



Vom Stelleninserat zum Arbeitsvertrag

Recruiting im rechtlichen Fokus

Neuerungen im Gleichbehandlungsgesetz, Bewerberdatenbanken und E-Recruiting haben in der letzten Zeit dazu geführt, dass auch der Bewerberauswahlprozess wieder verstärkt in das rechtliche Rampenlicht rückt. Einige der dabei zu beachtenden Stolperfallen haben wir im gegenständlichen Artikel zusammengefasst.

Mag. Alexandra Holzlechner

1. Gehaltsinfos in Stelleninseraten

Bereits im Bewerbungsprozess gelten alle un-mittelbaren und mittelbaren Diskriminierungsverbote des Gleichbehandlungsgesetzes (GIBG) und des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG). Wichtig ist es, die **Sensibilität bei den MitarbeiterInnen für das Gleichbehandlungsgebot zu schärfen**, um sich als Unternehmen nicht Schadenersatzverpflichtungen nach dem GIBG auszusetzen. Dies kann schon durch unbedachte Äußerungen gegenüber BewerberInnen am Telefon, unbedarfte Absageschreiben oder durch eine Vorauswahl von BewerberInnen nach unsachlichen Kriterien erfolgen. Als unliebsame Konsequenz drohen **im**

schlimmsten Fall zwei Monatsentgelte an Schadenersatz an den Anspruchsberechtigten, falls das Dienstverhältnis ohne die Diskriminierung zustande gekommen wäre. Nur wenn der Arbeitgeber beweisen kann, dass der potenzielle Arbeitnehmer ohnehin nicht eingestellt worden wäre, gebührt dem Betroffenen nur ein **Schmerzensgeld bis max. EUR 500,00**.

Schon bisher sah das GIBG bei sonstiger Verwaltungsstrafe vor, dass **Stellenausschreibungen geschlechtsneutral zu halten** sind. Verletzungen waren schadenersatzrechtlich sanktioniert. Diese Bestimmung wurde von den Unternehmen gut angenommen, Stellenanzeigen ohne Gendering liest man kaum mehr.

Ganz im Gegensatz dazu geschieht die Umsetzung des **seit 1. März 2011 in Kraft stehenden § 9 Abs. 2 GIBG** mehr als zögerlich:

Nach dieser Bestimmung haben Arbeitgeber bzw. Arbeitsvermittler das **kollektivvertragliche Mindestgehalt** (den Mindestlohn) und, sofern vorhanden, die Bereitschaft zur Überzahlung **in Stelleninseraten anzugeben**. Als Sanktion bei Nichteinhaltung droht eine **Verwarnung**, im **Wiederholungsfall eine Verwaltungsstrafe**.

Wie Stelleninserate hinkünftig auszugestalten sind, wird im Ergebnis erst die Rechtsprechungslinie zur Auslegung dieser Norm zeigen.

Grob lassen sich jedoch folgende Punkte bei Stelleninseraten skizzieren:

- Die **Bestimmung gilt österreichweit für den gesamten Print- und Onlinebereich** und macht auch keine Ausnahme **für anonyme Inserate** von Personalberatungsunternehmen.
- Sie kommt zur Anwendung, sobald für ein Unternehmen ein Kollektivvertrag, eine Satzung oder ein Mindestlohntarif zur Anwendung gelangt. Werden **mehrere Positionen** in einem Inserat zusammengefasst, ist **je Position das Mindestgehalt anzugeben**.
- Angegeben werden muss das **kollektivvertragliche Mindestgehalt**; ebenso der **Zeitraum**, auf den sich das angegebene Mindestgehalt bezieht (z.B. Monatsgehalt). Wird mehr als das Mindestgehalt bezahlt, ist **auf die Bereitschaft zur Überzahlung hinzuweisen**.
- Die Angabe des tatsächlichen Gehalts - häufig in Form des Jahresbruttogehalts - erspart die Angabe des KV-Gehalts. Wird allerdings ein **höherer Gehaltsbetrag in der Insertion**

angeführt, **kann dieser im Bewerbungsprozess nicht mehr unterschritten werden**, außer es werden die geforderten Qualifikationen nicht erfüllt. Gleiches gilt, falls ein Gehaltsband angegeben wird. Auch hier stellt der untere Wert die Mindestgrenze dar.

- **Ab 1. Jänner 2012** treten die Strafbestimmungen zu § 9 Abs. 2 GIBG in Kraft, sodass alle Unternehmen aufgerufen sind, ihre **bestehenden Inserate** zu screenen und zu **adaptieren** und **neue Insertionen** an die neue Rechtslage **anzupassen**.

2. Vorstellungskosten - ersatzfähig?

Sind die Inserate platziert und kommen in weiterer Folge die ersten BewerberInnen zum Gespräch, stellt sich vielfach die Frage nach dem Ersatz von Vorstellungskosten.

Im Arbeitsrecht finden sich keine Regelungen, wann BewerberInnen Vorstellungskosten vom möglichen Arbeitgeber geltend machen können.

