

Alois Obereder, Wien

Bestandschutz in Österreich

Übersicht:

- I. Allgemeines
- II. Versuch der systematischen Erfassung des Bestandschutzes unter verschiedenen Aspekten
 - A. Rechtswirkung der Normen des Bestandschutzes
 - B. Quelle des Bestandschutzes
 - C. Durch den Bestandschutz geschützter Kreis der ArbeitnehmerInnen
 - D. Zweck des Bestandschutzes
 - 1. Verhinderung verpönter Motive bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses
 - 2. Bestandschutz zur sozialen Absicherung
- III. Bestandschutznormen im weiteren Sinn
 - A. Bestandschutz bei einvernehmlicher Auflösung des Arbeitsverhältnisses
 - B. Bestandschutz bei befristeten Arbeitsverhältnissen
- IV. Sonderprobleme
 - A. Freie DienstnehmerInnen
 - B. Leitende Angestellte im Konzern und innerhalb des Konzerns delegierte Organe
- V. Ausblick

I. Allgemeines

Das österreichische Arbeitsrecht geht vom Prinzip der Kündigungsfreiheit aus. Kündigungsfreiheit meint, dass beide Arbeitsvertragsparteien grundsätzlich dazu berechtigt sind, das Arbeitsverhältnis nach Willkür zu beenden. Die Idee, die Kündigung durch den Arbeitgeber (AG) im Regelfall für unzulässig zu erklären, es sei denn, dieser kann deren Rechtfertigung im Einzelfall nachweisen, wie dies anlässlich der Schaffung des BRG 1947,¹⁾ einem der wesentlichen Vorgänger des heute in Geltung stehenden ArbVG, nach deutschem Vorbild debattiert worden war, konnte sich nicht durchsetzen.²⁾

Dessen ungeachtet hat der Gesetzgeber im Laufe der Zeit sukzessive Einschränkungen der Kündigungsfreiheit normiert, um dem Ungleichgewicht der Vertragsparteien bei privatautonomer Verhandlung über die Vereinbarung von Auflösungsmöglichkeiten des Arbeitsvertrags entgegenzuwirken. Ergebnis dessen ist, was nach dem österreichischen Arbeitsrecht unter Bestandschutz zu verstehen ist: damit meint man den Schutz bestehender Arbeitsverhältnisse vor de-

¹⁾ BGBI 1947/97.

²⁾ Trost in Strasser/Jabornegg/Resch (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Loseblatt) § 105 Rz 12; Kozak, Die Entwicklung des Arbeitsrechtes (Dissertation 2015) 111 f.

ren Beendigung durch die Abgabe einseitiger Willenserklärungen durch den AG. Der Arbeitnehmer (AN) soll davor bewahrt werden, aus Willkür des AG oder aus von der Rechtsordnung abgelehnten Gründen seinen Arbeitsplatz zu verlieren.³⁾ Arbeitsrechtlicher Bestandschutz setzt demnach das Vorhandensein effizienter Mittel voraus, um dem AN nach erfolgtem Kündigungs- oder Entlassungsausspruch die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über den Kündigungs- oder Entlassungszeitpunkt hinaus zu ermöglichen.⁴⁾

Einigkeit besteht darin, dass mithilfe der zur Verwirklichung dieser Zwecke gegebenen Bestandschutznormen dem AN die Grundlage seiner Existenz, Ausbildung und Betätigung unabhängig von seiner individuellen Verhandlungsmöglichkeit möglichst erhalten oder gesichert werden soll.⁵⁾ Schutzobjekt der einschlägigen Normen ist also das Arbeitsverhältnis als das für den AN für die Gewährleistung der Versorgung mit den Grundbedürfnissen maßgebliche Vertragsverhältnis. Überraschend ist in diesem Zusammenhang, dass dieser für die Praxis so elementare soziale Aspekt, dass nämlich die Verhältnisse des AN beachtet und aus diesem Grund der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses gewährleistet werden soll, rechtshistorisch jüngeren Ursprungs ist als das Anfechtungsrecht als solches. Der Bestandschutz wurde nämlich ursprünglich zur Bekämpfung von sittenwidrigen Beendigungen von Arbeitsverhältnissen geschaffen.⁶⁾ Seinen Ausgang nahm der Bestandschutz im österreichischen Arbeitsrecht in § 3 Abs 2 Z 9 BRG 1919.⁷⁾ Die Regelungen dieser Norm erlaubten es, die Beendigung von Arbeitsverhältnissen aus politischen, betriebsratspolitischen und koalitionspolitischen Gründen zu bekämpfen. Ebenso überraschend für eine von individualistischen Aspekten geprägten Gesellschaft ist weiters, dass der Bestandschutz sich aus der Betriebsverfassung heraus als Recht der Belegschaft und nicht als Instrument individueller Rechtsdurchsetzung entwickelt hat. Instrumente wie das Sperrrecht des Betriebsrats (BR) oder dessen Anfechtungspriorität im Fall des Widerspruchs gegen eine beabsichtigte Kündigung zeugen noch von diesem ursprünglich kollektiven Ansatz des Bestandschutzes.

