Teil 1: Allgemeiner Kündigungs- und Entlassungsschutz

Zunächst gehe ich umfassend auf den allgemeinen Kündigungs- und Entlassungsschutz ein. Im Anschluss folgt ein vertiefter Überblick über den besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutz in verschiedenen Gesetzen.

1. Entstehungsgeschichte

Zum leichteren Verständnis der Geschichte des Kündigungs- und Entlassungsschutzes sind zwei terminologische Klarstellungen sinnvoll. Während wir heute scharf zwischen **Kündigung** als einer in der Regel fristgebundenen und nicht begründungsbedürftigen Beendigung des auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsvertrages und **Entlassung** als einer fristlosen und an bestimmte Gründe gebundenen Beendigung unterscheiden, wurde früher zwischen beiden Formen der Beendigung häufig sprachlich nicht unterschieden. Man sprach in beiden Fällen von Kündigung, wobei dann von einer fristgebundenen und einer fristlosen Kündigung die Rede war. Zum anderen gab es für die durch Gesetz vorgesehene betriebliche Arbeitnehmervertretung im Laufe der Zeit verschiedene Bezeichnungen. Im folgenden Text wird dafür einheitlich der moderne Begriff Betriebsrat verwendet.

Das Thema Kündigungs- und Entlassungsschutz taucht das erste Mal im **Betriebsrätegesetz (BRG) 1919**[1]) auf. Sein Entwurf wurde im Sozialisierungsausschuss der Konstituierenden Nationalversammlung[2]) ausgearbeitet und sollte ein Baustein zur Verwirklichung der Sozialisierung der gesamten Wirtschaft sein. Es ging daher nicht so sehr um den Schutz des einzelnen Arbeitnehmers, sondern vielmehr um die Stärkung der neuen Betriebsräte und um die Absicherung der Koalitionsfreiheit. So wurde die Durchsetzung des Kündigungsschutzes ausschließlich in die Hände der Betriebsräte gelegt und deren Position auf diese Weise sowohl dem Arbeitgeber als auch den einzelnen Arbeitnehmern gegenüber gestärkt. Das zentrale Anliegen bestand darin, die Betriebsratsmitglieder bei der Ausübung

---

[1]) StGBl 1919/283.

[2]) Vorlage der Staatsregierung, 164 BlgKNV.

ihrer Tätigkeit zu schützen. Arbeitgeber durften sie ohne Zustimmung des Einigungsamts nur entlassen, wenn sie einen der gesetzlichen Entlassungstatbestände verwirklicht hatten. Kündigungen oder Entlassungen von Mitgliedern des Betriebsrats aus allen anderen Gründen (etwa wegen Betriebsschließungen[3]) oder Betriebseinschränkungen[4])) bedurften hingegen stets der Zustimmung des Einigungsamts. Auch der scheinbar den einzelnen Arbeitnehmern gewährte Schutz diente der Stärkung des Betriebsrats und der Sicherung der vom BRG anvisierten sozialpolitischen Zielsetzungen. Denn nur der Betriebsrat konnte die Kündigung oder Entlassung eines Arbeiters oder Angestellten vor dem Einigungsamt anfechten und dies ausschließlich wegen drei verpönter *politischer* Motive, die alle mit der kollektivrechtlichen Zielsetzung des BRG zusammenhingen:[5]) Die Anfechtung musste sich auf die Behauptung stützen, dass der Arbeitgeber die Beendigung des Dienstverhältnisses (1) aus politischen Gründen, (2) wegen der Tätigkeit als Mitglied des Betriebsrats oder (3) wegen der Inanspruchnahme des Vereins- oder Koalitionsrechts vorgenommen hat. Dieser Schutz kam daher auch nur jenen Arbeitnehmern zugute, die in einem Betrieb beschäftigt waren, in dem es einen Betriebsrat gab. Hielt das Einigungsamt eine Anfechtung für begründet, war die ausgesprochene Kündigung oder Entlassung unwirksam. Diese Einigungsämter[6]) waren als besondere regionale Verwaltungsbehörden eingerichtet, die in Senaten verhandelten und entschieden. Geleitet wurden sie von einem von der Regierung bestellten Vorsitzenden (oder einem seiner Stellvertreter), die Mitglieder setzten sich aus einer gleichen Anzahl von Vertretern der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer zusammen, die jeweils über Vorschlag ihrer Berufsvereinigungen ernannt wurden.

