

2. Begründung des Arbeitsverhältnisses

2.1. Stellenausschreibung iSd GIBG

2.1.1. Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung

Stellenausschreibungen unterliegen gem § 9 Abs 1 GIBG dem **Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung**. Ein Arbeitsplatz darf dieser Bestimmung zufolge vom Arbeitgeber, einem privaten Arbeitsvermittler iSd §§ 2 ff AMFG oder einer mit der Arbeitsvermittlung betrauten juristischen Person des öffentlichen Rechts weder öffentlich noch innerhalb eines Betriebes bzw Unternehmens nur für Männer oder nur für Frauen ausgeschrieben werden.

Eine **Ausnahme** besteht nur dann, wenn ein bestimmtes **Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung** für die Ausübung der vorgesehenen Tätigkeit ist, wenn zB positivrechtliche Vorschriften die Beschäftigung von zB Frauen in bestimmten Berufen untersagen oder der Inhalt der Tätigkeit spezifisch und unverzichtbar an das Geschlecht gebunden ist (Tänzer/Tänzerin, Schauspieler/Schauspielerin).⁸⁴ Die Ausschreibung darf auch keine zusätzlichen Anmerkungen enthalten, die auf ein bestimmtes Geschlecht schließen lassen (§ 9 Abs 1 letzter Satz GIBG).

Unter Berücksichtigung des § 3 Z 1 GIBG, wonach niemand aufgrund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat, im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden darf, insbesondere nicht bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, stehen daher grundsätzlich **alle Arbeitsplätze** sowohl **Frauen als auch Männern** offen.

Hinsichtlich der **Eignung eines Geschlechts** für einen konkreten Arbeitsplatz vertritt der OGH die Ansicht, dass das männliche Geschlecht für die Ausübung einer „schweren“ Arbeit nicht als unbedingte Voraussetzung angesehen werden kann. Die Eignung für den zu besetzenden Arbeitsplatz hängt von entsprechenden physischen Voraussetzungen ab, die auch bei Frauen vorliegen können und auch bei Männern nicht in jedem Fall gegeben sein müssen. Insofern hängt die **Eignung** für einen bestimmten Arbeitsplatz von **individuellen Voraussetzungen der Stellenwerber** ab, sodass eine geschlechtsneutrale Stellenausschreibung erforderlich ist.⁸⁵

Der Nachweis, dass der Bewerber die zu besetzende Stelle auch ohne Diskriminierung nicht erhalten hätte, obliegt dem Arbeitgeber, da nur dieser den Überblick über die individuellen Voraussetzungen sämtlicher Bewerber hat.⁸⁶

84 RIS-Justiz RS0060313; *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, Gleichbehandlung – Antidiskriminierung² (2021) § 9 GIBG Rz 17.

85 OGH 9 ObA 264/98h ASoK 1999, 204.

86 EuGH C-180/95, *Draehmpaehl*, ECLI:EU:C:1997:208 Rz 36; OGH 9 ObA 264/98h ASoK 1999, 204.

Ablauf von zwei Jahren nach Eintritt der Tilgung sind getilgte Verurteilungen sowie die den Verurteilten betreffende Daten im Strafregister zu löschen (§ 12 StRegG). Zu berücksichtigen gilt es in diesem Zusammenhang, dass die **diversionelle Erledigung** eines Strafverfahrens mangels Schuldspruchs und mangels formeller Verurteilung keine Eintragung im Strafregister nach sich zieht. Die Diversion wird lediglich justizintern für zehn Jahre gespeichert.

2.2.2. Fragerecht des Arbeitgebers

Mit jedem Bewerbungsgespräch gehen auch unterschiedliche **Fragen des Arbeitgebers** an den Arbeitnehmer einher. Der Arbeitgeber möchte sich vor der Einstellung vergewissern, dass der Arbeitnehmer auch tatsächlich für das Unternehmen bzw den Arbeitsplatz geeignet ist. Während gewisse Fragen vom Arbeitnehmer wahrheitsgemäß zu beantworten sind, darf der Arbeitgeber nicht jede beliebige Frage stellen. In gewissen Fällen steht es dem Arbeitnehmer sogar zu, Fragen wahrheitswidrig zu beantworten.¹⁰⁶

