

ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT

Schwerpunkt

KaWeRÄG 2021

- > ECN+-RL: Anpassungen von KartG und WettbG
- > Ökologisierung
- > Missbrauchs- und Fusionskontrolle

Wettbewerbsansprüche
bei rechtswidriger Gewerbe-
ausübung

GRUG: Der neue objektive
Mangel

Corona und andere Ursachen:
Nachträgliche Preissteigerungen
bei Bauwerksverträgen II

Teilkündigung: Allgemeiner
Kündigungsschutz?

Down-Stream-Spaltung:
Bereinigung der Holding-
struktur und Steuerrecht

Kryptofonds: Komplexe
Verwahrung der Werte

NEU:
Recht hören.
Der ecolex-
Podcast!



ECOLEX.MANZ.AT

ISSN 1022-9418 Österreichische Post AG MZ 02Z032706 M Verlag Manz, Gutheil Schoder Gasse 17, 1230 Wien

Allgemeiner Kündigungsschutz bei Teilkündigung?

BEITRAG. Arbeitsrechtliche Teilkündigungen waren bislang nur bei entsprechender Vereinbarung oder bei besonders eigenständigen Vertragsinhalten innerhalb eines Arbeitsverhältnisses zulässig.¹⁾ Seit Inkrafttreten der arbeitsrechtlichen Homeoffice-Regelungen am 1. 4. 2021²⁾ wird man es häufiger mit Teilkündigungen zu tun haben: In Hinblick auf Homeoffice erklärt der Gesetzgeber Teilkündigungen (Wegfall des Homeoffice bei Fortbestand des Dienstverhältnisses) für zulässig. Ist der allgemeine Kündigungsschutz gem §§ 105–107 ArbVG auch auf Teilkündigungen anzuwenden? **ecolex 2021/619**



Mag. Dr. Johannes Winkler ist Rechtsanwalt in Linz.

A. Judikatur

1998 befasste sich der OGH³⁾ iZm der Bekämpfung einer Teilkündigung nicht mit dem allgemeinen Kündigungsschutz, sondern mit dem besonderen Kündigungsschutz eines Betriebsratsmitglieds gem § 120 ArbVG. Ohne ausführliche Begründung bejahte der OGH den Kündigungsschutz und vertrat den Standpunkt, dass gem § 120 ArbVG auch im Fall einer Teilkündigung eine (vorherige) gerichtliche Zustimmung erforderlich sei.

In einer E des OGH im Jahr 2005⁴⁾ ging es um die Frage der Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes gem § 105 ArbVG in Hinblick auf eine Teilkündigung einer leitenden Funktion. Das ErstG hatte § 105 ArbVG angewendet und die Teilkündigung wegen Nichteinhaltung des Vorverfahrens gem § 105 Abs 1 und 2 ArbVG für unwirksam erachtet. Das BerG war ebenfalls von der Geltung des § 105 ArbVG ausgegangen, vertrat jedoch die Ansicht, dass das Vorverfahren eingehalten worden sei, weil der Betriebsrat rechtzeitig (wenn auch nicht unter ausdrücklicher Bezugnahme auf § 105 ArbVG) von der beabsichtigten Maßnahme verständigt worden sei. Der OGH teilte den Standpunkt des BerG: § 105 ArbVG sei anzuwenden und das Vorverfahren gem § 105 Abs 1 und 2 ArbVG sei eingehalten worden. Im Übrigen hat der OGH den zweitinstanzlichen Aufhebungsbeschluss – wonach im zweiten Rechtsgang in erster Instanz insb (als Vorfrage) geklärt werden sollte, ob die Kündigung gem § 879 ABGB sittenwidrig sei – nicht beanstandet.

B. Lehre

Floretta⁵⁾ führt unter der Überschrift „Kündigungsschutz“ (ohne ausdrückliche Bezugnahme auf die damals noch seltenen Teilkündigungen) zum Gegenstand des allgemeinen Kündigungsschutzes Folgendes aus:

„Die Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die darauf gerichtet ist, das auf unbestimmte Zeit laufende Arbeitsverhältnis für die Zukunft zu beenden (...).“

Grillberger⁶⁾ äußert sich kritisch zur Anwendung des § 105 ArbVG auf Teilkündigungen durch den OGH: Ob es sich um eine Teilkündigung oder um einen Widerrufsvorbehalt handle, dürfe im Ergebnis keine Rolle spielen. Andererseits nimmt er den OGH in Schutz: Möglicherweise habe sich dieser nicht

näher mit der Ansicht der zweiten Gerichtsinstanz zu § 105 ArbVG befasst, weil es für den Ausgang im Verfahren ohne Belang gewesen sei: Die Teilkündigung sei ja vom Kläger auch mit dem Argument der Sittenwidrigkeit bekämpft worden und diese Frage sollte im zweiten Rechtsgang in erster Instanz geklärt werden.

