

ZAS

[Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht]

Schwerpunkt

Aktuelle Rechtsprechung zur Beendigung

- | | | |
|------------------------------------|----|---|
| Beiträge | 52 | Der soziale Kündigungsschutz
Andreas Tinhofer |
| | 61 | Die vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund im Lichte der Judikatur
Martin Sonntag |
| Judikatur-
übersicht | 68 | Nr 41 – 77 |
| Recht-
sprechung
kommentiert | 77 | Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsvereinbarung
Roland Gerlach |
| | 82 | Kein Wegfall der vorzeitigen Alterspension bei parallelem Bezug von Folgeprovisionen
Reinhard Resch |
| | 86 | Recht auf Beschäftigung eines Berufsfußballspielers
Rainer Thomas |
| Tabelle | 93 | Existenzminimum Beträge 2008 |
| Checkliste | 94 | Änderungen bei Kinderbetreuungsgeld und Bildungskarenz seit 1. 1. 2008
Andreas Gerhartl |

März 2008

02

MANZ 

Schriftleitung

Theodor Tomandl
Martin E. Risak

Redaktion

Helwig Aubauer
Bernhard W. Gruber
Harald Kaszanits
Franz Schrank

ISSN 0044-2321

Der soziale Kündigungsschutz

Ausgewählte Grundsatzfragen mit Praxisrelevanz im Spiegel der neueren OGH-Judikatur

ZAS 2008/8

§ 105 Abs 3 Z 2
ArbVGBeeinträchtigung
wesentlicher
Interessen;
unternehmerische
Entscheidungs-
freiheit;
soziale
Gestaltungsp-
flicht

Der soziale Kündigungsschutz dient der Sicherung des Lebensunterhalts der Arbeitnehmer – andererseits beschränkt er den personalpolitischen Gestaltungsspielraum der Arbeitgeber. Der Ausgleich dieser gegensätzlichen Interessen im konkreten Fall ist Aufgabe der Gerichte. Der folgende Beitrag beleuchtet die jüngere Judikatur des OGH zu drei praxisrelevanten Grundfragen des sozialen Kündigungsschutzes.

Von **Andreas Tinhofer**

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Die Beeinträchtigung wesentlicher Interessen
 - 1. Allgemeines
 - a) Judikatur des OGH
 - b) Kommentar
 - 2. Ehegatteneinkommen
 - a) Judikatur des OGH
 - b) Kommentar
 - 3. Pensionsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers
 - a) Judikatur des OGH
 - b) Kommentar
 - 4. Resümee
- C. Das freie unternehmerische Entscheidungsrecht
 - 1. Judikatur des OGH
 - 2. Kommentar
- D. Soziale Gestaltungspflicht bei betriebsbedingter Kündigung
 - 1. Judikatur des OGH
 - 2. Kommentar

A. Einleitung

Die gesetzliche Regelung des sozialen Kündigungsschutzes in § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG, dh der Möglichkeit der Kündigungsanfechtung wegen sog „Sozialwidrigkeit“, ist von allgemeinen Begriffen geprägt. Dies hat den unbestreitbaren Vorteil, dass sich diese sozial- und wirtschaftspolitisch so bedeutsame Gesetzesmaterie für die „Tagespolitik“ wenig eignet; tatsächlich ist der soziale Kündigungsschutz in seiner Struktur seit vielen Jahrzehnten unverändert geblieben.

Vor diesem Hintergrund kommt dem OGH im Hinblick auf die Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze des sozialen Kündigungsschutzrechts eine besondere Bedeutung zu. Nicht minder bedeutsam erscheint die behutsame richterliche Fortentwicklung dieses Rechtsgebiets als Antwort auf veränderte gesellschaftliche Rahmenbedingungen.

Im Folgenden soll die oberstgerichtliche Judikatur zu drei wesentlichen Grundsatzfragen des sozialen Kündigungsschutzrechts dargestellt und kommentiert werden:

→ Der Struktur des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG entsprechend, untersucht dieser Beitrag zunächst die Frage,

unter welchen Voraussetzungen von der „Beeinträchtigung wesentlicher Interessen“ gesprochen werden kann. Wie sich zeigen wird, handelt es sich dabei um den Angelpunkt des sozialen Kündigungsschutzes, der auf dessen Funktion und Zweck verweist (Kap B.).