Im Rahmen des Fragerechts kann der Arbeitgeber alle **Daten**, die zu einer **sachgerechten Einstellung** des Arbeitnehmers benötigt werden und in einem unmittelbaren und sachlichen Zusammenhang mit der zu vergebenden Arbeitsstelle stehen, erheben. Ebenso sind Fragen nach der **Ausbildung** sowie dem bisherigen **beruflichen Werdegang** des Stellenwerbers zulässig. Die Intimsphäre des Arbeitnehmers darf jedoch nicht verletzt werden.¹⁰⁷ Insofern sind Fragen, welche den privaten Lebensbereich des Stellenwerbers tangieren und keinen Bezug zur beruflichen Tätigkeit aufweisen, problematisch. Derartige, die Persönlichkeitsrechte des Stellenwerbers tangierende bzw verletzende Fragen sind daher idR unzulässig. Sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer haben die schützenswerten Interessen der anderen Seite zu beachten. In Konfliktsituationen hat eine **Interessenabwägung** anhand der Umstände des Einzelfalles zu erfolgen. Es ist daher zu eruieren, ob der Arbeitgeber berechnete Interessen an der wahrheitsgemäßen Beantwortung der Frage hat, oder ob auf Seiten des Arbeitnehmers Gründe vorliegen, die Beantwortung der Frage zu verweigern.¹⁰⁸ Eine **wahrheitsgemäße Antwortpflicht** des Arbeitnehmers besteht immer dort, wo eine **unmittelbare Gefahr für Leib und Leben anderer** oder die **Gefährdung von Vermögensinteressen von Dritten** besteht.¹⁰⁹ Nicht alle Fragen sind zulässig bzw müssen vom Arbeitnehmer wahrheitsgemäß beantwortet werden. Werden daher unzulässige Fragen im Rahmen des Bewerbungsgesprächs wahrheitswidrig beantwortet, drohen dem Arbeitnehmer in der weiteren Folge keine arbeitsrechtlichen Konsequenzen.¹¹⁰

106 *Lindmayr*, Bewerbungsgespräch – Rechtliche Grundlagen (Stand 22.7.2023, Lexis Briefings in lexis360.at).

107 *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ (2017) Rz 5/011.

108 *Lindmayr*, Bewerbungsgespräch – Rechtliche Grundlagen (Stand 22.7.2023, Lexis Briefings in lexis360.at).

109 *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ (2017) Rz 5/012.

110 *Lindmayr*, Bewerbungsgespräch – Rechtliche Grundlagen (Stand 22.7.2023, Lexis Briefings in lexis360.at).

4. Ausgewählte arbeitsrechtliche Vereinbarungen

4.1. Versetzungsvorbehalte und Versetzungen

4.1.1. Allgemeines

Versetzungsvorbehalte eröffnen dem Arbeitgeber die Möglichkeit, den Arbeitnehmer im Rahmen des **Weisungsrechts** zu **Arbeiten außerhalb des arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitsortes** bzw **Tätigkeitsbereiches** zu verpflichten. Hierbei handelt es sich um ein **einseitiges Gestaltungsrecht** des Arbeitgebers, welches einer Inhalts- sowie Ausübungskontrolle unterliegt (vgl allg zum Weisungsrecht Kap 3.2.):²⁷⁷

- **Inhaltskontrolle:** Bei der Inhaltskontrolle kommt es zu einer Überprüfung dahingehend, ob es schon bei der Einräumung des einseitigen Gestaltungsrechts des Arbeitgebers zu einer Überschreitung der rechtlichen Grenzen gekommen ist.
- **Ausübungskontrolle:** Im Rahmen der Ausübungskontrolle kommt es zu einer Überprüfung der Ausübung des einseitigen Gestaltungsrechts im Einzelfall. Der Arbeitgeber ist dazu angehalten, das einseitige Gestaltungsrecht nur nach billigem Ermessen auszuüben.

Die Ausgestaltung einseitiger Gestaltungsrechte iSv Versetzungsvorbehalten darf nicht zu unbestimmt erfolgen, widrigenfalls Sittenwidrigkeit der Klausel vorliegen kann.