Die Betriebsräte sollten, im Sinne der anvisierten Sozialisierung der Betriebe, nicht Individualinteressen, sondern die Interessen der von ihnen repräsentierten Belegschaft vertreten. Bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe mussten sie daher die betroffenen Arbeitnehmer nicht einmal befragen und konnten nach eigenem Ermessen entscheiden, ob sie eine Anfechtung vornehmen oder unterlassen wollen. Auch die verfahrensrechtliche Ausgestaltung entsprach der damaligen politischen Zielsetzung. Die Wahrnehmung des Kündigungs- und Entlassungsschutzes wurde nicht den Gerichten, sondern sozialpartnerschaftlich organisierten Entscheidungsinstanzen übertragen, in denen Vertreter der Gewerkschaften eine maßgebliche Rolle spielten.

---

[3]) Siehe etwa EA St.Pölten 10. 4. 1924, GewSlg 3259.
[4]) EA Wien 26. 1. 1921, GewSlg 2963.
[5]) § 3 Z 9 BRG.
[6]) Siehe das Einigungsamtsgesetz StGBl 1920/16.

Das etwa gleichaltrige **deutsche Betriebsrätegesetz 1920**[7]) sah einen gemischt individual- und kollektivrechtlich ausgestalteten Kündigungsschutz vor. Auch er wirkte sich nur in Betrieben aus, in denen es Betriebsräte gab. Der gekündigte Arbeitnehmer konnte gegen die Kündigung einen Einspruch an den Betriebsrat richten.[8]) Die Gründe für einen Einspruch waren jedoch – anders als in Österreich – auf die Interessen des einzelnen Arbeitnehmers und nicht auf jene der Belegschaft zugeschnitten. Der Arbeitnehmer konnte sich darauf berufen, dass die Kündigung (1) auf ein verpöntes Motiv oder (2) auf seine Weigerung zurückging, dauernd andere als die vereinbarte Arbeit zu leisten; (3) dass der Arbeitgeber die Gründe für die Kündigung nicht angegeben hatte; (4) dass der Arbeitnehmer unberechtigt entlassen wurde; (5) dass die Kündigung für den Arbeitnehmer eine unbillige, nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingte Härte darstellte.[9]) Nur wenn der Betriebsrat den Einspruch für begründet hielt und bescheinigte, sich mit dem Arbeitgeber nicht über die Weiterbeschäftigung geeinigt zu haben, konnte ein paritätisch aus Vertretern der Arbeitnehmer und Arbeitgeber zusammengesetzter Schlichtungsausschuss[10]) entweder durch den Betriebsrat oder den gekündigten Arbeitnehmer angerufen werden. Dem Betriebsrat kam also ein Sperrecht zu. Wie in Österreich war zur Entscheidung kein Gericht zuständig.[11]) Die Rechtsfolgen waren jedoch unterschiedlich. Hielt der Schlichtungsausschuss den Einspruch für gerechtfertigt, musste der Arbeitgeber entweder die Kündigung zurücknehmen oder eine vom Schlichtungsausschuss festgesetzte Entschädigung an den Arbeitnehmer leisten.[12])

Das BRG 1920 wurde 1934 in Deutschland durch das nationalsozialistische **Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit** (AOG)[13]) abgelöst, das bis zur Nachkriegszeit auch in Österreich galt. Es ersetzte im Sinne des Führerprinzips die Betriebsräte durch Vertrauensmänner mit lediglich beratender Funktion, die unter der Leitung des Betriebsführers den Vertrauensrat bildeten. Ein gekündigter Arbeitnehmer konnte beim Arbeitsgericht auf Widerruf der Kündigung klagen, wenn er bereits mindestens

---

[7]) Vom 4. 2. 1920, RGBl S 147.