Ein **Ersatzanspruch besteht** jedenfalls, **wenn dies ausdrücklich vereinbart** wurde. Die BewerberInnen können aber ebenso Ersatz begehren, wenn sich lediglich aus den Umständen und dem Verhalten des potenziellen Arbeitgebers zweifelsfrei ableiten lässt, dass sich letzterer zum Kostenersatz verpflichten wollte.

Vorsicht ist auch geboten, **wenn StellenbewerberInnen zur Bewerberpräsentation ausdrücklich aufgefordert werden**. Dies wurde von der Rechtsprechung bereits als zivilrechtlicher Auftrag interpretiert, der es den KandidatInnen ermöglicht, den entstandenen **Aufwand** gegenüber dem Unternehmen **geltend zu machen**.

Um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden sollten die BewerberInnen deshalb im Vorhinein in beweisbarer Form darauf hingewiesen werden, ob und in welcher Form Vorstellungskosten ersetzt werden.

Zu beachten ist auch, dass ein **grundloses spätes Abbrechen von Vertragsverhandlungen** im fortgeschrittenen Auswahlprozess und/oder die **Verletzung von Aufklärungspflichten** gegenüber den BewerberInnen zu **Schadenersatzansprüchen der BewerberInnen** (auch für aufgelaufene Vorstellungskosten) führen können.

3. Grenzen des Fragerechts

Sowohl in Bewerbungsbögen als auch im Rahmen der Vorstellungsgespräche werden Fragen aufgeworfen, welche (auch) die **Privatsphäre** der künftigen MitarbeiterInnen tangieren.

Wo liegen die **Grenzen** dieses Fragerechts, zumal rechtlich unzulässige Fragen nicht beantwortet werden müssen bzw. sogar falsch beantwortet werden können?

Fragen **nach einer Schwangerschaft** sowie der **sexuellen Orientierung** sind **stets unzulässig**. Auskünfte zur Zugehörigkeit zu politischen Parteien, Gewerkschaften oder Religionsgemeinschaften müssen nur bei sachlicher Rechtfertigung wahrheitsgemäß gegeben werden, beispielsweise bei einer Stellenbewerbung für kirchliche Einrichtungen oder Tendenzbetriebe.

Generell kommt es bei Fragestellungen, welche in die Privatsphäre der Bewerber eingreifen, darauf an, **ob das Interesse des Unternehmens am Offenlegen** dieser Informationen **oder das Interesse der BewerberInnen an der Geheim-**

haltung der entsprechenden Daten **deutlich überwiegt oder nicht**.

Der **Gesundheitszustand** darf beispielsweise **nur** thematisiert werden, **wenn beim Tätigwerden das Leben oder die Gesundheit** von anderen Personen **gefährdet wird**. Auch Einstelluntersuchungen sind nur erlaubt, soweit diese notwendig sind, um eine gesundheitliche Eignung künftiger MitarbeiterInnen für eine besondere Tätigkeit abzuklären.

Vermögensverhältnisse müssen nur offengelegt werden, soweit damit Rechtspflichten erfüllt werden (z.B. bestehende Lohnpfändung).

Auch die **Frage nach Vorstrafen** ist **nur in bestimmten Fallkonstellationen**, bei denen ein innerer Zusammenhang besteht (z.B. Bank – Wirtschaftsdelikte), zulässig.

Andere **Fragestellungen**, wie beispielsweise die Frage **nach Daten von Ehegatten** bzw. **Kindern**, greifen in **datenschutzrechtliche Bestimmungen** ein.

Und wenn umgekehrt BewerberInnen in ihren Lebensläufen schummeln? Hat dies Konsequenzen für sie?

Sich im Zuge eines Bewerbungsprozesses positiv darzustellen ist üblich. Die Grenze wird dort einzuziehen sein, wo es zu faktischen Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis kommt (z.B. Angabe nicht bestehender Vordienstzeiten).

Hier können die **unzutreffenden Angaben der BewerberInnen zu arbeits- und zivilrechtlichen Konsequenzen** und sogar zu einer **strafrechtlichen Verfolgung** führen.

4. Bewerberdaten richtig verarbeiten

Meist werden die Bewerberdaten im Zuge des Bewerbungsgesprächs noch ergänzt und ergeben ein rundes Gesamtbild der BewerberInnen. Doch was tun mit den Daten?

Bewerberdaten fallen klar unter das Datenschutzgesetz (DSG 2000), mit allen daraus resultierenden rechtlichen Konsequenzen.

An das Unternehmen übermittelte Bewerberdaten dürfen **ausschließlich zum Zweck der Abwicklung der Bewerbung** bzw. des Eingehens eines Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden. Dieser Zweck ist gegenüber den BewerberInnen **offenzulegen**.

Sollen diese **Daten an Drittunternehmen (auch Konzernunternehmen!)** übermittelt werden, **bedarf** es einer **konkreten Zustimmung der BewerberInnen** zur Übermittlung der Daten an einzelne, **namentlich explizit genannte (!) Unternehmen**.