Jene Normen, die aktuell die Beschränkung der Kündigung und der Entlassung vorsehen, also den besagten Bestandschutz gewährleisten, haben ihren Ursprung in verschiedensten Rechtsquellen, sind verschiedener Natur und verfolgen zum Teil vollkommen unterschiedliche Ziele. Gemeinsam ist allen diesen Bestandschutznormen im Grunde lediglich, dass sie auf die Sicherung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses ausgerichtet sind.⁸⁾

³⁾ Grillberger in *Floretta/Spielbüchler/Strasser* (Hrsg), *Arbeitsrecht I*⁴⁾ (1998) 364; Reissner, Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht⁵⁾ (2015) 78; Löschnigg, *Arbeitsrecht*¹²⁾ (2015) Rz 8/051.

⁴⁾ Trost in *Strasser/Jabornegg/Resch*, *ArbVG § 105 Rz 6 ff.*

⁵⁾ Schrank, *Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als Schutzobjekt der Rechtsordnung* (1982) 2.

⁶⁾ Trost in *Strasser/Jabornegg/Resch*, *ArbVG § 105 Rz 6 ff.*

⁷⁾ StGBI 1919/283.

⁸⁾ Diese Zersplitterung der Bestandschutznormen beklagte *Strasser* (Der Bestandschutz des Dienstverhältnisses und die Kodifikation des Arbeitsrechtes, DRDA 1955, H 18/19, 24 ff) bereits in den 50er-Jahren.

Zu den Normen des Bestandschutzes im eigentlichen Sinn, die für den AG die Kündigungs- und Entlassungsmöglichkeit einschränken sollen, treten allerdings weitere Normen, die – auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen und im Fall der einvernehmlichen Auflösung – den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses für eine weitere Frist oder auf unbestimmte Zeit gewährleisten sollen. Dabei handelt es sich um einen Normenbestand, den man als Bestandschutznormen im weiteren Sinn bezeichnen kann.

Allen diesen Normen ist gemeinsam, dass sie in die privatautonome Gestaltungs- und Beendigungsmöglichkeit des Arbeitsvertrags eingreifen. Gerecht fertigt wird dies damit, dass die Sicherung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses „*ohne Zweifel zu den Grundanliegen jeder vorrangig vom Arbeitnehmerschutzgedanken geprägten Arbeitsrechtsordnung gehört*“.⁹⁾ Allerdings muss dabei beachtet werden, dass dieser Eingriff nur unter bestimmten Voraussetzungen als angemessen erachtet wird, weshalb der Gesetzgeber diesen Bestandschutz nur bei bestimmten AN-Gruppen und nur aus ganz bestimmten Gründen für zulässig erachtet,¹⁰⁾ mithin eine Sachlichkeitskontrolle¹¹⁾ vorsieht.

II. Versuch der systematischen Erfassung des Bestandschutzes unter verschiedenen Aspekten

Um einen Überblick über den Stand des Bestandschutzes in Österreich zu schaffen, wird im Folgenden versucht, die einschlägigen Normen je nach deren Zweck, deren Adressatenkreis, deren Wirkung und deren Ursprung einer Systematisierung zu unterziehen. Auf diese Weise soll ein Eindruck von der Vielfältigkeit des Bestandschutzes und ein Problembewusstsein dafür geschaffen werden, dass die Berufung auf den Bestandschutz in verschiedenen Situationen auch Unterschiedliches bedeutet. Die Normen des Bestandschutzes, deren Wirkung und deren Ziele werden daher im Folgenden in unterschiedlichen Systemen beschrieben, wobei teilweise Überschneidungen der behandelten Stoffe nicht zur Gänze hintan gehalten werden können.

