

Kündigungsfristen für Arbeiter in Saisonbranchen und Beweislast

Zur Klärung einer Streitfrage in zwei Akten – zugleich eine Besprechung von VfGH G 29/2024 und OGH 9 ObA 57/24h¹

Der Beitrag schnell gelesen

§ 1159 Abs 2 Satz 3 und Abs 4 Satz 3 ABGB ermächtigen bekanntlich die KollV-Parteien, für Arbeiter in (dort näher definierten) „Saisonbranchen“ abweichende Kündigungsregelungen, insb kürzere Kündigungsfristen, festzulegen. Nachdem der VfGH (G 29/2024) verfassungsrechtliche Bedenken, die gegen diese Bestimmungen in Stellung gebracht worden waren, jüngst ausräumte, stellte der OGH nunmehr in 9 ObA 57/24h klar, dass die Beweislast hinsichtlich des Nichtvorliegens einer Saisonbranche bei jener Vertragspartei liegt, die sich darauf beruft. Im Kündigungsentschädigungsverfahren hat sohin

der kl AN zu behaupten und zu beweisen, dass die KollV-Parteien zu Unrecht von der Regelungsermächtigung Gebrauch gemacht haben. Der Beitrag analysiert die beiden rezenten höchstgerichtlichen Entscheidungen.

Arbeitsrecht; Verfassungsrecht

§ 1159 Abs 2 Satz 3, Abs 4 Satz 3 ABGB; Art 18 B-VG
OGH 19. 9. 2024, 9 ObA 57/24h; VfGH 25. 6. 2024, G 29/2024

ZAS 2025/5



Mag. DOMINIK PRANKL, Rechtsanwalt.

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Ausgangsfall
- C. Verfassungsrechtliche Implikationen
 1. Verfassungsrechtliche Bedenken des OGH
 2. Die Entscheidung des VfGH
 3. Kritische Würdigung
 - a) Einordnung der verfassungsrechtlichen Bedenken
 - b) Rechtsicherheit durch Richtigkeitsgewähr des Kollektivvertrags
 - c) Verschiebung der Beweislast durch kollektive Vereinbarungen (§ 9 Abs 3 ArbVG)
- D. Die Entscheidung des OGH im fortgesetzten Verfahren
- E. Schluss aus Ausblick

A. Einleitung

Mit BGBl I 2017/153 wurde die Rechtsstellung der Arbeiter – einer langjährigen Forderung der AN-Verbände entsprechend – schrittweise (wenn auch nicht vollständig)² jener der Angestellten angeglichen. Seit 1. 1. 2021 gelten für Arbeiter im Wesentlichen dieselben Kündigungsfristen und -termine wie für Angestellte. Eine völlige Gleichstellung wurde indes nicht vollzogen. So ermächtigen § 1159 Abs 2 Satz 3 und Abs 4 Satz 3 ABGB die KollV-Parteien, für Saisonbranchen abweichende Kündigungsregelungen festzulegen (eine korrespondierende Regelung im Angestelltenrecht besteht nicht). Der OGH³ hat alsbald klargestellt, dass kürzere kollV-liche Kündigungsfristen auch dann einer Subsumtion unter die Ausnahmevorschrift zugänglich sind, wenn die fragliche KollV-Bestimmung vor Inkrafttreten der gesetzl Regelungsermächtigung geschaffen und über den 1. 1. 2021 hinaus beibehalten wurde.

Damit verlagerte sich das Problem zur Frage, welche Arbeitsvertragspartei im Individualprozess – praktisch ging es va um Verfahren, in denen AN mit der Behauptung, zu Unrecht entlas-

sen oder fristwidrig gekündigt worden zu sein, Kündigungsentschädigung geltend machten – die Behauptungs- und Beweislast dafür trägt, dass die in Frage stehende Branche tatsächlich eine Saisonbranche im Sinne des Gesetzes ist und die KollV-Parteien zu Recht von der Ermächtigung zur Festlegung kürzerer Kündigungsfristen Gebrauch gemacht haben. Die Lit ist hinsichtlich dieser Frage gespalten.⁴ Da dieser Beweis praktisch von keiner Seite zu erbringen ist, entscheidet die Zuweisung der Beweislast im Regelfall über Obsiegen und Unterliegen.