Firlei⁷⁾ weist darauf hin, dass die durch Vorbehaltsklauseln bewirkten Vertragsänderungen von den Wirkungen her einer Versetzung deutlich näher seien als einer Beendigung. Die Zuordnung von Gestaltungsrechten, die lediglich eine Veränderung, aber keine Beendigung des Arbeitsverhältnisses bewirken, zum Versetzungsrecht spräche gegen eine Übertragung von Wertungen des Kündigungsschutzrechts auf Gestaltungsrechte wie zB Teilkündigung, auch wenn durch eine solche eine (anfechtbare) Änderungskündigung „angeblich“ umgangen werden könne.

Gahleitner⁸⁾ hält § 105 ArbVG in Hinblick auf Teilkündigungen für anwendbar und beruft sich auf die oben erwähnte E des OGH.⁹⁾

Trost¹⁰⁾ will bei Teilkündigungen alle Arten des Kündigungsschutzes und auch § 105 ArbVG anwenden. Sozialwidrigkeit gem § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG würde allerdings nur selten vorliegen, weil soziale Interessen oft nicht in ausreichendem Ausmaß beeinträchtigt seien; ausnahmsweise könne Sozialwidrigkeit zB dann vorliegen, wenn aufgrund einer Teilkündigung eine Koordination von Beruf und Betreuungspflichten nicht mehr möglich sei. Als Beispiel für ein verpöntes Kündigungsmotiv gem § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG bringt Trost den Fall

¹⁾ Reissner in ZellKomm³ § 20 AngG Rz 98.

²⁾ Insb § 2h AVRAG.

³⁾ 8 ObA 242/98s.

⁴⁾ 9 ObA 119/05y; DRdA 2006, 381 (Trost); wbl 2006, 85 (Grillberger).

⁵⁾ Floretta-Strasser, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975) 626.

⁶⁾ wbl 2006, 85ff, Entscheidungsbesprechung zu OGH 9 ObA 119/05y.

⁷⁾ Widerrufs- und Teilkündigungsrechte; Brodil, Civiles im Arbeitsrecht (2012) 45ff.

⁸⁾ Gahleitner/Mosler, Arbeitsverfassungsrecht⁵ § 105 ArbVG Rz 133.

⁹⁾ 9 ObA 119/05y.

¹⁰⁾ Trost zuletzt in Felten/Trost, Homeoffice (2021) 389f. Die Ausführungen der Autorin beziehen sich zwar speziell auf Teilkündigung von Homeoffice, beziehen sich aber – in Zusammenschau mit der von ihr zitierten früheren eigenen Publikation – auf arbeitsrechtliche Teilkündigungen allgemein.

ins Spiel, dass ein Arbeitnehmer auf sein gesetzliches Recht auf Bereitstellung digitaler Arbeitsmittel pocht und deshalb das Homeoffice gekündigt wird (Kündigungsanfechtung gem § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG).

C. Eigener Standpunkt

Zunächst ist vom Gesetzeswortlaut auszugehen. In der Stammfassung des § 105 ist (wie auch in der derzeit gültigen Fassung) von „Kündigung eines Arbeitnehmers“ die Rede. Zu berücksichtigen ist, dass der Wortlaut von § 105 ArbVG (§ 105 Abs 3 Z 2 lit b und Abs 3 a) ausdrücklich die „Weiterbeschäftigung“ des Arbeitnehmers als Schutzziel ins Treffen führt. Dass damit eine Weiterbeschäftigung zu unveränderten, „starrten“ Konditionen gemeint sein könnte, kann dem Gesetzeswortlaut nicht entnommen werden.

Durch das BG BGBl I 2017/37 wurde § 105 ArbVG novelliert. In Hinblick auf eine Sozialwidrigkeit der Kündigung eines älteren Arbeitnehmers wurde in den Gesetzeswortlaut aufgenommen, dass „Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess“ besonders zu berücksichtigen sind. Einer Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess bedarf es nur dann, wenn das gesamte Dienstverhältnis (und nicht bloß ein Teil davon) aufgelöst wurde.