→ Danach wird kritisch hinterfragt, inwieweit die in den einschlägigen Urteilen regelmäßig zitierte „unternehmerische Entscheidungsfreiheit“ vom OGH tatsächlich respektiert wird (Kap C.).

→ Schließlich wird die sog „soziale Gestaltungspflicht“ untersucht, der in der Praxis bei betriebsbedingten Kündigungen eine entscheidende Bedeutung zukommt.

B. Die Beeinträchtigung wesentlicher Interessen

Eine Kündigung ist wegen Sozialwidrigkeit bekanntlich nur dann anfechtbar, wenn sie „wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt“ (§ 105 Abs 3 Z 2 Satz 2 ArbVG).¹⁾ Damit wird für die gerichtliche Überprüfung der sachlichen Rechtfertigung ein Filter eingezogen. Ist der aus der Kündigung für den Arbeitnehmer resultierende Nachteil nicht gravierend genug, so besteht nach Ansicht des Gesetzgebers offenbar kein Bedürfnis, die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers einzuschränken. Das Tatbestandsmerkmal der „Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des Arbeitnehmers“ ist somit ein essenzielles Element zur Begrenzung des sozialen Kündigungsschutzes.

1. Allgemeines

a) Judikatur des OGH

In einer seiner ersten Entscheidungen zum sozialen Kündigungsschutz übernahm der OGH zunächst die Formel des bis zum Inkrafttreten des ASGG im Jahre 1987 zuständigen VwGH. Demnach ist eine Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des Arbeitnehmers be-

1) In Deutschland ist hingegen jede Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch subjektive oder objektive Gründe bedingt ist (§ 1 Abs 2 KSchG). Auch in Österreich wollte die Regierung zunächst diese Konzeption des Kündigungsschutzes verwirklichen (RV 840 BlgNR 13. GP 24).

reits gegeben, wenn durch die Kündigung eine „**bloß finanzielle Schlechterstellung**“ verursacht wird; es muss die Kündigung „nicht mehr die Existenzgrundlage durch dauernde Arbeitslosigkeit gefährden“.²⁾

In der ersten eingehenden Auseinandersetzung des OGH mit dem Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung wesentlicher Interessen im Jahr 1988 präzisierte dieser dann jedoch, dass die kündigungsbedingte „**finanzielle Schlechterstellung**“ eine „**fühlbare, ins Gewicht fallende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage**“ zur Folge haben müsse. Eine „**soziale Notlage**“ oder eine „**Existenzgefährdung**“ müsse allerdings nicht eintreten.³⁾ Dieser Leitsatz findet sich in zahlreichen Folgeentscheidungen und gehört bereits seit langem zum ständigen Repertoire des OGH.⁴⁾

In der soeben zitierten Grundsatzentscheidung aus 1988 fand der Gerichtshof den wahren Zweck des Tatbestandsmerkmals „im Interesse allenfalls eher sozial schutzbedürftiger Arbeitssuchender“.⁵⁾ Davon ausgehend forderte er die **Berücksichtigung „des gesamten Lebensverhältnisses des gekündigten Arbeitnehmers“**. In diesem Zusammenhang sei vor allem darauf Bedacht zu nehmen, ob – anders als bei der Mehrzahl der Arbeitssuchenden – das durch die Arbeitsleistung erzielte Einkommen überhaupt einen erheblichen Einfluss auf die Lebensführung hat oder ob der damit verbundene Aufwand in erster Linie aus anderen Quellen gedeckt werde. Dabei seien die gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers einzubeziehen, wie Einkommen, Vermögen, auf Gesetz, Vertrag oder sittlichen Verpflichtungen beruhende Sorgepflichten, das Einkommen des Ehegatten und der anderen erwerbstätigen Familienmitglieder sowie Schulden, soweit deren Entstehungsgrund berücksichtigungswürdig ist.⁶⁾

Diesen Ansatz führte der OGH in der Folge fort und verneinte die Beeinträchtigung wesentlicher Interessen einmal im Hinblick auf den **Pensionsanspruch des Gekündigten**,⁷⁾ ein anderes Mal wegen des **Einkommens aus einer anderen Erwerbstätigkeit**.⁸⁾ Ganz allgemein sei bei Berufen, die häufig auch selbständig ausgeübt werden können, dies bei der Beurteilung der Interessenbeeinträchtigung zu berücksichtigen.⁹⁾ Auch **Einkünfte aus Vermögen** spielten in der Judikatur bereits öfters eine, wenngleich meist untergeordnete Rolle. Der Vermögensstamm ist jedenfalls nicht anzugreifen.¹⁰⁾