[8]) § 84 BRG.

[9]) Detailliert zur Entwicklung des Schutzes bei Sozialwidrigkeit in Österreich und Deutschland einschließlich Judikatur s *Hutter*, 21 ff.

[10]) Verordnung vom 23. 12. 1918, RGBl Nr 6605, über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten.

[11]) Dieses konnte nur angerufen werden, wenn eine fristlose Entlassung ausgesprochen wurde. In diesem Fall musste der gleichzeitig angerufene Schlichtungsausschuss sein Verfahren unterbrechen (§ 86 Abs 2 BRG).

[12]) §§ 86 f BRG.

[13]) Vom 20. 1. 1934, RGBl S 45.

ein Jahr im Betrieb beschäftigt war. Die Kündigung war nur dann zu widerrufen, wenn sie für den Arbeitnehmer unbillig hart und nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt war. Gab es im Betrieb einen Vertrauensrat, musste der Arbeitnehmer lediglich eine Bescheinigung beibringen, dass die Kündigung im Vertrauensrat ergebnislos beraten worden war. Damit war das Sperrecht von Belegschaftsvertretern gefallen und der Kündigungsschutz individualrechtlich konzipiert. An die Stelle des Schlichtungsausschusses trat das Arbeitsgericht. Nichts geändert wurden an den Rechtsfolgen. Gab das Gericht der Klage statt, so hatte der Arbeitgeber die Wahl, entweder die Kündigung zurückzunehmen oder dem Arbeitnehmer eine vom Gericht festgesetzte Entschädigung zu zahlen.[14])

Nach Kriegsende wurde das neue österreichische **Betriebsrätegesetz 1947** erlassen.[15]) Es kehrte beim Kündigungs- und Entlassungsschutz zu den Grundprinzipien des BRG 1919 zurück und unterschied zwischen einem allgemeinen Kündigungs- und Entlassungsschutz einerseits[16]) und dem Sonderschutz für Betriebsratsmitglieder[17]) andererseits. Beide setzten voraus, dass es sich um einen betriebsratspflichtigen Betrieb handelte und der Arbeitnehmer nicht zu den leitenden Angestellten zählte. Vor jeder Kündigung musste der Betriebsrat informiert werden und konnte dazu innerhalb von drei Tagen Stellung nehmen. Stimmte er der Kündigung zu oder gab fristgerecht keine Erklärung ab, war sie unanfechtbar. Widersprach er ihr jedoch, konnte sie der Betriebsrat auf Verlangen des gekündigten Arbeitnehmers vor dem zuständigen Einigungsamt anfechten. Nur dann, wenn dies der Betriebsrat nicht fristgerecht tat oder die Bestellung eines Betriebsrats unterblieben war, konnte der Arbeitnehmer selbst anfechten. Die Anfechtung konnte sich auf die schon im BRG 1919 erwähnten verpönten Motive (**Motivkündigung**) oder, wenn der Gekündigte schon mindestens seit sechs Monaten im Betrieb beschäftigt war – dem deutschen Modell folgend – darauf stützen, dass die Kündigung für den Arbeitnehmer (1) eine soziale Härte bedeutet und zudem (2) in den Betriebsverhältnissen nicht begründet ist (**sozialwidrige Kündigung**). Gegen eine fristlose Entlassung konnte der Arbeitnehmer beim Einigungsamt einen Antrag auf Unwirksamkeit stellen, wenn der Betriebsrat bescheinigte, dass er mit dem Arbeitgeber die Frage erfolglos diskutiert hatte, ob die Entlassung nur zur Umgehung der Kündigungsschutzbestimmungen ausgesprochen worden war. Auch diese Bestimmung folgte dem deutschen Ansatz. Gab das Einigungsamt einer Anfechtung statt, galt die Kündigung

[14]) §§ 56 f AOG.
[15]) BGBl 1947/97.
[16]) § 25 BRG.
[17]) § 18 BRG.

oder Entlassung als unwirksam. Das Wahlrecht des Arbeitgebers, statt der Weiterbeschäftigung eine Entschädigung zu bezahlen, wurde hingegen nicht aus dem deutschen Recht übernommen. Durch das Sperrecht des Betriebsrats und die Wiedereinführung des Einigungsamts als Entscheidungsinstanz wurde der Kündigungsschutz, der österreichischen Tradition folgend, wieder kollektivrechtlich ausgestaltet.