Keinesfalls unberücksichtigt bleiben soll die Regierungsvorlage¹¹⁾ zur Stammfassung der §§ 105–107 ArbVG. Anknüpfend an den Gesetzeswortlaut „Kündigung eines Arbeitnehmers“ spricht die Regierungsvorlage die „Kündigung von Arbeitnehmern“ bzw „zu kündigende Personen“ an. Deutlich wird die Regierungsvorlage zu § 106 ArbVG:

„Da künftig die sachliche Berechtigung von Kündigungen in einem wesentlich stärkeren Ausmaß als bisher überprüfbar ist, muss auch die Lösung des Arbeitsverhältnisses durch Ausspruch einer (ungerechtfertigten) Entlassung vermieden werden.“

Entsprechend der Regierungsvorlage ging es somit sowohl bei § 105 als auch bei § 106 ArbVG um die Lösung des Arbeitsverhältnisses.

Der Kündigungsschutz nach § 105 ArbVG setzt nach zivilrechtlichen Grundsätzen eine gültige Kündigung voraus. Die Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung kann sich aus der Verletzung der Bestimmungen des besonderen Kündigungsschutzes oder eines gesetzlichen oder ausdrücklich vereinbarten Kündigungsverbots ergeben.¹²⁾

Eine Teilkündigung des Arbeitsvertrags ist grundsätzlich unzulässig (gesetzliches – wenn auch nicht ausdrückliches – Kündigungsverbot).¹³⁾ Ausnahmsweise zulässig¹⁴⁾ Teilkündigungen sind in Hinblick auf § 879 ABGB ähnlich zu beurteilen wie Widerrufsvorbehalte, die nur nach billigem Ermessen ausgeübt werden können.¹⁵⁾ Auch nach der Rsp zu § 879 ABGB darf der Arbeitgeber Änderungsvorbehalte (zu denen auch das Recht auf Teilkündigung gehört) nur nach billigem Ermessen ausüben.¹⁶⁾ Würde man eine Anfechtung einer Teilkündigung gem § 105 ArbVG für zulässig erachten, so wäre als Vorfrage die Wirksamkeit der Teilkündigung in Hinblick auf § 879 ABGB zu prüfen.

§ 879 ABGB bietet meines Erachtens einen ausreichenden Schutz vor „unbilligen“ – auch sozialwidrigen und motivwidrigen – Teilkündigungen. Dieser Schutz wurde – in Hinblick auf Homeoffice – durch § 2h Abs 4 AVRAG erweitert, zumal eine Teilkündigung von Homeoffice nur „bei Vorliegen eines wichtigen Grundes“ zulässig ist. Ohne ausreichenden Grund wäre eine Teilkündigung von Homeoffice gem § 2h Abs 4 AVRAG iVm § 879 ABGB jedenfalls nichtig.

Aufgrund von § 879 ABGB (bzw der dazu ergangenen arbeitnehmerfreundlichen Judikatur) bedarf es nicht des § 105 ArbVG in Hinblick auf Teilkündigungen. Zwar könnte sich ein Zusatznutzen des Arbeitnehmers bei der Anwendung von § 105 ArbVG insb aus der Beweiserleichterung des § 105 Abs 5 ArbVG ergeben; im Gegenzug hätte jedoch der Arbeitnehmer bei Anwendung von § 105 ArbVG die kurze Klagsfrist gem § 105 Abs 4 ArbVG einzuhalten.

Wenn *Trost* die Koordination von Beruf und Betreuungspflichten als Grund für eine mögliche Sozialwidrigkeit einer Teilkündigung von Homeoffice gem § 105 ArbVG ins Treffen führt, so ist dies nicht stimmig: Gem § 105 Abs 3 a und 3 b ArbVG genießen ältere Arbeitnehmer, bei denen Betreuungspflichten normalerweise eine geringere Rolle spielen, einen erhöhten Kündigungsschutz. Im Rahmen von § 879 ABGB können auch Betreuungspflichten junger Arbeitnehmer angemessen berücksichtigt werden.

Leider lässt der OGH im Rahmen der E 9 ObA 119/05y¹⁷⁾ eine ausführliche Auseinandersetzung mit den Gesetzesmaterialien und dem Schutzzweck von § 105 ArbVG vermissen. Der Einwand *Grillbergers*, der OGH habe sich in Hinblick auf die Anwendung von § 105 ArbVG eventuell nicht genau festlegen wollen, ist allerdings verfehlt: Hätte der OGH den Standpunkt vertreten, dass das Vorverfahren zu § 105 ArbVG (Verständigung des Betriebsrats) keine Rolle spiele, dann hätte er die Einhaltung des Vorverfahrens nicht bejaht, sondern diese Frage dahingestellt gelassen und ausdrücklich darauf hingewiesen, dass im zweiten Rechtsgang in erster Instanz nur noch § 879 ABGB (und die richtige Formulierung des Klagebegehrens) relevant sei.