Der **gewöhnliche Arbeits- bzw Einsatzort** ist gem § 2 Abs 2 Z 6 AVRAG im Dienstzettel zwingend anzugeben. Die Materialien definieren als Arbeits- bzw Einsatzort jenen Ort, an dem der Arbeitnehmer üblicherweise seine Arbeitsleistung zu erbringen hat.²⁷⁸ Das OLG Wien qualifizierte die Angabe „Europa“ im Dienstzettel als Arbeitsort eines Berufskraftfahrers als zu unbestimmt und daher unzulässig.²⁷⁹

Die **vorgesehene Verwendung des Arbeitnehmers** ist gem § 2 Abs 2 Z 8 AVRAG ebenso zwingend in den Dienstzettel aufzunehmen. Es ist die vom Arbeitnehmer zu leistende Arbeit kurz zu beschreiben. Eine bloße Funktionsbezeichnung ist der Rechtsprechung zufolge unzulässig.²⁸⁰

Je weiter der Arbeitsort und/oder Tätigkeitsbereich eines Arbeitnehmers gefasst ist, desto weitreichender ist die Möglichkeit des Arbeitgebers, im Rahmen seines

277 *Reissner in Reissner/Neumayr, Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln² (2019) Rz 15.36; Goricnik, Die Versetzung (2015) 14.*

278 RV 1077 BlgNR 18. GP 10.

279 OLG Wien 10 Ra 46/99d ARD 5050/28/99.

280 EuGH C-253-258/96, *Kampelmann*, ECLI:EU:C:1997:585.

(**All-in-Vereinbarung**) festgesetzt. Beide Formen erachtet der OGH grundsätzlich als wirksam.³⁵⁶

Beiden Formen der Pauschalentlohnung ist gemein, dass die vereinbarte Überzahlung in voller Höhe selbst dann auszubezahlen ist, wenn weniger oder überhaupt keine Überstunden bzw Mehrarbeitsstunden geleistet wurden.³⁵⁷

Die Vereinbarung einer Pauschalentlohnung kann im Arbeitsvertrag ausdrücklich oder auch konkludent getroffen werden. Voraussetzung ist, dass mit dem vereinbarten Entgelt die entsprechenden quantitativen oder qualitativen Mehrleistungen abgegolten sind und dies dem Arbeitnehmer auch erkennbar ist.³⁵⁸ Es bedarf daher einer eindeutigen **Vereinbarung** zwischen den Arbeitsvertragsparteien.³⁵⁹

4.2.3.2. All-in-Vereinbarung

Bei einer **All-in-Vereinbarung** erhält der Arbeitnehmer ein Gesamtentgelt, welches sowohl den Grundlohn bzw das Grundgehalt für die regelmäßig zu leistenden Arbeitsleistungen während der Normalarbeitszeit als auch andere Entgeltbestandteile wie zB **Zulagen, Zuschläge, Reisezeiten, Wegzeiten, Bereitschaftszeiten** sowie allenfalls anfallende **Mehr- und Überstunden** samt Zuschlägen abdecken soll. Im Unterschied zu einer Überstundenpauschale sollen mit einer All-in-Vereinbarung **sämtliche zulässigen Mehrleistungen abgegolten** werden.³⁶⁰ Von der Judikatur wird auch die Einbeziehung der laut Kollektivvertrag zustehenden aliquoten Sonderzahlungsanteile in das einzelvertraglich vereinbarte laufende Entgelt als zulässig erachtet.³⁶¹ Sofern zwingende arbeitsrechtliche Mindeststandards nicht verletzt werden, erachtet der OGH derartige Vereinbarungen als zulässig.³⁶²

Pauschalvereinbarungen dürfen nicht gegen **unabdingbare Rechte** des Arbeitnehmers verstoßen. Die Einbeziehung der Urlaubersatzleistung in eine All-in-Vereinbarung ist daher unzulässig, da der Nichtverbrauch von Urlaubstagen von vornherein abgefunden und der tatsächlich bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses offene Urlaubsanspruch nicht nach § 10 UrlG abgegolten werden würde. Derartige Vereinbarungen stehen nicht im Einklang mit dem Ablöseverbot des § 7 UrlG und sind daher nichtig.³⁶³

Für Arbeitnehmer, die von der Möglichkeit einer **Elternteilzeit** nach dem MSchG bzw VKG Gebrauch machen (vgl Kap 5.2.), besteht gem § 19d Abs 8 iVm Abs 3

356 RIS-Justiz RS0051519.

357 *Hahn*, Überstundenpauschale & All-In während der Elternteilzeit. Wie viel darf der Arbeitgeber kürzen? RdW 2015, 275 (726).