Mitglieder des Betriebsrats (Ersatzmitglieder, Mitglieder des Wahlvorstandes und Wahlwerber) konnten wirksam nur mit vorheriger Zustimmung des Einigungsamts gekündigt oder entlassen werden. Die Zustimmung zur Kündigung durfte nur erteilt werden, (1) wegen vorübergehenden Betriebseinschränkungen, wenn das Mitglied ohne Schaden für den Betrieb nicht weiterbeschäftigt werden konnte, (2) wenn das Mitglied voraussichtlich für absehbare Zeit arbeitsunfähig wurde oder (3) das Mitglied seine dienstvertraglichen Pflichten beharrlicht verletzt hatte und dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung nicht zugemutet werden konnte. Eine Zustimmung zur Entlassung setzte voraus, dass das Betriebsratsmitglied im Wesentlichen einen der auch für einfache Arbeitnehmer geltenden verschuldeten Entlassungstatbestände gesetzt hat, wobei zum Teil jedoch die Zustimmung zu verweigern war, wenn das Verhalten in Ausübung des Mandats gesetzt war.

Das BRG 1947 wurde durch das **Arbeitsverfassungsgesetz 1973**[18]) ersetzt. Es übernahm dessen Struktur mit dem Einigungsamt als Entscheidungsorgan, der Beschränkung des Schutzes auf Arbeitnehmer in betriebsratspflichtigen Betrieben (ausgenommen leitende Angestellte) und der Unterscheidung zwischen Motiv- und sozialwidriger Kündigung.[19]) In beiden Fällen konnte der Betriebsrat die Anfechtung zwar durch seine Zustimmung, nicht jedoch durch sein Schweigen, ausschließen. Das Sperrecht des Betriebsrats blieb somit nur mehr eingeschränkt erhalten. In betriebsratspflichtigen Betrieben, in denen keine Betriebsräte bestehen, konnte der Arbeitnehmer unmittelbar selbst anfechten. Die Liste verpönter Motive wurde erweitert und die Beweislage verändert: beide Seiten müssen die Motive nur glaubhaft machen, entscheidend war dann die größere Wahrscheinlichkeit. Präziser gefasst wurde die Sozialwidrigkeit. Die Kündigung galt nicht als sozialwidrig, wenn sie keine wesentlichen Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigte. Werden solche jedoch beeinträchtigt, konnte der Arbeitgeber die Kündigung nur mit Gründen in der Person des Gekündigten oder mit betrieblichen Erfordernissen rechtfertigen. Hatte der Betriebsrat bei betriebsbedingten Kündigungen ausdrücklich Widerspruch erhoben, so konnte eingewendet werden, dass der

[18]) BGBl 1974/72.
[19]) § 105 ArbVG.

Arbeitgeber einen vergleichbaren anderen Arbeitnehmer hätte abbauen müssen, den die Kündigung weniger hart treffen würde (**Sozialvergleich**). Gab das Einigungsamt der Anfechtung statt, war die Kündigung unwirksam. Der Entlassungsschutz blieb einschließlich des Sperrrechts des Betriebsrats unverändert: er bezog sich nur auf Fälle, in denen der Arbeitnehmer keinen Entlassungsgrund gesetzt hat und ein Kündigungsanfechtungsgrund vorlag. Nur auf diese Weise konnte die Fortsetzung des Dienstverhältnisses erreicht werden, da vor den Arbeitsgerichten nur Geldentschädigung verlangt werden kann.