Dies geschieht zumeist in einer umfassenden Datenschutzerklärung, welche auch auf die weitergehenden Rechte der BewerberInnen nach dem DSG 2000 hinweist. Einer solchen Vorabzustimmung mit gleichzeitiger genauer Aufklärung bedarf es ebenso, wenn Bewerberdaten mittels direkter Bewerberportale erfasst werden.

Selbst wenn ordnungsgemäße Datenschutzerklärungen von BewerberInnen eingeholt werden, entbindet dies das Unternehmen aber nicht davon, seinen Meldepflichten nach dem DSG 2000 nachzukommen (§§ 17 ff DSG).

Solange die **Bewerberdaten existieren**, hat

das **Unternehmen für die Sicherheit** derselben zu **sorgen. Nicht mehr benötigte Daten** sind nach dem DSG 2000 zu **löschen**.

Im Zusammenhang mit Bewerberdaten sind zusätzlich immer die betriebsverfassungsrechtlichen Vorgaben (§ 96 Abs. 1 Z 2 bzw. § 96 a Abs. 1 Z 1 ArbVG) bzw. bei Online-Kontakten zu BewerberInnen auch das TKG mit zu bedenken.

5. Endlich – der Arbeitsvertrag



Ist die ideale Besetzung für die Position gefunden, kann mit dem/der künftigen MitarbeiterIn ein Arbeitsvertrag abgeschlossen werden. Doch Vorsicht: Der **Abschluss eines Arbeitsvertrages** ist grundsätzlich an keine bestimmte Form gebunden. Es **reicht eine mündliche Einigung**. Sofern eine feste Zusage erfolgt, wird ungeachtet der schriftlichen Ausfertigung des Dienstvertrages oder Dienstzettels das Arbeitsverhältnis begründet. Selbst schlüssige Einigungen der Vertragspartner reichen für den Vertragsschluss aus.

Sonderregelungen gelten beispielsweise für Lehrverträge, bei unmündigen Minderjährigen und Besachwalterten, und im Bereich der Ausländerbeschäftigung.

Mit dem Bewerberauswahlprozess allein ist es aus rechtlicher Sicht aber nicht getan – und vor allem das laufende Arbeitsverhältnis bildet eine herausfordernde rechtliche „Spielwiese“ für HR-

Verantwortliche und JuristInnen, welche zunehmend an Komplexität und Dynamik gewinnt.

Frau Mag. Alexandra Holzlechner, von ihrer ursprünglichen Ausbildung her Wirtschaftsjuristin, verstärkt das Team der motiV Personal Consulting sowie der inoVato Unternehmensentwicklung seit Herbst 2011.

Sie ist in der motiV Personal Consulting in allen Beratungsfeldern sowie in der inoVato Unternehmensentwicklung im Bereich der Organisationsberatung tätig.



In dieser Rubrik stellen wir Ihnen regelmäßig Personen vor, die uns im Gespräch überzeugt haben.

Kontaktieren Sie uns bitte, wenn Sie ein Profil anspricht. Wir stellen Ihnen gerne den Kontakt zu unseren BewerberInnen her.

>> Betriebsleiter/ Projektleiter SO-Europa

Chiffre NR. 14783

53 Jahre, männlich
HTBLA Maschinenbau, umfassende Weiterbildungen (Personalwesen, Führung, Betriebswirtschaft, Persönlichkeitsentwicklung und Persönlichkeitsanalyse)

Erfahrung in folgenden Positionen:

Geschäftsführung Produktionsbetrieb (auch südosteuropäischer Raum), Geschäftsleitung Maschinenbau, Leitung der Abteilung Technik & Energieanlagen, Projektleitung Kraftwerksanlagen

>> Betriebsleiter/ Ausbildungsleiter Technik

Chiffre NR. 14416

38 Jahre, männlich
Lehrabschlüsse Anlagenmonteur, Maschinenbau, Informationstechnologie, Ausbildung Elektrotechnik
div. Zusatzausbildungen: Führung, Training im technischen Bereich

Erfahrung in folgenden Positionen:

Betriebsleiter, Ausbildungsleiter Technik

>> Internationaler Vertriebsleiter

Chiffre NR. 12205

37 Jahre, männlich
Matura, Post-Graduate „Master of International Business“, exzellentes Englisch, Spanisch
Zusatzausbildung: Projektmanagement

Erfahrung in folgenden Positionen:

Global Business Development Manager (Wholesale & Retail), International Sales Manager, Buying Manager

>> Bereichsleiter HR

Chiffre NR. 14788

38 Jahre, männlich
Neusprachliches Gymnasium, Studium Sozial- und Wirtschaftswissenschaften, Professional MBA-Studium
Zusatzausbildungen: Controlling und Personalcontrolling, Personalverrechnungslehrgang, Management-Training für Nachwuchs-Führungskräfte, diverse weitere Weiterbildungen (Führung, Rhetorik, Training, Recruiting)

Erfahrung in folgenden Positionen:

Assistenz der Geschäftsführung, HR-Management, Projektleiter im HRM, jeweils Non-Profit-Bereich