358 RIS-Justiz RS0051519; OGH 8 ObA 32/13h ASoK 2013, 390 = DRdA 2014, 66.

359 *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1152 Rz 49 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

360 *Burger*, Arbeitsrechtliche Zulässigkeit von All-in-Vereinbarungen, in *Resch*, All-in-Vereinbarungen – Erscheinungsformen und rechtliche Rahmenbedingungen (2010) 43 und 46; OGH 8 ObA 32/13h ASoK 2013, 390 = DRdA 2014, 66.

361 OGH 9 ObA 160/11m ARD 6245/3/2012.

362 OGH 9 ObA 161/01v ASoK 2002, 58 = infas 2002, A 6.

363 OGH 8 ObA 32/13h ASoK 2013, 390 = DRdA 2014, 66.

Durch die Schadensteilung kann die Konventionalstrafe unter die Grenze des tatsächlich eingetretenen Schadens sinken, sodass eine weitere Mäßigung gegebenenfalls nicht statthaft ist.⁵²³

4.4. Ausbildungskostenrückerersatz

4.4.1. Rechtsgrundlage

Gesetzliche Grundlage für die **Rückerstattung von Ausbildungskosten** stellt § 2d AVRAG dar. Die Bestimmung des § 2d AVRAG gilt grundsätzlich für all jene Arbeitnehmer, welche vom **persönlichen Geltungsbereich** des AVRAG erfasst werden. Das AVRAG gilt gem § 1 leg cit für alle Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen (vgl zum persönlichen Geltungsbereich des AVRAG Kap 4.2.2.). Für **Angestellte** iSd AngG existiert keine gesonderte Regelung im AngG, sodass auch für diese Arbeitnehmergruppe die Bestimmung des § 2d AVRAG Geltung besitzt.

Die Bestimmung des § 2d AVRAG findet nur auf jene **Ausbildungskostenrückerstattungsklauseln** Anwendung, die **nach dem 18.3.2006** vereinbart wurden. Kollektivvertragliche Regelungen zum Ausbildungskostenrückerersatz, die vor dem 18.3.2006 bereits bestanden haben, bleiben weiterhin anwendbar und zwar unabhängig davon, ob sie vom Schutzniveau des § 2d AVRAG abweichen oder nicht.⁵²⁴ Aus diesem Grund hat die alte Rechtslage sowohl aus individualarbeitsrechtlicher als auch aus kollektivvertragsrechtlicher Sicht weiterhin wesentliche Bedeutung.⁵²⁵

Die in § 2d AVRAG normierten Grundsätze stellen gemäß § 16 AVRAG **einseitig zwingendes Recht** dar. Die festgelegten Mindeststandards dürfen daher durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder durch den Individualarbeitsvertrag ausschließlich zu Gunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden (vgl zur einseitig zwingenden Wirkung Kap 4.2.4.).⁵²⁶

Die Begriffsbildung der Ausbildungskosten geht auf eine höchstgerichtliche Entscheidung⁵²⁷ aus dem Jahr 1972 zurück. Einen gesetzlichen Niederschlag hat der Ausbildungskostenrückerersatz erst mit der Schaffung des **§ 2d AVRAG**⁵²⁸ im Jahr 2006 erfahren. Mit der Einführung des § 2d AVRAG wurde jedoch kein neues rechtliches Instrumentarium für den Rückerersatz von Ausbildungskosten geschaffen, sondern wurden die von der Rechtsprechung sowie von der Lehre entwickelten Grundsätze und Leitsätze in materielles Recht gegossen und teilweise ergänzt.⁵²⁹

523 *Reissner in Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 38 AngG Rz 17.

524 So bspw *Marhold*, Die Rückforderung von Ausbildungskosten von Berufsanwärtern freier Berufe, RdW 1984, 110; *Weinmeier*, Zur Rückzahlung von Ausbildungskosten, RdW 1993, 13; *Resch*, Ausbildungskostenrückerstattungsklauseln, in *Resch*, Kritische Klauseln im Arbeitsvertrag (2004) 39.

525 *Löschnigg/Ogrisek*, Rückforderung von IT-Ausbildungskosten und Aliquotierung, jusIT 2011, 163 (163).

526 *Radner in Reissner/Neumayr*, Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln² (2019) Rz 34.05.