ME ist § 105 ArbVG auf Teilkündigungen weder direkt noch analog anzuwenden. § 879 ABGB und die dazu ergangene Judikatur lassen keine Schutzlücke offen, die eine zweistufige Prüfung (§ 879 ABGB als Vorfrage, anschließend § 105 ArbVG) nahelegen würde. Es hat somit bei der Anwendung von § 879 ABGB zu bleiben. Wer entgegen diesem Standpunkt für eine (analoge) Anwendung von §§ 105–107 ArbVG plädiert, müsste konsequenterweise §§ 105–107 ArbVG auch auf die Ausübung eines vereinbarten Widerrufsrechts, wofür (im Gegensatz zu einer Teilkündigung) keine Frist einzuhalten ist, anwenden, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Derartige wurde allerdings – soweit überblickbar – noch niemals vertreten.

Wer eine Schutzlücke in der fehlenden Einbindung der Belegschaftsvertretung bei Teilkündigung sieht, die er durch Anwendung von §§ 105–107 ArbVG schließen möchte, der hätte diese (vermeintliche) Lücke nicht durch die Anwendung des allgemeinen Kündigungsschutzes zu schließen, sondern müsste eine (analoge) Anwendung von § 101 ArbVG (betriebsverfassungsrechtlicher Versetzungsschutz) prüfen.¹⁸⁾ Wird eine

¹¹⁾ 840 BlgNR 13. GP.

¹²⁾ *Wolligger* in ZellKomm³ ArbVG § 105 Rz 19.

¹³⁾ Ausnahmen: s FN 1 sowie Homeoffice gem § 2h Abs 4 AVRAG.

¹⁴⁾ Siehe FN 1.

¹⁵⁾ *Reissner* in ZellKomm³ § 20 AngG FN 96ff.

¹⁶⁾ *Kietzibl/Rebhahn* in ZellKomm³ § 879 ABGB Rz 34 mwN.

¹⁷⁾ Siehe oben A.

¹⁸⁾ Ähnlich *Firlei*, oben B. und FN 7.

Homeoffice-Vereinbarung gekündigt, dann ist § 101 ArbVG meist¹⁹⁾ direkt (und nicht bloß analog) anzuwenden.

Die Nichtanwendung von §§ 105–107 ArbVG bringt für potenzielle Kläger (Arbeitnehmer) folgenden Vorteil mit sich: Wäre § 105 ArbVG anzuwenden, dann müsste man bei einer Klage auch die mögliche Unwirksamkeit der Teilkündigung gem § 879 ABGB (Vorfrage) berücksichtigen. In diesem Sinne wäre bei Anwendung von § 105 ArbVG im Fall der Bekämpfung einer Teilkündigung (aus prozessualer Vorsicht) meist ein Hauptbegehren auf Feststellung des unveränderten Bestands des Dienstverhältnisses und ein Eventualbegehren auf Unwirksamklärung der Teilkündigung zu kombinieren, was den Vorteil des reduzierten Prozesskostenrisikos bei Kündigungsanfechtung gem § 105 ArbVG²⁰⁾ zunichtemacht. Wegen eines solchen Eventualbegehrens hätte der Kläger in Hinblick auf die kurzen Anfechtungsfristen gem § 105 Abs 4 ArbVG großen Zeitdruck: Nach Erhalt der Teilkündigung wäre (ohne außergerichtliche Verhandlungen) umgehend die Klage vorzubereiten und dann möglichst bald einzubringen. Ist jedoch (richtigerweise) kein Eventualbegehren auf Aufhebung der Kündigung zu erheben, so besteht für die Feststellungsklage in Hinblick auf § 879 ABGB wesentlich mehr Zeit, die durch

sorgfältige Vorbereitung und außergerichtliche Verhandlungen genützt werden kann. Somit können viele Gerichtsprozesse vermieden werden, die während des aufrechten Dienstverhältnisses für beide Parteien meist unangenehm sind.

Schlussstrich

Arbeitsrechtliche Teilkündigungen können (is der arbeitnehmerfreundlichen herrschenden Judikatur) gem § 879 ABGB wegen „Unbilligkeit“ oft nichtig sein, sie sind jedoch (im Unterschied zu Änderungskündigungen, die letztlich das gesamte Dienstverhältnis zur Auflösung bringen können) niemals gem § 105 ArbVG anfechtbar.

¹⁹⁾ Eine Ausnahme könnte zB vorliegen, wenn eine frühere Homeoffice-Vereinbarung wieder in Kraft tritt, die weniger Wochentage im Homeoffice vorsieht.

²⁰⁾ Vgl § 58 Abs 1 ASGG.