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1994 hielt der Gerichtshof explizit fest, dass bei Aussicht auf ein „**weit überdurchschnittliche(s) Einkommen**“ innerhalb angemessener Frist nach Beendigung des Dienstverhältnisses, eine Beeinträchtigung wesentlicher Interessen auch bei einem erheblichen Einkommensverlust nicht anzunehmen ist.¹¹⁾ Im konkreten Fall ergab sich durch die Kündigung – unter Heranziehung des Einkommens der Ehegattin – ein Absinken des Familieneinkommens auf rund S 1.000.000,- brutto jährlich (gegenüber rund S 1.170.000,- brutto jährlich bei Verbleib in der bisherigen Position). Der Gerichtshof merkte ferner an, dass „nur die wesentlichen Lebenshaltungskosten“ und nicht etwa „Luxausgaben“ berücksichtigungswürdig seien.¹²⁾ Das Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Interessenbeeinträchtigung habe die Funktion, den **Kündigungsschutz jenen Arbeitnehmern zu gewähren, die**

auf ihren Arbeitsplatz zur Sicherung ihres Lebensunterhalts angewiesen sind.¹³⁾

Allerdings wendete der OGH vereinzelt auch die frühere Formel des VwGH an, wonach „schon bei Verlust eines wesentlichen Vorteils aus dem Arbeitsverhältnis“ die wesentlichen Interessen beeinträchtigt seien, selbst wenn „der Lebensunterhalt des Gekündigten anderwärts ausreichend gesichert ist“.¹⁴⁾ Dabei dürfte es sich jedoch um ein Versehen handeln, weil ein Abweichen von der zu diesem Zeitpunkt bereits gefestigten Judikatur wohl begründet worden wäre.

In einer jüngeren Entscheidung sah jedenfalls der OGH trotz eines **Einkommensverlusts von insgesamt 40% des Bruttoverdiensts** keine Beeinträchtigung wesentlicher Interessen.¹⁵⁾ Der vom Luftfahrtunternehmen gekündigte Pilot hatte Anspruch auf eine Betriebspension in der Höhe von ca € 8.000,-. Dem standen Aufwendungen in der Höhe von rund € 2.500,- (für Sorgepflichten, Wohnraum etc) gegenüber. Für den OGH war somit klar, dass der Arbeitnehmer auch weiterhin in der Lage sein werde, nicht nur durchschnittliche, sondern auch darüber liegende Lebensbedürfnisse zu befriedigen.

In der Entscheidung vom 21. 10. 1998 merkte der OGH an, dass Einbußen von unter 10% keine Kündigungsanfechtung rechtfertigten. Eine Verdiensteinbuße von 20% und mehr deutete hingegen auf „gewichtige soziale Nachteile“ hin.¹⁶⁾ In der Folge wurden diese Angaben zwar durch die Aussage relativiert, es sei bei den Einkommenseinbußen „nicht auf starre Prozentsätze abzustellen“.¹⁷⁾ Erst in jüngster Vergangenheit sprach jedoch der OGH aus, dass der Arbeitnehmer eine **Nettoeinkommenseinbuße von 10%** als Folge seiner Kündi-

2) OGH 2 Ob 554/86, öRdA 1988, 229 (*Floretta*). Mit dem letzten Halbsatz spielte der OGH (bzw der VwGH, s etwa 2300/75, ZAS 1978/25 [*Floretta*]) darauf an, dass vor dem Inkrafttreten des ArbVG die Kündigung eine „soziale Härte“ darstellen musste, um wegen Sozialwidrigkeit angefochten zu werden (§ 25 Abs 4 BRG).

3) OGH 9 ObA 206/88, öRdA 1991/3 (*B. Schwarz*).

4) Vgl ua OGH 9 ObA 279/88, öRdA 1989/24 (*Floretta*); 9 ObA 142/90, ZAS 1992/9 (*Pircher*); 9 ObA 120/91, ZAS 1992/19; 9 ObA 55/92, ZAS 1994/4.

5) 9 ObA 206/88, öRdA 1991/3 (*B. Schwarz*). Dabei knüpfte er an die Ausführungen von *Floretta* an (öRdA 1982, 11).

