also im beiderseitigen Einvernehmen) das Arbeitsverhältnis auch jederzeit wieder beenden.
- Die **einvernehmliche Auflösung** des Arbeitsverhältnisses ist grundsätzlich **formfrei**, sollte allerdings **aus Beweisgründen jedenfalls schriftlich** vereinbart werden.
- **Gesetzliche Formvorschriften** für einvernehmliche Auflösungen existieren etwa für Zeiten während des besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutzes nach dem Mutterschutzgesetz und dem Väter-Karenzgesetz (für **Schwangere** bzw. **Personen in Elternkarenz**), dem Berufsausbildungsgesetz (für **Lehrlinge**) oder dem Arbeitsplatz-Sicherungsgesetz (für **Präsenz- oder Zivildienstler**). Hier muss eine einvernehmliche Auflösung **schriftlich vereinbart** werden, zudem ist in bestimmten Fällen zusätzlich die **Mitwirkung des Gerichts bzw. der Interessensvertretung** erforderlich.
- Auch nach Ausspruch einer Kündigung kann **während der Kündigungsfrist** noch eine **einvernehmliche Auflösung vereinbart** werden.

2.6 Bestandschutz

- Für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern besteht ein **besonderer Kündigungsschutz**. Ein Arbeitsverhältnis mit einem besonders geschützten Arbeitnehmer kann **nur unter den im jeweiligen Gesetz normierten Voraussetzungen gekündigt** werden, **andernfalls** ist die Kündigung **rechtsunwirksam**. Für **manche Arbeitnehmergruppen** besteht zusätzlich auch noch ein **besonderer Entlassungsschutz**.
- Die wichtigsten Arbeitnehmer mit besonderem Kündigungsschutz (und teilweise auch Entlassungsschutz) sind folgende Gruppen:
 - Ein **Mitglied des Betriebsrates** darf bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit nur nach **vorheriger Zustimmung des Gerichts gekündigt oder entlassen** werden.
 - Ein **begünstigter Behinderter** (also mit einem Grad der Behinderung von mindestens 50%) darf bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit nur nach **vorheriger Zustimmung durch den Behindertenausschuss** gekündigt werden (eine **berechtigte Entlassung** ist allerdings **möglich**).
 - **Schwangere und Eltern in Elternkarenz sowie in Elternteilzeit** dürfen bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit nur nach **vorheriger Zustimmung des Gerichts gekündigt oder entlassen** werden.
 - Ein zum **Präsenz- oder Zivildienst einberufener Arbeitnehmer** darf bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit nur nach **vorheriger Zustimmung des Gerichts gekündigt oder entlassen** werden.

2.6 Bestandschutz

- Die gerichtliche Zustimmung (bzw. die Zustimmung des Behindertenausschusses) zur Kündigung (bzw. Entlassung) eines besonders geschützten Arbeitnehmers wird **nur dann erteilt**, wenn der **im Gesetz genannte Kündigungsgrund (bzw. Entlassungsgrund) vorliegt** und dessen **Weiterbeschäftigung** unter den gegebenen Umständen **nicht mehr zumutbar** erscheint. Eine solche Zustimmung soll aus sozialpolitischen Erwägungen freilich **nur in Ausnahmefällen** erteilt werden.

3. Rechtliche Nachwirkung des Arbeitsvertrags

3.1 Dienstzeugnis

3.2 Kündigungs- und Entlassungsanfechtung

3.1 Dienstzeugnis

- Der Arbeitnehmer hat nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses einen **gesetzlichen Anspruch** (auf Kosten des Arbeitgebers) ein **Dienstzeugnis** ausgestellt zu erhalten (§ 39 AngG und § 1163 ABGB).
- Ein gesetzlicher Anspruch besteht allerdings lediglich auf ein **einfaches Dienstzeugnis** über die **Dauer und Art der Arbeitsleistung**. Die Art der Arbeitsleistung sollte mit einer **aussagekräftigen Darstellung der Tätigkeit** des Arbeitnehmers dargelegt werden.
- Jeglicher **unmittelbarer oder mittelbarer Hinweis** im Dienstzeugnis, der dem Arbeitnehmer die **Erlangung einer neuen Stelle erschweren** könnte, ist **unzulässig** (sogenanntes „**Erschwerungsverbot**“).
- Ein **gesetzlicher Anspruch** auf die Ausstellung eines **qualifizierten Dienstzeugnisses**, worin auch wohlwollend die Arbeitsleistung sowie allfällige sonstige positive Eigenschaften des ehemaligen Arbeitnehmers enthalten sind, **besteht hingegen nicht**.
- Nimmt der Arbeitgeber allerdings (**freiwillig**) ein **Werturteil im Dienstzeugnis** vor, darf dieses **ausschließlich positiv** sein. In der Praxis hat sich hier die Wendung „**zur vollsten Zufriedenheit**“ trotz ihrer grammatikalischen Unrichtigkeit (eine Steigerung von „voll“ ergibt keinen Sinn) **etabliert**, weshalb eine Abschwächung dieser Wendung (z.B. „zur vollen Zufriedenheit“) nach der Rechtsprechung bereits als Verstoß gegen das Erschwerungsverbot qualifiziert wird.