A. Rechtswirkung der Normen des Bestandschutzes

1. Anfechtungsnormen: Zunächst gibt es Normen des Bestandschutzes, die darauf abzielen, eine bereits abgegebene und grundsätzlich rechtswirksame Beendigungserklärung – dies ist ja gerade der Reflex der in Österreich geltenden Kündigungsfreiheit – durch das Gericht für rechtsunwirksam erklären zu lassen. Das Arbeitsverhältnis endet in diesen Fällen zu jenem Zeitpunkt, zu dem der AG dessen Beendigung wünscht. Dem AN selbst oder in einigen Fällen einem Dritten steht jedoch eine Anfechtungsklage, die in Form einer Rechtsgestaltungsklage einzubringen ist, zur Verfügung.

⁹⁾ Schrank, Fortbestand 2.

¹⁰⁾ Burger-Ehrnhofer/Drs, Beendigung von Arbeitsverhältnissen (2014) 267.

¹¹⁾ Drs, Allgemeiner Kündigungs- und Entlassungsschutz, in Resch (Hrsg), Kündigungs- und Entlassungsschutz: Aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung (2012) 15 (17 mwN).

Derartige Anfechtungsnormen finden sich im ArbVG, im GlBG und im AVRAG, aber auch im MSchG (§ 15u Abs 2) und im VKG (§ 8f Abs 2). § 105 ArbVG ist in diesem Zusammenhang als die Vorbild gebende Norm des allgemeinen Kündigungsschutzes besonders hervorzuheben, welcher die sonstigen Anfechtungsnormen des individuellen Bestandschutzes, was deren Wirkungsweise betrifft, nachgebildet wurden.

Vorsicht ist beim Begriff der „Anfechtung“ insofern geboten, als die § 42 Abs 10 und § 45 Abs 6 VBO 1995 vorsehen, dass eine Kündigung oder eine Entlassung eines Wiener Vertragsbediensteten innerhalb von vier Wochen nach Beendigung des Dienstverhältnisses „anzufechten“ ist. Regeln wollte der Wiener Landesgesetzgeber damit ganz offenkundig, dass dem Vertragsbediensteten nicht das Instrument der Rechtsgestaltungsklage zur Verfügung gestellt wird, sondern, dass vielmehr lediglich die Befristung für die Einbringungsmöglichkeit einer Klage auf Feststellung des aufrechten Bestands eines Arbeitsverhältnisses vorgesehen werden sollte.¹²⁾ Allerdings ist in diesem Zusammenhang die Frage aufzuwerfen, ob der Landesgesetzgeber die Gesetzterminologie einschlägiger bundesrechtlicher Vorschriften und deren klar umrissene Bedeutung kennen muss. Setzt man dies voraus, wird man unter Berücksichtigung der Auslegungsregelungen der §§ 6 f ABGB die oben angeführten Normen jedenfalls so verstehen müssen, dass für Wiener Vertragsbedienstete, die kürzer als drei Jahre beschäftigt sind (§ 42 Abs 1 VBO 1995), ein eigenes Anfechtungsrecht geschaffen wurde. Zur Feststellungsklage würde in diesen Fällen somit die Anfechtungsklage als ein weiteres Instrument zur Rechtsdurchsetzung hinzutreten, waren die Wiener Vertragsbediensteten doch zuvor von einer derartigen Möglichkeit der Bekämpfung einer von AG-Seite ausgehenden Vertragsauflösung ausgeschlossen.

2. Prozedurale Normen: Andere Normen des Bestandschutzes verlangen die Einhaltung von spezifischen Verfahren vor oder nach Abgabe der Beendigungserklärung. Dieses Verfahren kann so gestaltet sein, dass dessen Einhaltung überhaupt erst die Voraussetzung dafür darstellt, eine Beendigungserklärung rechtswirksam abgeben zu können. Andererseits kann ein derartiges Verfahren aber auch so gestaltet sein, dass nachträglich im Rahmen dieses Verfahrens für eine bereits ausgesprochene Beendigungserklärung dessen Wirksamkeit erst zu schaffen ist.

2.1 Diese Normen können wiederum verschiedener Natur sein. Einerseits kann von **Informationsnormen** gesprochen werden. So verlangt § 105 Abs 1 ArbVG, dass der Betriebsinhaber vor jeder Kündigung eines AN den BR zu verständigen hat, der innerhalb einer Woche hierzu Stellung nehmen kann. Gem Abs 2 leg cit hat der Betriebsinhaber auf Verlangen des BR mit diesem innerhalb der Frist zur Stellungnahme über die Kündigung zu beraten. Eine vor Ablauf dieser Frist ausgesprochene Kündigung ist rechtsunwirksam, es sei denn, der BR hat eine Stellungnahme bereits abgegeben. Im Fall einer trotz Verletzung der Informationsnorm abgegebenen Beendigungserklärung ist die Beendigung dann auch nicht anzufechten, sondern – der Rechtsunwirksamkeit der Beendigungser-