6) Siehe auch OGH 9 ObA 279/88, öRdA 1989/24 (*Floretta*); 9 ObA 142/90, ZAS 1992/9 (*Pircher*); 9 ObA 262/90, RdW 1991, 152; 9 ObA 146/93, öRdA 1994, 332 (*Eypeltauer*); 9 ObA 297/93, öRdA 1994, 270; 9 ObA 145/99 k, wbl 1999, 369; 9 ObA 40/01 z, ZAS 2002/9 (*Bienert-Nießl*); 8 ObA 177/02 s, ASoK 2003, 278; 8 ObA 204/02 m, öRdA 2004/21 (*K. Mayr*); 9 ObA 8/05 z, ecollex 2006/58.

7) OGH 9 ObA 55/92, öRdA 1992, 460 (zust *Mosler*) = ZAS 1994/4.

8) OGH 9 ObA 142/90, ZAS 1992/9 (*Pircher*).

9) OGH 9 ObA 179/00 i, wbl 2001/119; öRdA 2004/21 (diff *K. Mayr*).

10) Zur Abfertigung: zB OGH 9 ObA 55/92, öRdA 1992, 460 (zust *Mosler*) = ZAS 1994/4; 9 ObA 261/98 t, infas 1999 A 26. Zum Vermögen allgemein: OGH 9 ObA 248/89, wbl 1990, 79; 9 ObA 146/93, öRdA 1994, 332 (*Eypeltauer*); 9 ObA 113/98 b, ASoK 1999, 144; 9 ObA 40/01 z, RdW 2002/103.

11) OGH 9 ObA 297/93, öRdA 1994, 270.

12) OGH 9 ObA 297/93, öRdA 1994, 270.

13) OGH 9 ObA 145/99 k, wbl 1999, 369; 9 ObA 190/98 a, ARD 5022/9/99; 9 ObA 108/98 t, infas 1998, A 131.

14) VwGH ZAS 1978/25 (*Floretta*). Siehe OGH 9 ObA 348/97 k, RdW 1999, 365; 9 ObA 113/98 b (in diesem Teil unveröffentlicht).

15) OGH 9 ObA 8/05 z, Arb 12.564.

16) 9 ObA 261/98 t, infas 1999, A 26. Dabei verwies der OGH auf ein kurz zuvor ergangenes höchstgerichtliches Urteil (OGH 9 ObA 244/98 t, ARD 4985/7/98 – Einkommensminderung um 6,78%) sowie auf das EA Klagenfurt (Re 11/84, Arb 10.347) und das EA Wien (V Re 23/76, Arb 9480).

17) OGH 9 ObA 174/01 f, ZAS 2004/12 (*Posch*). Siehe auch OGH 8 ObA 53/04 h, öRdA 2005/30 (*K. Mayr*).

gung hinzunehmen hatte.¹⁸⁾ Als Richtschnur gilt auch, dass bei einem überdurchschnittlichen Einkommen prozentuell höhere Einkommensverluste in Kauf genommen werden müssen, als bei einem niedrigen Einkommen.¹⁹⁾

Schließlich berücksichtigte der OGH im Rahmen der Gesamtbetrachtung gelegentlich auch **immaterielle Interessen des Arbeitnehmers**. So erlangte in einem Fall der gekündigte Arbeitnehmer zwar binnen 2,5 Monaten eine neue Anstellung mit annähernd gleichem Entgelt, jedoch hatte sich dadurch der tägliche Arbeitsweg von 32 km auf 138 km verlängert. Der daraus resultierende finanzielle Aufwand sowie die Einbuße an „Lebensqualität“, waren für den Gerichtshof ausreichend, um eine Beeinträchtigung wesentlicher Interessen zu bejahen.²⁰⁾ Hingegen war das im monatlichen Durchschnitt viermalige Pendeln zwischen dem am neuen Arbeitsplatz in Feldkirch/Vorarlberg begründeten Zweitwohnsitz und dem Hauptwohnsitz in Innsbruck, für sich betrachtet nicht ausreichend, um eine wesentliche Beeinträchtigung wesentlicher Interessen zu bewirken.²¹⁾

Die **Behauptungs- und Beweislast** für das Vorliegen einer Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des Gekündigten liegt nach stRsp beim Kläger (Betriebsrat oder Arbeitnehmer).²²⁾

b) Kommentar

Der Ansatz des OGH zur Berücksichtigung der gesamten wirtschaftlichen und sozialen Lebensverhältnisse ist grundsätzlich zu bejahen. Wegen der Diskriminierungsproblematik ist freilich die Bedeutung des Ehegatteneinkommens zu überdenken (s Pkt A.2.).