Vorläufiger Schlussstein dieser Diskussion sind zwei rezente höchstgerichtliche Entscheidungen, die einen Fall aus der Gastronomie betrafen. In 9 ObA 57/24h stellt der OGH nunmehr klar, dass derjenige die Behauptungs- und Beweislast für die rechtswidrige Inanspruchnahme der KollV-Ermächtigung trägt, der dies behauptet, dh die Wirksamkeit der KollV-Regelung in Frage stellt. Im Kündigungsentschädigungsprozess ist das der kl AN. Zuvor hatte der OGH allerdings den VfGH angerufen, weil er Zweifel hegte, ob der Umstand, dass die Beweisführung hinsichtlich des (Nicht-)Vorliegens einer Saisonbranche für beide Arbeitsvertragsparteien (mangels eigener Beurteilungsmöglichkeiten) eine unübersteigliche Hürde sei, verfassungsrechtlich hinnehmbar ist. Wiewohl der VfGH die Bedenken nicht teilte, war der Umweg über den VfGH mE für das richtige dogmatische Verständnis der KollV-Ermächtigung des § 1159 Abs 2 Satz 3 und Abs 4 Satz 3

¹ Abgedruckt in diesem Heft ab Seite 30.

² Vgl OGH 22. 1. 2020, 9 ObA 131/19h.

³ OGH 24. 3. 2022, 9 ObA 116/21f.

⁴ Die Beweislast bei AG-Kündigungen zutreffend beim (va Kündigungsentschädigung geltend machenden) AN verortend *Kietaibl*, Die Beweislastverteilung in Bezug auf das (Nicht-)Vorliegen einer Saisonbranche im Anwendungsbereich eines Kollektivvertrages mit abweichenden Kündigungsbestimmungen, ASoK 2023, 234 (242); *Noga*, Die gerichtliche Inhaltskontrolle abweichender kollektivvertraglicher Kündigungsfristen und -termine, ASoK 2022, 281 (290). Anders dagegen (Beweislast beim AG) *Nunner-Krautgasser*, Zur Beweislastverteilung betreffend das (Nicht-)Vorliegen einer Saisonbranche, öRdA-infas 2023, 72 (81); *Silbernagl*, Der Gordische Knoten der Kündigungsfristen bei Arbeiter-Dienstverhältnissen, ARD 6915/5/2025 (5); *Radlingmayr*, Zur Beweislast bei der Kündigungsfrist für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe, ecolx 2023, 516 (519).

ABGB aufschlussreich. Im Folgenden sollen diese beiden – jeweils überzeugenden – Entscheidungen kritisch gewürdigt werden.

B. Ausgangsfall

Anlass für die Befassung des OGH und des VfGH war folgender Fall: Der kl AN war bei der bekl AG als Kellner beschäftigt. Auf das AV war der KollV für Arbeiterinnen im Hotel- und Gastgewerbe anwendbar. Am 5. 10. 2021 wurde der Kl unter Einhaltung der kollv-lichen Kündigungsfrist von 14 Tagen (Pkt 21 lit a des KollV) gekündigt. Der Kl machte in der Folge Kündigungsschädigung wegen fristwidriger Kündigung geltend. Es sei die gesetzl Kündigungsfrist des § 1159 Abs 2 ABGB (konkret: sechs Wochen zum Quartal) einzuhalten gewesen. Die kollv-liche Kündigungsfrist sei nicht einschlägig, weil kürzere Kündigungsfristen gem § 1159 Abs 2 Satz 3 ABGB nur für Saisonbetriebe festgelegt werden dürften. Ein solcher liege nicht vor.

Das ErstG und das BerG gingen übereinstimmend von einer fristwidrigen Kündigung aus und sprachen die begehrte Kündigungsschädigung zu. Sie nahmen an, dass die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Saisonbranche den bekl AG treffe, der sich im konkreten Fall nicht einmal auf § 1159 Abs 2 Satz 3 ABGB berufen habe. Die Bekl rief den OGH daraufhin – zur Klärung der Behauptungs- und Beweislastverteilung – mit ao Rev an.