3.1 Dienstzeugnis

- Die Ausstellung eines Dienstzeugnisses ist **keine automatische Verpflichtung des Arbeitgebers** bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern es ist ein solches **nur auf Verlangen des Arbeitnehmers** auszustellen („Holschuld“).
- Verweigert der Arbeitgeber allerdings die Ausstellung eines (gesetzmäßigen) Dienstzeugnisses, kann der Arbeitnehmer diesen Anspruch **gerichtlich durchsetzen**.
- In der Praxis sind **qualifizierte Dienstzeugnisse** oftmals Bestandteil von umfassenden **Auflösungsvereinbarungen**.

3.2 Kündigungs- und Entlassungsanfechtung

- In Österreich existiert grundsätzlich das **Prinzip der Kündigungsfreiheit**. Besteht daher kein besonderer Bestandschutz, kann der Arbeitgeber eine Kündigung grundsätzlich frei und ohne Begründung aussprechen.
- Eine Ausnahme davon bildet der **allgemeine Kündigungs- und Entlassungsschutz** nach dem Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG). Darunter fallen die Anfechtungstatbestände der Motiv- und der Sozialwidrigkeit. Voraussetzung hierfür ist, dass es sich um einen „**betriebsratspflichtigen Betrieb**“ handelt (dort daher **dauerhaft zumindest fünf Arbeitnehmer beschäftigt** sind).

3.2 Kündigungs- und Entlassungsanfechtung

- Eine **Motivwidrigkeit** (§ 105 Abs. 3 Z. 1 ArbVG) liegt vor, wenn eine Kündigung aufgrund eines im Gesetz genannten **verpönten Motivs** erfolgt.
- Darunter fällt z.B. der **Beitritt, die Mitgliedschaft oder die Tätigkeit in einer Gewerkschaft, die Einberufung einer Betriebsversammlung, die Mitwirkung an einer Betriebsratswahl** oder die **frühere Tätigkeit im Betriebsrat, die bevorstehende Einberufung zum Präsenz- oder Zivildienst** oder die **offenbar nicht unberechtigte Geltendmachung von Ansprüchen** aus dem Arbeitsverhältnis.
- Wird in einem **Gerichtsverfahren glaubhaft** gemacht, dass die **Kündigung aufgrund eines verpönten Motivs** erfolgte, muss der **Arbeitgeber glaubhaft machen**, dass ein **anderes (sachliches) Motiv** für die Kündigung **ausschlaggebend** war.
- Gelingt dies nicht, wird die **Kündigung vom Gericht rückwirkend für rechtsunwirksam erklärt**. Das Arbeitsverhältnis gilt dann rückwirkend über den ursprünglichen Kündigungstermin hinaus als fortgesetzt, weshalb der Arbeitgeber das **seither fällig gewordene Entgelt** an den Arbeitnehmer **nachzahlen** muss, wobei allenfalls währenddessen erzielt **Einkommen ab dem vierten Monat anzurechnen** ist.

3.2 Kündigungs- und Entlassungsanfechtung

- Eine **Sozialwidrigkeit** (§ 105 Abs. 3 Z. 2 ArbVG) liegt vor, wenn durch die Kündigung **wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt** werden.
- Sieht das Gericht das Vorliegen einer Sozialwidrigkeit als gegeben an - dabei beurteilt in der Praxis ein **berufskundiger Sachverständiger**, innerhalb welchen Zeitraums der Arbeitnehmer voraussichtlich eine vergleichbare Beschäftigung erlangen kann (deshalb auch „**Postensuchdauer**“ genannt) - muss der **Arbeitgeber nachweisen**, dass eine **arbeitnehmerbedingte bzw. eine betriebsbedingte Kündigung** vorliegt.
- Ist eine Sozialwidrigkeit gegeben und kann der Arbeitgeber die Kündigung nicht durch arbeitnehmerbedingte oder betriebsbedingte Gründe rechtfertigen, wird die Beendigung des Arbeitsverhältnisses **vom Gericht** ebenso **rückwirkend für rechtsunwirksam erklärt**. Auch hier gilt das Arbeitsverhältnis rückwirkend über den ursprünglichen Kündigungstermin hinaus als fortgesetzt, weshalb der Arbeitnehmer in diesem Fall ebenso einen **entsprechenden Nachzahlungsanspruch** hat.
- Wird eine **Entlassung** ausgesprochen, ohne dass der Arbeitnehmer einen Entlassungsgrund gesetzt hat, kann diese Beendigung (konsequenterweise) **ebenfalls wegen Motiv- und/oder Sozialwidrigkeit** bei Gericht **angefochten** werden (§ 106 Abs. 2 ArbVG). Ansonsten könnte eine drohende Motiv- oder Sozialwidrigkeit vom Arbeitgeber schlichtweg mit dem Ausspruch einer unberechtigten Entlassung umgangen werden.

Herzlichen Dank für die Aufmerksamkeit!

Mag. Sebastian Manschiebel
Rechtsanwalt

Kärntner Straße 25 / 1010 Wien
Tel: +43 (1) 512 03 87
Email: office@piplits.at

SIGMUND FREUD
PRIVATUNIVERSITÄT
WIEN