Überzeugend hat der OGH anhand des Zwecks des sozialen Kündigungsschutzes (Sicherung des Lebensunterhalts) in mehreren Urteilen herausgearbeitet, unter welchen Voraussetzungen finanzielle Einbußen die wesentlichen Interessen berühren. Obwohl über die Beeinträchtigung wesentlicher Interessen nur im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände entschieden werden kann, stellt die 10%-Grenze für die Praxis eine wertvolle Orientierungshilfe dar. Bei niedrigem Einkommen könnte freilich bereits eine geringere prozentuelle Einkommenseinbuße zu einer Beeinträchtigung wesentlicher Interessen führen.

Die Berücksichtigung immaterieller Interessen steht allerdings in einem gewissen Spannungsverhältnis zur stRsp, wonach es dem sozialen Kündigungsschutz auf die Sicherung des Lebensunterhalts ankommt. Die Einbuße an „Lebensqualität“, etwa durch einen verlängerten Arbeitsweg, sollte daher mE keinen Einfluss auf die Sozialwidrigkeit einer Kündigung haben.

2. Ehegatteneinkommen

a) Judikatur des OGH

Wie bereits erwähnt, ist das Einkommen des Ehegatten als relevanter Aspekt der gesamten wirtschaftlichen und sozialen Lebensverhältnisse des Arbeitnehmers bei der Beurteilung der Interessenbeeinträchtigung zu berücksichtigen. In der einschlägigen **Grundsatzentscheidung v 12. 10. 1988**²³⁾ verneinte der OGH die Beeinträchtigung wesentlicher Interessen, trotz zu erwartender langer Arbeitslosigkeit der Arbeitnehmerin

und der Unterhaltspflicht gegenüber ihrem 23-jährigen Sohn, weil der Ehegatte S 52.773,- brutto „mehr als 14 Mal jährlich“ verdiente. Die Arbeitnehmerin hatte als Teilzeitbeschäftigte 16 Mal jährlich S 8.123,- brutto, zzgl einer zwölfmaligen Zulage von S 933,- erhalten. Zusätzlich berücksichtigte der Gerichtshof, dass die Arbeitnehmerin bereits eine unverfallbare Anwartschaft auf die Alterspension erworben hatte.

Eine grundsätzliche Änderung seiner Rsp zum Einkommen des Ehegatten deutete der OGH in der **Entscheidung v 19. 12. 2001**²⁴⁾ an. Er betonte zwar zunächst, dass die Berücksichtigung des Ehegatteneinkommens bei der Prüfung der Interessenbeeinträchtigung der stRsp entspreche.

Im Anschluss daran hielt er jedoch „klarstellend“ fest, dass es sich auch dabei nur um einen von mehreren Faktoren handelt, der im Rahmen der gebotenen Gesamtprüfung bei der Sozialwidrigkeit zu berücksichtigen sei, dem aber kein Vorrang gegenüber anderen Aspekten beigemessen werden dürfe. Es komme vielmehr immer darauf an, „alle sozialen Umstände zueinander in Beziehung zu setzen und insgesamt eine Beurteilung vorzunehmen“. Wegen der „notorischen Einkommensunterschiede zwischen Frauen und Männern“ sei das Einkommen der Ehegatten gekündigter Arbeitnehmerinnen im Rahmen der Gesamtprüfung der Sozialwidrigkeit abstellend auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles „zu gewichten“, um nicht eine Diskriminierung der Frauen bei der Beendigung der Arbeitsverhältnisse aufgrund des Geschlechts herbeizuführen, indem ihnen im Endeffekt, durch eine zu wenig differenzierende Einbeziehung der familiären Situation, ein geringerer Kündigungsschutz als Männern zuteil wird. Dabei könne auch eine Rolle spielen, ob und inwieweit Unterhaltsansprüche in aufrechter Ehe vom Ehegatten des gekündigten Arbeitnehmers tatsächlich erfüllt werden oder nur bei gleichzeitiger Betreibung der Auflösung der Ehegemeinschaft durchsetzbar sind.