527 OGH 4 Ob 57/72 Arb 9.065 = EvBl 1973, 241 = ZAS 1975, 217 (*Tichy*).

528 BGBl I 2006/36.

529 IA 605/A 22. GP 2; *Binder*, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz² (2010) § 2d Rz 1.

gelten dieselben Fristen für die schriftliche Bekanntgabe wie für den Arbeitnehmer (drei bzw zwei Monate vor der beabsichtigten Änderung oder Beendigung; § 15j Abs 5 MSchG; § 8b Abs 5 VKG).

Ein **vorzeitiges Ende** der Teilzeitbeschäftigung tritt weiters ein, wenn der Arbeitnehmer eine **Karenz** oder eine **Teilzeitbeschäftigung** für ein **weiteres Kind** in Anspruch nimmt (§ 15j Abs 9 MSchG; § 8b Abs 9 VKG).

Arbeitnehmer, welche **keinen Anspruch** auf eine **Teilzeitbeschäftigung** iSd § 15h Abs 1 oder 4 MSchG oder diesen Anspruch bereits ausgeschöpft haben, können eine solche mit dem Arbeitgeber vereinbaren (sog **vereinbarte Teilzeitbeschäftigung**; § 15i MSchG; § 8a VKG). Ein Anspruch besteht zB nicht, wenn die Anspruchsvoraussetzungen des § 15h Abs 1 Z 1 und Z 2 MSchG bzw § 8 Abs 1 Z 1 und 2 VKG nicht vorliegen (ununterbrochene Beschäftigung von drei Jahren sowie Betrieb mit maximal 20 ständig beschäftigten Arbeitnehmern).

Die vereinbarte Teilzeitbeschäftigung kann längstens bis zum Ablauf des achten Lebensjahres des Kindes vereinbart werden. Es gilt dieselbe Bandbreite wie bei der Teilzeitbeschäftigung iSd § 15h MSchG bzw § 8 VKG.

5.2.2. Durchsetzung des Anspruches auf Teilzeitbeschäftigung

§ 15k MSchG bzw § 8c VKG legt das **Verfahren** beim **Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung** fest. Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber die Inanspruchnahme der Elternteilzeit gem § 15k Abs 1 MSchG bzw § 8c Abs 1 VKG bekanntzugeben. Die Bekanntgabe hat den Beginn, die Dauer, das Ausmaß oder die Lage der Arbeitszeit zu beinhalten. Sofern im Betrieb ein für den Arbeitnehmer zuständiger **Betriebsrat** besteht, ist dieser auf Verlangen des Arbeitnehmers den **Verhandlungen** über die Ausgestaltung der Elternteilzeit beizuziehen. Kommt in der Folge binnen zwei Wochen ab Bekanntgabe der beabsichtigten Elternteilzeit keine Einigung zustande, können mit der Zustimmung beider Arbeitsvertragsparteien **Vertreter der gesetzlichen Interessenvertretungen** des Arbeitnehmers sowie des Arbeitgebers den Verhandlungen über die Ausgestaltung beigezogen werden. Der Arbeitgeber hat das Ergebnis der Verhandlungen schriftlich zu dokumentieren. Die Ausfertigung ist von beiden Arbeitsvertragsparteien zu unterfertigen, wobei dem Arbeitnehmer eine Kopie der Ausfertigung auszuhändigen ist.

Erzielen die Arbeitsvertragsparteien trotz Einschaltung von Betriebsrat und ggf Vertretern der gesetzlichen Interessenvertretung binnen vier Wochen ab Bekanntgabe des Teilzeitwunsches **keine Einigung**, kann der Arbeitnehmer die Teilzeitbeschäftigung zu den von ihm bekannt gegebenen Bedingungen antreten, sofern der Arbeitgeber nicht binnen weiterer zwei Wochen beim zuständigen Arbeits- und Sozialgericht einen **Antrag zur gütlichen Einigung** nach § 433 Abs 1 ZPO (**prätorischer Vergleich**) stellt. Der Arbeitgeber kann die vom Arbeitnehmer

Dem Betriebsinhaber müssen die Tatsachen und Vorstellungen bekannt sein, die ihm im Zusammenhang mit dem verpönten Motiv vorgeworfen werden. Demnach scheiden außerbetriebliche Vorgänge, die dem Arbeitgeber nicht bekannt sind, als Motiv aus.⁹¹²