Der Kündigungs- und Entlassungsschutz von Betriebsratsmitgliedern (ihnen Gleichgestellten) blieb im Wesentlichen unverändert.[20])

Die **Novellen zum ArbVG** haben vor allem das Sperrrecht des Betriebsrats bei Motivkündigungen beseitigt[21]) und damit den Kündigungsschutz in diesen Fällen individualisiert. Für Nachtschichtschwerarbeiter[22]) und ältere Arbeitnehmer[23]) wurde ein erhöhter Schutz eingebaut. Schließlich wurde auch die Liste der verpönten Motive ausgebaut.[24]) Verfahrensrechtlich trat an die Stelle des Einigungsamts das Arbeitsgericht.[25])

2. Anwendungsbereich des allgemeinen Kündigungs- und Entlassungsschutzes

Obwohl sich der Ausdruck *allgemeiner Kündigungs- und Entlassungsschutz*, für die im ArbVG in den §§ 105 – 107 und 120 – 122 ArbVG enthaltenen Bestimmungen durchgesetzt hat, ist der Schutz nicht allgemein, bezieht er sich doch nur auf Arbeitnehmer, die vom Betriebsverfassungsrecht erfasst und in betriebsratspflichtigen Betrieben beschäftigt werden. Arbeitnehmer in Kleinstbetrieben werden ebenso wenig erfasst wie leitende Angestellte. Der Schutz wird deshalb als allgemein bezeichnet, weil er nicht auf bestimmte Arbeitnehmergruppen oder bestimmte Sonderverhältnisse zugeschnitten ist. Diese Terminologie wird auch hier verwendet.

---

[20]) §§ 120 ff ArbVG.
[21]) BGBl 1990/411.
[22]) BGBl 1981/354.
[23]) BGBl 1976/387, 1992/503, I 2010/101.
[24]) BGBl 1981/354, 1988/30, 1996/601.
[25]) BGBl 1985/563.

2.1 Überblick

Das Betriebsverfassungsrecht will den Arbeitnehmern Mitwirkungsrechte gegenüber ihrem Arbeitgeber einräumen. Dazu würde es an sich ausreichen, für sämtliche Arbeitnehmer eines Arbeitgebers ein einziges, sie alle repräsentierendes Vertretungsorgan einzurichten. Diese Lösung wäre jedoch im Hinblick auf die unterschiedlichen Größenverhältnisse und Formen, in denen Arbeitgeber ihre Unternehmen organisieren können, zu undifferenziert. Beschäftigt ein Arbeitgeber nur sehr wenige Arbeitnehmer, kann man davon ausgehen, dass zwischen den beiden Seiten ein ständiger und transparenter Kommunikationsfluss besteht, der intermediäre Einrichtungen unnötig erscheinen lässt.[26]) Der politische Kompromiss, die Grenze für die Bestellung von Betriebsräten bei mindestens fünf dauerhaft beschäftigten Arbeitnehmern zu ziehen (**betriebsratspflichtige Betriebe**),[27]) besitzt daher eine sachliche Grundlage. Da der Kündigungs- und Entlassungsschutz kollektivrechtlich aufgebaut ist, hat dies notwendigerweise zur Konsequenz, dass er keine Arbeitnehmer erfasst, die in diesen Kleinstbetrieben beschäftigt werden. Dass bei der Ermittlung des Schwellenwertes Arbeitnehmer unter 18 Jahren nicht berücksichtigt werden, beruht hingegen auf der nicht nachvollziehbaren Ansicht des Gesetzgebers, die betrieblichen Interessen von Jugendlichen seien grundlegend von jenen der älteren Arbeitnehmer verschieden. Aus diesem Grund versagt er ihnen das Wahlrecht zum Betriebsrat und richtet für sie eine eigenständige Jugendvertretung ein,[28]) die jedoch nur die Anliegen der Jugendlichen gegenüber dem Betriebsrat vertreten kann.[29])