¹²⁾ Blg 2013/28 zu Wr. LGBl 2013/49: „Dadurch ist sichergestellt, dass den Vertragsbediensteten ein angemessener und zur Meinungsbildung ausreichender Zeitraum für die Einbringung einer Klage auf Fortbestand des Dienstverhältnisses zur Verfügung steht.“

klärung wegen – eine Klage auf Feststellung des aufrechten Bestands des Arbeitsverhältnisses einzubringen. Im Gegensatz dazu ist die Regelung des § 106 Abs 1 ArbVG, wonach der Betriebsinhaber den BR von jeder Entlassung eines AN unverzüglich zu verständigen und innerhalb von drei Arbeitstagen nach erfolgter Verständigung auf Verlangen des BR mit diesem die Entlassung zu beraten hat, lediglich eine Ordnungsvorschrift,¹³⁾ deren Missachtung die Wirksamkeit einer ausgesprochenen Entlassung unberührt lässt.¹⁴⁾ Nach der Bestimmung des § 45a Abs 5 AMFG bewirkt die Nichteinhaltung des sog Frühwarnsystems, also die Meldung von jeweils der Anzahl nach bestimmten Auflösungen von Arbeitsverhältnissen innerhalb des Zeitraums von 30 Tagen beim zuständigen AMS, die Rechtsunwirksamkeit von Kündigungen aber auch von einvernehmlichen Auflösungen, sofern Kündigungsausspruch und/oder Vereinbarung der einvernehmlichen Auflösung in den Zeitraum von 30 Tagen fallen.¹⁵⁾

2.2 Daneben existieren **materielle Prüfnormen**. Die Kündigung oder die Entlassung von Personen, die im Hinblick auf ihre Tätigkeit im Rahmen der Betriebschaftsvertretung gem §§ 120 ff, 130 Abs 4 ArbVG oder aufgrund des MSchG, des VKG oder des APSG einen Kündigungs- und Entlassungsschutz genießen, oder die als Personen aus dem Kreis der begünstigten Behinderten gem BEinstG dem dort in § 8 statuierten Kündigungsrecht unterliegen, bedarf entweder einer vorhergehenden oder einer nachträglichen Genehmigung durch das Gericht, oder – im Fall des § 8 BEinstG – der Verwaltungsbehörde. Aufgabe der Behörde ist es, das Vorliegen der inhaltlichen Erfordernisse für die Erteilung ihrer Zustimmung zu prüfen.

2.3 Weitere prozedurale Normen sind als **Schlichtungsnormen** zu verstehen. § 7k Abs 1 BEinstG bestimmt, dass eine Anfechtungsklage nach § 7f BEinstG wegen Diskriminierung im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses iSd § 7b BEinstG nur erhoben werden kann, wenn in der Sache vorher beim Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen (Sozialministeriumservice) ein Schlichtungsverfahren gem §§ 14 ff BGStG durchgeführt wurde. Die Klage ist nur zulässig, wenn nicht im Fall einer Kündigung oder Entlassung innerhalb eines Monats ab Einleitung des Schlichtungsverfahrens eine gütliche Einigung erzielt worden ist. Der Kläger hat der Klage eine Bestätigung des Sozialministeriumservices darüber anzuschließen, dass keine gütliche Einigung erzielt werden konnte. Dieses Schlichtungsverfahren muss gem § 7o BEinstG auch im Fall sog Mehrfachdiskriminierungen eingehalten werden. Sobald eine betroffene Person einen Diskriminierungstatbestand des § 7b Abs 1 BEinstG und einen Diskriminierungstatbestand des GlBG geltend macht, sind alle Diskriminierungstatbestände zunächst vor der Schlichtungsstelle zu behandeln.¹⁶⁾

2.4 Die Rechtswirksamkeit der Beendigung kann weiters von der Durchführung eines **Disziplinarverfahrens** abhängig gemacht werden. Die Zulässigkeit derartiger Regelungen hängt dabei immer davon ab, wie weit der Regelungsum-

¹³⁾ OGH 4 Ob 144/65 Arb 8187.

¹⁴⁾ *Trost in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 105 Rz 3.

¹⁵⁾ OGH 9 ObA 76/09f infas 2010 A 15.

¹⁶⁾ *Hopf/Mayr/Eichinger*, Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2011) § 7o BEinstG Rz 1.