Aus der Sicht des Arbeitnehmers ist es ausreichend, wenn das verpönte Motiv für die Kündigung wesentlich war. Nicht notwendig ist es, dass das Motiv der ausschließende Beweggrund für den Arbeitgeber war, die Kündigung auszusprechen. Bei Vorliegen eines verpönten Kündigungsgrundes kann sogar das Vorliegen eines Entlassungsgrundes in den Hintergrund treten.⁹¹³

6.1.7.1.5.2. Anfechtung wegen sozial ungerechtfertigter Kündigung

Jede Kündigung, welche wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt, ist **sozial ungerechtfertigt** iSd § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG. Grundsätzlich sind mit jeder Kündigung eines Arbeitnehmers soziale Nachteile verbunden. Für das Vorliegen von Sozialwidrigkeit iSd § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG müssen jedoch Umstände vorliegen, welche über das normale Maß hinaus eine Kündigung für den Arbeitnehmer nachteilig machen.⁹¹⁴

Wesentliche Interessen des Arbeitnehmers sind beeinträchtigt, wenn durch die Kündigung eine **fühlbare Schlechterstellung für die Zukunft** zu erwarten ist. Für eine erfolgreiche Kündigungsanfechtung ist es bereits ausreichend, wenn der Verlust eines wesentlichen Vorteils aus dem Arbeitsverhältnis droht. Dies gilt auch dann, wenn der Lebensunterhalt des gekündigten Arbeitnehmers anderweitig ausreichend gesichert ist. Keine Voraussetzung für eine erfolgreiche Kündigungsanfechtung ist, dass durch die Kündigung die Existenzgrundlage aufgrund dauernder Arbeitslosigkeit gefährdet wird. Arbeitnehmer haben gewisse **Schwankungen der Einkommensverhältnisse** im Lauf des Arbeitslebens hinzunehmen.⁹¹⁵ Im Hinblick auf die Einkommenseinbuße ist nach der Rechtsprechung des OGH⁹¹⁶ nicht auf starre Prozentsätze abzustellen, da bei hohem Einkommen eine Einbuße von 40 % keine Sozialwidrigkeit begründet, wenn der Arbeitnehmer weiterhin in der Lage ist, seine individuellen Lebensbedürfnisse zu befriedigen.⁹¹⁷

Eine wesentliche Beeinträchtigung von Interessen eines Arbeitnehmers resultiert auch daraus, dass der Arbeitnehmer eine deutlich über die Normalarbeitszeit hinausgehende Arbeitsbelastung in Kauf nehmen muss, um die Befriedigung seiner Lebensbedürfnisse weiter zu gewährleisten.⁹¹⁸

912 OGH 8 ObA 271/94 Arb 11.222 = ZAS 1996, 13 (*Tröst*).

913 RIS-Justiz RS0111437.

914 OGH 8 ObA 25/02p ASoK 2003, 278 = DRdA 2003, 177.

915 RIS-Justiz RS0051727.

916 OGH 9 ObA 174/01f ASoK 2002, 417 = *ecolex* 2002, 370 (*Mazal*).

917 OGH 9 ObA 8/05z ASoK 2006, 160 = *inf*as 2006, A 27.

918 OGH 8 ObA 71/22g DRdA-*inf*as 2023, 99.

fallen kann. Diese Mindestanforderungen – auch als wesentliche Umstände bzw. *essentiali negotii* bezeichnet – stellen nach hA¹²⁴¹

- das **Ende des Arbeitsverhältnisses**,
- die **Art der Auflösung**¹²⁴² sowie
- der **Zeitpunkt der Beendigung**¹²⁴³

dar. Herrscht über einen dieser genannten Umstände Dissens, ist die einvernehmliche Auflösung gescheitert und ein Auflösungsvertrag kommt nicht zustande.¹²⁴⁴

6.3.2.1. Beendigung des Arbeitsverhältnisses/Beendigungsabsicht

Der übereinstimmende Wille der Parteien muss auf das Ende des Arbeitsverhältnisses gerichtet sein.¹²⁴⁵ Die Parteien müssen die Absicht haben, das Arbeitsverhältnis dauerhaft zu beenden, sodass ein **Beendigungswille beider Parteien** bestehen und erklärt werden muss. Mangelt es am Auflösungs willen, scheidet der Vertrag schon am fehlenden Hauptzweck.