C. Verfassungsrechtliche Implikationen

1. Verfassungsrechtliche Bedenken des OGH

Der OGH schritt indes nicht sogleich zur Sachentscheidung, sondern rief wegen verfassungsrechtlicher Bedenken zunächst den VfGH an (OGH 9 ObA 38/23p). Die Formulierung „Überwiegen von Saisonbetrieben“ in § 1159 Abs 2 Satz 3 und Abs 4 Satz 3 ABGB, die Tatbestandsvoraussetzung für die Regelungsbefugnis der KollV-Partner ist, sei zu unbestimmt (Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art 18 B-VG). Ferner führe die Regelungsbefugnis zu unsachlichen Ergebnissen, weil die fehlende Differenzierung innerhalb der Branche bewirke, dass auch Nichtsaisonbetriebe in einer Saisonbranche in den Genuss der Privilegierung kürzerer Kündigungsfristen kommen, wiewohl die gesetzl Wertung⁵ auf sie nicht zutrefte (Verstoß gegen den Gleichheitssatz). Aus diesen Gründen beantragte der OGH die Aufhebung der KollV-Ermächtigung(en).

2. Die Entscheidung des VfGH

Der VfGH (G 29/2024) teilte die Bedenken des OGH nicht: Die verwendeten (unbestimmten) Gesetzesbegriffe seien verständlich und – wie auch die vorangegangene Rsp des OGH zeige – der Auslegung zugänglich. Der Branchenansatz, der für das kollektive Arbeitsrecht charakteristisch sei, erweise sich im Lichte des Sachlichkeitsgebots als nicht zu grob. Die gewählte typisierende Vorgangsweise liege im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum. Der Gesetzgeber dürfe (va zur Sicherstellung der einfachen Handhabbarkeit der Regelung) von einer Durchschnittsbetrachtung ausgehen und auf den Regelfall („Mehrheitsverhältnisse“) abstellen.

3. Kritische Würdigung

a) Einordnung der verfassungsrechtlichen Bedenken

Das – mE wenig überraschende – VfGH-Erkenntnis verdient Zustimmung. Die Problematik, die der OGH im Rahmen des Bestimmtheitsgebots aufgriff, wäre – wiewohl sich diese Themenkreise mitunter überschneiden⁶ – nach meinem Dafürhalten al-

lerdings im Lichte des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips zu diskutieren gewesen.

Der OGH monierte nämlich in Wahrheit weniger die unbestimmten Gesetzesbegriffe in § 1159 Abs 2 Satz 3 bzw Abs 4 Satz 3 ABGB und – kraft Verweises – in § 53 Abs 6 ArbVG, sondern die damit verbundenen Schwierigkeiten für die Arbeitsvertragsparteien, das Vorliegen/Nichtvorliegen einer Saisonbranche festzustellen und nachzuweisen. Ob eine Saisonbranche vorliegt und die KollV-Parteien daher zu Recht von der Regelungsbefugnis Gebrauch gemacht haben, setze umfassende Datenerhebung und -auswertung voraus. Dies sei von den Arbeitsvertragsparteien nicht zu bewerkstelligen. Außerdem könnten sich die Branchenverhältnisse ändern, wodurch ein weiterer Unsicherheitsfaktor hinzutrete. Es bestehe daher stets die Rechtsunsicherheit, unter Einhaltung welcher Fristen und Termine das AV gekündigt werden könne.

In Anspielung an eine bekannte Formulierung des VfGH⁷ ist zwar – um die Bedenken des OGH zusammenzufassen – kein archivarischer Fleiß zur Ermittlung des Sinngehalts des § 1159 Abs 2 Satz 3 und Abs 4 Satz 3 ABGB, wohl aber zur Ermittlung des (faktischen) Vorliegens der Tatbestandsmerkmale erforderlich. Der VfGH würdigte dieses Argument deshalb nicht im Detail, weil er darin (wohl zurecht) kein Bestimmtheitsproblem sah.