Im konkreten Fall hielt jedoch der OGH fest, dass derartige, die Berücksichtigung des Einkommens des Ehegatten unter Umständen einschränkende Tatsachen von der behauptungs- und beweisbelasteten Arbeitnehmerin nicht vorgebracht wurden.²⁵⁾

Soweit ersichtlich hatte die soeben dargestellte Entscheidung des OGH in der Praxis bislang keinerlei Auswirkungen. Eine maßgebliche Rolle spielte das Einkommen des Ehegatten der Klägerin seither bloß in einer **Entscheidung aus dem Jahr 2005**.²⁶⁾ Dort hatte das BerG die Beeinträchtigung wesentlicher Interessen verneint und dies offenbar unter anderem damit begrün-

18) OGH 8 ObA 12/07 h, ARD 5782/10/2007.

19) OGH 8 ObA 53/04 h, öRdA 2005/30 (K. Mayr) mit Verweis auf die Glosse von Mosler in öRdA 1992/53. Siehe auch Grillberger, wbl 1990, 8.

20) OGH 8 ObA 153/97 a, RdW 1998, 155.

21) OGH 9 ObA 297/93, ecoclex 1994, 341.

22) OGH 9 ObA 206/88, öRdA 1991/3 (B. Schwarz); 9 ObA 67/90, wbl 1990, 273; 9 ObA 55/92, ZAS 1994/4; 8 ObA 199/95, ecoclex 1996, 398.

23) 9 ObA 206/88, öRdA 1991/3 (abl B. Schwarz).

24) 9 ObA 174/01 f, RdW 2002/364 (Eichinger, 347).

25) Der konkrete Sachverhalt wurde in dieser Entscheidung nicht wiedergegeben; es verwies der OGH gem § 510 Abs 3 Satz 2 ZPO auf die Begründung des BerG.

26) OGH 9 ObA 153/05 y, ASoK 2006, 368.

det, dass die Klägerin und ihr Ehegatte in der Lage waren, „mit dem Geld großzügig“ umzugehen. Der zweitinstanzlichen Entscheidung²⁷⁾ ist zu entnehmen, dass die nach 13-jähriger Betriebszugehörigkeit gekündigte 55-jährige Arbeitnehmerin „nicht unerhebliche Gehaltseinbußen bei den weiteren Berufsaussichten“ zu erwarten hatte.

Dem hielt das OLG Wien entgegen, dass der Ehemann der Klägerin über ein hohes laufendes Einkommen (Gehaltszahlungen von über € 38.500,- netto), über eine Abfertigung iHv über € 210.000,- netto, von welcher er einen nicht unwesentlichen Teil veranlagte, sowie über weitere namhafte finanzielle Vergünstigungen verfügte. Das Familieneinkommen bilde eine „solide Existenzgrundlage“. Bei gemeinsamen Fixkosten der Ehepartner iHv € 1.453,- monatlich (für Wohnungsmiete, PKW, diverse Versicherungen), könne somit von einer Sozialwidrigkeit nicht gesprochen werden. In dieser Entscheidung erblickte der OGH zumindest keine „unvertretbare Fehlbeurteilung“, weshalb er die ao Revision zurückwies.

b) Kommentar

Die soeben dargestellte Entscheidung des OGH v 16. 12. 2005 ist mE mit dem OGH-Urteil v 19. 12. 2001 nicht vereinbar. Zumindest aus dem veröffentlichten Teil der Entscheidung des OGH sowie des BerG ist nämlich nicht nachvollziehbar, welche anderen Faktoren – abgesehen von der finanziell unabhängigen Lage des Ehegatten – gegen eine Beeinträchtigung wesentlicher Interessen der gekündigten Arbeitnehmerin sprachen. Inwieweit die im veröffentlichten Teil des Berufungsurteils angesprochene, aber nicht näher konkretisierte (offenbar günstige) „Wohnsituation“ und das „sonstige(n) finanzielle(n) Umfeld(es)“ der Klägerin unabhängig vom Ehegatten zugute kam, kann freilich nicht beurteilt werden.

Es ist daher zu wünschen, dass der OGH in seiner künftigen Rsp zum sozialen Kündigungsschutz in derartigen Fällen deutlich macht, welche anderen Faktoren neben dem Ehegatteneinkommen konkret gegen die Beeinträchtigung wesentlicher Interessen sprechen.

3. Pensionsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers

a) Judikatur des OGH

Die Auswirkung eines Pensionsanspruchs des Gekündigten auf die Anfechtbarkeit wegen Sozialwidrigkeit war bereits mehrfach Gegenstand oberstgerichtlicher Entscheidungen. Hiervon sind insb die folgenden Urteile zu erwähnen:

In der **Entscheidung v 29. 8. 1990**²⁸⁾ hob der OGH die finanzielle Absicherung des Arbeitnehmers hervor, weil dieser aufgrund der vorzeitigen Alterspension und der betrieblichen Zuschusspension auf Pensionsleistungen iHv 80% seines letzten Bruttobezugs kam. Zu beachten sei insb, dass die Nettoeinbuße aus steuerlichen Gründen und wegen des Wegfalls des Pensionsversicherungsbeitrags sogar weniger als 20% ausmache. Zustimmend referierte der Gerichtshof ferner Ausführungen von *Tomandl*,²⁹⁾ wonach nicht bloß die Nettoeinkommen (vor und nach der Kündigung) zu verglei-

chen seien, sondern auch die Ersparnisse aus dem Unterbleiben der Arbeitsleistung, sowie der Wegfall der Arbeitsbelastung, Beachtung finden müssten.

In der **Entscheidung v 23. 4. 2003** hatte der 64-jährige Kläger Anspruch auf eine vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer gem § 253 b ASVG, die durch eine Betriebspension auf insgesamt 80% des letzten Bruttomonatsbezugs von S 105.197,40 erhöht wurde. Zusätzlich erhielt er eine Abfertigung in der Höhe des Zwölffachen des letzten Monatsbezugs. Abgesehen von der Gehaltseinbuße, stand dem der Verlust der bislang vom Arbeitgeber bezahlten Prämie zu einer Zusatzkrankenversicherung, sowie einer vom Gerichtshof nicht näher spezifizierten, nicht pensionsfähigen Zulage zum Bezug gegenüber. Unter Berufung auf seine Vorjudikatur³⁰⁾ verneinte der OGH die Beeinträchtigung wesentlicher Interessen, weil der Arbeitnehmer finanziell abgesichert und zur Sicherung seines Lebensunterhalts nicht auf seinen Arbeitsplatz angewiesen sei.³¹⁾

In der **Entscheidung v 20. 10. 2004** hat sich der OGH erstmals grundlegend mit der Frage auseinandergesetzt, welche Bedeutung dem Anspruch auf eine Regelpension im Zusammenhang mit dem sozialen Kündigungsschutz zukommt. Nach Darstellung der einschlägigen, kontroversen Literatur, stellte der OGH zunächst klar, dass bei Anspruch auf eine Regelpension der Kündigungsschutz nicht generell ausgeschlossen sei. Nach dem von der Rsp entwickelten System sei die Interessenbeeinträchtigung unter Berücksichtigung der konkreten (Gesamt-)Situation des betroffenen Arbeitnehmers zu beurteilen. Wesentlich sei, dass der Arbeitnehmer „seine Lebenshaltungskosten aus der Pension (bzw aus sonstigen berücksichtigungswürdigen Quellen)“ decken kann. Dies müsse man bei Beziehern der gesetzlichen Höchstpension jedenfalls auch dann bejahen, wenn ihr bisheriges Arbeitseinkommen die gesetzliche Höchstbemessungsgrundlage „deutlich“ überschritt. Eine Summe in der Höhe der gesetzlichen Höchstpension könne nämlich nicht als „sozialwidrig“ angesehen werden.³²⁾

Der OGH fuhr fort, dass bei einem „normalen“ Arbeitsleben und einem „üblichen“ Versicherungsverlauf die Regelpension eine Höhe erreichen werde, die zur Befriedigung der Lebensbedürfnisse ausreiche. Nur in „Ausnahmefällen“ sei die Beeinträchtigung wesentlicher Interessen, trotz Anspruchs auf eine Regelpension, zu bejahen. Im vorliegenden Fall bejahte der Gerichtshof das Vorliegen eines derartigen Ausnahmefalls aufgrund der „außergewöhnlich kurze(n) Versicherungsdauer“, woraus sich eine Pension in der Höhe von bloß 50% ihres vormaligen Nettoeinkommens (brutto betrug die Einbuße 64%) ergeben hatte.³³⁾ →

27) OLG Wien 9 Ra 8/05 w, ARD 5671/4/2006.