6.3.2.2. Art der Auflösung

In der Auflösungsvereinbarung muss weiters klar zum Ausdruck kommen, dass das Arbeitsverhältnis mittels **einvernehmlicher Auflösung** beendet wird. Andernfalls liegt ein Dissens vor, der das Zustandekommen einer einvernehmlichen Auflösung verhindert.¹²⁴⁶ Zum Beendigungswillen muss zusätzlich der Auflösungs erklärung eindeutig entnommen werden können, dass das Arbeitsverhältnis durch einen **Auflösungsvertrag** enden soll und nicht etwa durch einen einseitigen Gestaltungsakt wie Kündigung, Austritt oder Entlassung.¹²⁴⁷

6.3.2.3. Beendigungszeitpunkt

Der **Zeitpunkt der Beendigung** stellt einen weiteren essenziellen Inhalt der einvernehmlichen Auflösung dar. Der auf die Rechtsgestaltung gerichtete Wille der Parteien muss sich auf einen bestimmten Zeitpunkt, zu dem das Arbeitsverhältnis letztlich enden soll, beziehen.¹²⁴⁸ In der Vereinbarung selbst kann entweder vorgesehen sein, dass das Ende des Arbeitsverhältnisses **mit sofortiger Wirkung** eintritt oder das Ende kann auch **für einen späteren Zeitpunkt** vereinbart wer-

1241 Wachter, Die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses, in FS Floretta (1983) 433 (435).

1242 ArbG Linz 2 Cr 54/84 Arb 10.343.

1243 OGH 14 Ob 10/86 Arb 10.536 = infas 1986, A 136 = ZAS 1987, 88 (Tomandl); LGZ Graz 2 Cg 58/72 Arb 9.108.

1244 OGH 8 ObA 40/98k Arb 11.745 = ARD 4960/2/98.

1245 OGH 9 ObA 32/01y ARD 5279/39/2002 = ASoK 2002, 237; vgl auch Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ (2017) Rz 8/420.

1246 Wachter, Die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses, in FS Floretta (1983) 433 (435).

1247 Ruß, Die einvernehmliche Auflösung von Arbeitsverhältnissen (2016) 33.

1248 OGH 4 Ob 140/83 DRdA 1984, 249 = infas 1984, A 56.

Geschlechts iSd **GLBG**, sodass die Auflösung angefochten werden kann (vgl hierzu bereits Kapitel 3.3.3.).¹³²⁸ Der Arbeitnehmerin steht es jedoch auch frei, die Beendigung gegen sich gelten zu lassen und den Ersatz des Vermögensschadens sowie eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung geltend zu machen (§ 12 Abs 7 GLBG). Dem Arbeitgeber obliegt in der weiteren Folge die Glaubhaftmachung, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes Motiv als die Schwangerschaft für die Auflösung des Probearbeitsverhältnisses ausschlaggebend war. Insofern ist es aus der Sicht des Arbeitgebers ratsam, die sachlichen Gründe, welche zu einer Auflösung in der Probezeit geführt haben, zu dokumentieren.¹³²⁹

6.5. Zeitablauf

6.5.1. Rechtsgrundlagen

Arbeitsverhältnisse können nicht nur auf unbestimmte Zeit, sondern auch **auf bestimmte Zeit** abgeschlossen werden. Befristet abgeschlossene Arbeitsverhältnisse **enden** idR **automatisch** durch bloßen Ablauf der Zeit. Eine Beendigungs-erklärung einer der Arbeitsvertragsparteien ist nicht erforderlich.¹³³⁰

Eine ausdrückliche Regelung enthält **§ 19 Abs 1 AngG**, welcher normiert, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Ablauf der Zeit endet, für die es eingegangen wurde. Für Arbeitnehmer, welche nicht dem AngG unterliegen, finden sich bspw in **§ 1158 Abs 1 ABGB**, in § 16 GAngG oder § 24 TAG entsprechende gesetzliche Grundlagen. Die Bestimmung des § 19 Abs 1 AngG findet sich nicht in der Aufzählung der einseitig zwingenden Bestimmungen des § 40 AngG wieder, sodass auch zum Nachteil des Arbeitnehmers Vereinbarungen, wie etwa Kündigungsvereinbarungen des befristet abgeschlossenen Arbeitsvertrages, zulässig sind.¹³³¹ Der Bestimmung des § 1158 Abs 1 ABGB kommt gem § 1164 Abs 1 ABGB hingegen einseitig zwingender Charakter zu. Die Berechtigungen, welche dem Arbeitnehmer aus dieser Bestimmung zukommen, können weder durch den Arbeitsvertrag noch durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung aufgehoben oder beschränkt werden.¹³³²