b) Rechtsicherheit durch Richtigkeitsgewähr des Kollektivvertrags

Die vom OGH angemeldeten Rechtssicherheitsbedenken verfangen mE aber ohnehin nicht, wenn man das Regelungskonzept, das hinter § 1159 Abs 2 Satz 3 und Abs 4 Satz 3 ABGB steht, – mit *Kietaibl*⁸ und *Noga*⁹ – richtig erfasst: Der Gesetzgeber überantwortet die Beurteilung, ob eine Saisonbranche vorliegt, nicht den Arbeitsvertragsparteien, in dem er etwa bereits auf gesetzl Ebene für Saisonbetriebe iSd § 53 Abs 6 ArbVG autoritativ kürzere Kündigungsfristen festlegt. Wäre dem so, bestünde tatsächlich eine bedenkliche Rechtsunsicherheit für die jeweils auflösungswillige Arbeitsvertragspartei, weil diese selbst beurteilen müsste, ob ein Saisonbetrieb vorliegt, um – abhängig von dieser Beurteilung – mit längerer oder kürzerer Frist zu kündigen. Redlichen Arbeitsvertragsparteien wäre diesfalls zu raten, zur Sicherheit die längere Frist einzuhalten. Das Sonderkündigungsrecht für Saisonbranchen verlöre damit weitgehend an Bedeutung.

Der Gesetzgeber hat sich indes für ein anderes Regelungsmodell entschieden, das die Verantwortung an die KollV-Parteien delegiert: Sie sollen beurteilen, ob eine Saisonbranche vorliegt und ob kürzere Kündigungsfristen notwendig sind.¹⁰ Legen die KollV-Parteien, von der Prämisse des Vorliegens einer Saisonbranche ausgehend, kürzere Kündigungsfristen fest, genießt diese Vereinbarung – einschließlich der Prämissen, auf denen sie

⁵ Der Normzweck liegt nach der Rsp (OGH 24. 3. 2022, 9 ObA 116/21f) darin, in Saisonbranchen durch die kürzeren kollv-lichen Kündigungsfristen eine relativ kurzfristige Anpassung des Personalstands zu ermöglichen, wenn und weil (insb witterungsbedingt) branchenspezifisch keine exakt voraussehbare Personalplanung möglich ist und insb auch Befristungsvereinbarungen nicht in jedem Fall ausreichen.

⁶ *Hiesel*, Entwicklungen der Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofes, ÖJZ 2016, 205 (210).

⁷ VfSlg 3130/1956.

⁸ *Kietaibl*, ASoK 2023, 234 (234ff).

⁹ *Noga*, ASoK 2022, 281 (281ff).

¹⁰ *Noga*, ASoK 2022, 281 (286f) dürfte sogar davon ausgehen, dass es dem Gesetzgeber mit der KollV-Ermächtigung (mangels ausreichender eigener Kenntnisse) nur darum ging, den KollV-Partner die Feststellung des Vorliegens einer Saisonbranche zu überlassen. Die Mat (StProt 199. Sitzung des NR, 25. GP 220f) legen aber eher nahe, dass den KollV-Parteien auch die Einschätzung überlassen werden sollte, ob für eine Saisonbranche auch kürzere Kündigungsfristen notwendig sind.

beruht (Saisonbranche) – Richtigkeitsgewähr.¹¹ Die Richtigkeitsgewähr wird im Übrigen dadurch verstärkt, dass die KollV-Parteien wohl überhaupt die einzigen Akteure sind, die einigermaßen beurteilen können, ob eine relevante Saisonbranche vorliegt.¹²

Die mit Richtigkeitsgewähr ausgestattete kollV-liche Kündigungsregelung schafft die Rechtssicherheit, die der OGH vermisst: Die vertragliche Abrede verschiebt nämlich – bereits nach allgemeinen Regeln¹³ – hinsichtlich der Vertragsinhalte die Beweislast. Derjenige, der die Rechts- oder Sittenwidrigkeit einer Vertragsbestimmung behauptet, dem obliegt auch der entsprechende Beweis. Ist der Beweis im Individualprozess – wie das hier zweifellos der Fall ist – schwer oder gar nicht zu erbringen, wird die Richtigkeitsgewähr nicht entkräftet werden können. Erst die mit der Ermächtigungslösung verbundene Beweislastverschiebung macht das Sonderkündigungsrecht operationabel und räumt verfassungsrechtliche Bedenken aus. Müsste stets jene Partei, die sich auf das Sonderkündigungsrecht beruft, beweisen, dass die KollV-Partner zu Recht von der (voraussetzungsvollen) Ermächtigung Gebrauch gemacht haben, liefe es angesichts der rechtstatsächlichen Gegebenheiten völlig leer. Diesfalls könnte tatsächlich eine in die Verfassungssphäre reichende Ineffizienz der Rechtsschutzeinrichtung vorliegen.