Arbeitgeber können ihre Unternehmen unterschiedlich strukturieren. Sie können sich die Leitung aller Arbeitsvorgänge selbst vorbehalten, was der Regelfall ist, wenn sie nur an einem Ort und in einer Branche tätig sind und wenige Arbeitnehmer beschäftigen. Erstreckt sich ihre Aktivität jedoch auf mehrere Standorte, auf verschiedene Branchen und/oder beschäftigen sie viele Arbeitnehmer, dann sehen sie sich in der Regel gezwungen, die ihnen Kraft der Arbeitsverträge zustehende Leitungsgewalt für bestimmte Bereiche jedenfalls so weit an andere abzugeben, als dies den laufenden Routinebetrieb betrifft. In diesem Ausmaß treten diese Führungspersonen dann an die Stelle des Arbeitgebers und werden zum Ansprechpartner der ihnen unterstellten Arbeitnehmer. Es ist daher sinn-

---

[26]) Vgl *Tomandl*, Betriebsverfassungsrechtliche Fragen des Kleinstbetriebes, ZAS 1981, 123 (126).

[27]) § 40 Abs 1 ArbVG.

[28]) § 123 ArbVG.

[29]) § 129 ArbVG.

voll, die Arbeitnehmervertretung auf dieser Ebene anzusiedeln, und genau das hat das ArbVG getan. Es fasst, wie noch näher zu zeigen sein wird, alle ausschließlich der Leitungsgewalt entweder des Arbeitgebers oder der delegierten Personen unterworfenen Arbeitnehmer unter dem Begriff **Betrieb** zu einer Organisationseinheit zusammen, für den jeweils ein Betriebsrat zu bestellen ist. Ist die Gesamtorganisation der bei einem Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmer stärker strukturiert, sodass sie mehrere Betriebe umfasst, sieht das Gesetz einen Überbau in Form des Zentralbetriebsrats vor, auf den er einzelne Aufgaben der Betriebsräte zur einheitlichen Wahrnehmung übertragen hat. Überdies kennt es noch weitere Arbeitnehmervertretungen für Konzerne[30]) und für europäische Unternehmen.[31]) Zu deren Aufgaben gehört jedoch nicht der Kündigungs- und Entlassungsschutz.[32]) Dieser fällt kraft Gesetzes in die alleinige Zuständigkeit entweder des Arbeiterbetriebsrats, des Angestelltenbetriebsrats oder des gemeinsamen Betriebsrats (in Hinkunft zusammenfassend als **Betriebsräte** bezeichnet), nicht jedoch des Zentralbetriebsrats.[33])

Am geltenden Recht kleben noch die Eierschalen des BRG 1947. Nach wie vor wird wegen seiner grundsätzlich kollektivrechtlichen Ausgestaltung der Kündigungs- und Entlassungsschutz Arbeitnehmern in Kleinstbetrieben versagt. Der lediglich für die Jahrgänge 1935 – 1942 bei Männern und 1940 – 1947 bei Frauen durch das AVRAG[34]) eingeräumte individualrechtliche Schutz bei sozialwidrigen Kündigungen ist bedeutungslos geworden, da er, auf das Jahr 2015 bezogen, nur Männer zwischen 73 und 80 Jahren und Frauen zwischen 61 und 68 Jahren erfasst. Diese Übergangsbestimmung wurde 2000 angesichts der Aufhebung der vorzeitigen Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit für pensionsnahe Jahrgänge vorgesehen und sollte die davon betroffenen Arbeitnehmer in Abhängigkeit von der voraussichtlichen Restlebensarbeitszeit bis zum gesetzlichen Pensionsantrittsalter schützen.[35]) Nach wie vor sind auch die leitenden Angestellten vom Kündigungs- und Entlassungsschutz ausgeschlossen, obwohl sich dies nicht mit ihrer Stellung als mit delegierter Leitungsgewalt im Betrieb ausgestatteten Personen begründen lässt. Auch sie können durch eine Kündigung in wesentlichen Interessen beeinträchtigt werden und verdienen daher einen gleichartigen Schutz.

Zunächst bedarf es der Klärung wichtiger Begriffe.

---

[30]) § 88a ArbVG.
[31]) §§ 171 ff ArbVG.
[32]) § 113 Abs 4 ArbVG.
[33]) § 113 Abs 1 – 4 ArbVG.
[34]) § 9 Abs 3 AVRAG.
[35]) AB 189 BlgNR 21. GP.