§ 2b AVRAG enthält ein **Diskriminierungsverbot**, welches durch europarechtliche Rahmenbedingungen (insb RL 1999/70/EG über befristete Arbeitsverträge) notwendig wurde. Arbeitnehmer mit einem auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsverhältnis dürfen demnach nicht gegenüber Arbeitnehmern mit einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsverhältnis benachteiligt werden.

1328 OGH 9 ObA 4/05m ASoK 2005, 392 = infas 2006, A 21; RIS-Justiz RS0120188.

1329 Sabara, Schwangerschaft – Probezeit, Befristung (Stand 2.7.2023, Lexis Briefings in lexis360.at).

1330 Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ (2017) Rz 8/426.

1331 Reissner in Neumayr/Reissner, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 19 AngG Rz 3.

1332 Auer-Mayer/Pfeil in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar zum ABGB VII⁵ (2021) § 1158 ABGB Rz 3.

rechtssachen“ beizufügen haben. Nachfolgende **vier Oberlandesgerichte** sind zur Entscheidung in zweiter Instanz berufen:

- das Oberlandesgericht Graz für die Steiermark und Kärnten,
 - das Oberlandesgericht Innsbruck für Tirol und Vorarlberg,
 - das Oberlandesgericht Wien für Wien, Niederösterreich und dem Burgenland und
 - das Oberlandesgericht Linz für Oberösterreich und Salzburg.
- In letzter und **dritter Instanz** entscheidet der **Oberste Gerichtshof** mit dem Zusatz „in Arbeits- und Sozialrechtssachen“.

Im besonderen Feststellungsverfahren iSd § 54 ASGG¹⁵⁰⁴ entscheidet der OGH über den Feststellungsantrag in erster und letzter Instanz.

8.1.2. Örtliche Zuständigkeit

Die **örtliche Zuständigkeit** ist in den §§ 4 bis 6 ASGG geregelt.

Für die in § 50 Abs 1 genannten Rechtsstreitigkeiten ist nach der **Wahl des Klägers** örtlich zuständig:

- in den Fällen der **Z 1 bis 3** auch das Gericht, in dessen Sprengel
 - der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt während des Arbeitsverhältnisses hat oder wo er ihn im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hatte;
 - das Unternehmen seinen Sitz hat;
 - regelmäßig wenigstens ein Teil der Arbeit zu leisten ist oder, sofern das Arbeitsverhältnis beendet ist, zuletzt zu leisten war;
 - das Entgelt zu zahlen ist oder, sofern das Arbeitsverhältnis beendet ist, zuletzt zu zahlen war oder
 - bei grenzüberschreitender Entsendung oder Arbeitskräfteüberlassung aus EWR-Mitgliedstaaten die Arbeit zu leisten ist oder war hinsichtlich der sich aus dem Arbeitsverhältnis während der Dauer der Arbeitsleistung in Österreich ergebenden Ansprüche;
- in den Fällen der **Z 4** nur das Gericht, in dessen Sprengel
 - die juristische Person ihren Sitz hat,
 - die Ruhegehälter oder sonstigen Leistungen auszuzahlen sind oder
 - der Kläger seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat;
- in den Fällen der **Z 5 bis 7** nur das Gericht, in dessen Sprengel
 - die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse, die Gehaltskasse, die Betriebliche Vorsorgekasse oder der gleichartige Leistungsträger den Sitz oder

1504 § 54 Abs 1 ASGG: „In Arbeitsrechtssachen nach § 50 Abs. 1 können die parteifähigen Organe der Arbeitnehmerschaft im Rahmen ihres Wirkungsbereiches sowie der jeweilige Arbeitgeber auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von Rechten oder Rechtsverhältnissen, die mindestens drei Arbeitnehmer ihres Betriebes oder Unternehmens betreffen, klagen oder geklagt werden.“