c) Verschiebung der Beweislast durch kollektive Vereinbarungen (§ 9 Abs 3 ArbVG)

Die Herstellung von Rechtssicherheit durch Verschiebung der Beweislast ist dem kollektiven Arbeitsrecht übrigens keineswegs fremd. Der Gesetzgeber setzt dieses Instrument etwa im Bereich der KollV-Kollision ein: Auf die AV eines mehrfach KollV-unterworfenen AG gelangt bei fehlender betriebsorganisatorischer Trennung gem § 9 Abs 3 ArbVG jener KollV zur Anwendung, der für den fachlichen Wirtschaftsbereich gilt, der für den Betrieb die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung hat. Bei annähernd gleich bedeutsamen Tätigkeitsfeldern, die unterschiedlichen KollV unterliegen, kann (eingedenk des Umstandes, dass sich die wirtschaftliche Bedeutung im Laufe der Zeit verschieben kann) die Unsicherheit bestehen, welcher KollV anwendbar ist (man denke etwa an die Abgrenzung zwischen Bau-KollV und Pflasterer-KollV, die zB unterschiedliche Kündigungsfristen vorsehen).

Der Gesetzgeber trägt diesem Problem durch Verankerung eines BV-Tatbestands in § 9 Abs 3 HS 2 ArbVG Rechnung. Es kann durch BV festgestellt werden, welcher fachliche Wirtschaftsbereich für den Betrieb die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung hat. Die überzeugende hA¹⁴ geht davon aus, dass die BV die Rechtslage nicht gestalten, sondern bloß feststellen kann. Die Feststellungswirkung bewirkt dann aber gerade die Umkehr der Beweislast (und erschöpft sich darin).¹⁵ Behauptet eine Arbeitsvertragspartei, die Feststellung entspreche nicht der wahren Sachlage, hat sie den Beweis zu erbringen. Diese Anleihen bei § 9 Abs 3 ArbVG lassen das Regelungsmodell, das § 1159 Abs 2 Satz 3 und Abs 4 Satz 3 ABGB zugrunde liegt, umso schlüssiger erscheinen.

D. Die Entscheidung des OGH im fortgesetzten Verfahren

Vor dem Hintergrund dieser soeben angestellten Erwägungen überrascht es nicht, dass der OGH in 9 ObA 57/24h die Behauptungs- und Beweislast derjenigen Partei zuweist, die die kollV-liche Regelung nicht angewendet wissen will. IdS resümiert der OGH wie folgt: „Spricht eine Prozesspartei einer kollektivvertraglichen Bestimmung die Normwirkung ab, dann hat sie die allenfalls erforderlichen Tatsachenbehauptungen aufzustellen, aus denen sich die Unwirksamkeit der Bestimmung – hier die Überschreitung der gesetzlichen Ermächtigung – ableiten lässt.“

Damit stellt der OGH auch klar, dass sich die Richtigkeitsgewähr (Richtigkeitsvermutung) des KollV nicht nur auf den Inhalt, sondern auch auf das Vorliegen der Regelungsbefugnis bezieht.¹⁶

Den vom OLG Wien¹⁷ und vom OLG Innsbruck¹⁸ im Anschluss an *Nunner-Krautgasser*¹⁹ angestellten (formalen) Regel-Ausnahme-Erwägungen, die auf die Zuweisung der Behauptungs- und Beweislast an den sich (angeblich) auf eine Aufnahmebestimmung im KollV berufenden AG hinauslaufen sollten, erteilte der OGH zu Recht eine Absage. Dass der vom OGH nunmehr eingenehmene Standpunkt auch den zuvor erörterten verfassungsrechtlichen (vom VfGH allerdings nicht aufgegriffenen) Rechtssicherheitswürdigungen angemessen Rechnung trägt, findet in der Entscheidung zwar keine explizite Erwähnung, dürfte sie aber als unausgesprochene Hintergrundprämisse mitbeeinflusst haben.

E. Schluss aus Ausblick

Die OGH-E 9 ObA 57/24h schafft für (potenzielle) Saisonbranchen mit verkürzten kollV-lichen Kündigungsfristen die jahrelang ersehnte Rechtssicherheit. Die Auswirkungen auf die Gastro-Branche sind allerdings (aus anderen Gründen) überschaubar: Der mit 1. 11. 2024 in Kraft getretene neue KollV für alle AN im Hotel- und Gastgewerbe enthält für Arbeiter nämlich keine abweichenden (kürzeren) Kündigungsfristen mehr. Diese bestimmen sich nunmehr unmittelbar nach § 1159 ABGB. Ob diese sozialpartnerschaftliche Lösung auch in Kenntnis der hier besprochenen OGH-Entscheidung zustande gekommen wäre, darf bezweifelt werden. Es könnte freilich auch sein, dass die KollV-Partner das getan hatten, was der Gesetzgeber von ihnen erwartet hatte – nämlich sich darüber zu einigen, ob eine Saisonbranche vorliegt oder nicht. Das wäre dann tatsächlich ein versöhnliches Ende dieses Streits in zumindest einer (bedeutenden) Branche.

Plus

ÜBER DEN AUTOR

Mag. Dominik Prankl, Rechtsanwalt und Partner bei Rosenauer Prankl Barrett Rechtsanwälte OG.

Kontaktadresse: Canovagasse 7/1/7, 1010 Wien

E-Mail: d.prankl@rpb-law.at

DIE ENTSCHEIDUNGEN

Den Entscheidungstext, Leitsätze und Sachverhalt der beiden hier besprochenen Entscheidungen finden Sie ab Seite 30 in diesem Heft.

¹¹ *Kietaibl*, ASoK 2023, 234 (235f); *Noga*, ASoK 2022, 281 (284f).

¹² *Kietaibl*, ASoK 2023, 234 (240); *Noga*, ASoK 2022, 281 (286).

¹³ *Kietaibl*, ASoK 2023, 234 (235f) mwN; *Noga*, ASoK 2022, 281 (286) mwN;

¹⁴ *Pfeil* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht II⁶ § 9 ArbVG Rz 28 (Stand 1. 1. 2020, rdb.at); *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 9 ArbVG Rz 14 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); *Runggaldier* in *Brameshuber/Tomandl* (Hrsg), ArbVG (3. Lfg 2007) § 9 Rz 9; anders noch *Strasser* in *Floretta/Strasser* (Hrsg), ArbVG (1975) 82.

¹⁵ Eindrücklich *Marhold/Brameshuber/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht⁴ (2021) 560: „Kann eine maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung nicht festgestellt werden und kommt auch keine Betriebsvereinbarung über diese Frage zustande, so findet der Kollektivvertrag jenes fachlichen Wirtschaftsbereiches Anwendung, dessen Geltungsbereich unbeschadet der Verhältnisse im Betrieb die größere Zahl von Arbeitnehmern erfasst (§ 9 Abs 4 ArbVG).“ Ferner *Runggaldier* in *Brameshuber/Tomandl*, ArbVG § 9 Rz 9: „Um entsprechende (unter Umständen auch gerichtliche) Auseinandersetzungen zu vermeiden und Rechtssicherheit zu gewährleisten [...]“

¹⁶ AA *Nunner-Krautgasser*, öRdA-Inf 2023, 72 (80).

¹⁷ OLG Wien 10 Ra 5/23p ARD 6861/7/2023.

¹⁸ OLG Innsbruck 24. 4. 2023, 13 Ra 35/22b.

¹⁹ *Nunner-Krautgasser*, öRdA-Inf 2023, 72 (81).