28) 9 ObA 142/98, ZAS 1992/9 (*Pircher*).

29) ZAS 1984, 203 (207 f).

30) Siehe insb OGH 9 ObA 55/92, öRdA 1992, 460 (zust *Mosler*).

31) 9 ObA 223/02 p, infas 2003, A 70.

32) OGH 8 ObA 53/04 h, ZAS 2006/5 (*Tomandl*) = öRdA 2005/30 (*K. Mayr*).

33) OGH 8 ObA 53/04 h, ZAS 2006/5 (*Tomandl*) = öRdA 2005/30 (*K. Mayr*).

b) Kommentar

Der zuletzt dargestellten Entscheidung des OGH kann allenfalls im Ergebnis zugestimmt werden: Das Einkommen aus einer Pensionsleistung ist nämlich mE nicht anders zu beurteilen als andere Einkünfte, die den Entfall des Arbeitseinkommens ganz oder teilweise ausgleichen (zB Einkünfte aus einem neuen Arbeitsverhältnis oder aus selbstständiger Tätigkeit).³⁴⁾ Für eine „Sonderbehandlung“ von Pensionsleistungen spricht allenfalls, dass hierfür keine Arbeitsleistungen erforderlich sind, was nach der bisherigen Judikatur ebenfalls von Relevanz ist. Dennoch ist mE eine Orientierung am prozentuellen Ausmaß der Einkommenseinbuße – unter gleichzeitiger Beachtung der absoluten Beträge – sachgerechter, als eine Qualifikation nach der Art der „Einkommensersatzleistung“.

Hingegen ist aus der Funktion der Alterspension als „adäquate(r) Alterssicherung“ für den Kündigungsschutz auch vor dem Postulat der „Einheit der Rechtsordnung“ mE nichts zu gewinnen.³⁵⁾ Gerade aufgrund der Pensionsreformen der letzten Jahre (zB Verlängerung des Pensionsbemessungszeitraums) kann die Pension immer weniger die Aufrechterhaltung des zuletzt erreichten Lebensstandards garantieren. Hierauf kommt es aber beim sozialen Kündigungsschutz an, zumindest insoweit, als es sich dabei noch um die Befriedigung „wesentlicher Bedürfnisse“ handelt.³⁶⁾

Ebenso wenig überzeugt ein Anknüpfen an § 32 Abs 2 Z VBG, wonach die Erreichung des gesetzlichen Pensionsalters einen Kündigungsgrund für Vertragsbedienstete darstellt.³⁷⁾ Der besondere Kündigungsschutz des VBG ist völlig anders konzipiert als der soziale Kündigungsschutz gem § 105 ArbVG, weshalb hieraus mE keine Wertungen für den sozialen Kündigungsschutz abgeleitet werden können. Insb ist nach dem VBG nicht erforderlich, dass durch die Kündigung wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt werden.

Aber auch die Ausführungen des OGH zum individuellen Kündigungsschutz gem § 15 Abs 3–6 AVRAG überzeugen nicht. Wie *Tomandl* zutreffend anmerkt, spricht die altersmäßige Eingrenzung auf die im Zeitpunkt der Erlassung dieser Bestimmungen unter 65-jährigen Männer bzw 60-jährigen Frauen primär dafür, dass der Gesetzgeber diesen Kündigungsschutz nur bis zum Erreichen des Regelpensionsalters gewähren wollte.³⁸⁾ Überdies hat er offensichtlich übersehen, den Anwendungsbereich des individuellen Kündigungsschutzes nach § 15 Abs 3–6 ArbVG so zu formulieren, dass auch nach dem Jahr 2000 nur jene Arbeitnehmer erfasst werden, die das Antrittsalter für die Regelpension noch nicht erreicht haben.³⁹⁾

4. Resümee

Ogleich es nach dem sozialen Kündigungsschutz auf die konkrete Gesamtsituation des Arbeitnehmers ankommt, lässt sich mE durchaus vertreten, dass ab einem bestimmten monatlichen Einkommen der Lebensunterhalt (unter Außerachtlassung allfälliger „Luxusausgaben“) zumindest im Regelfall gesichert ist. In der Entscheidung v 20. 10. 2004⁴⁰⁾ hat der OGH für Arbeitnehmer mit Pensionsanspruch die Obergrenze mit der gesetzlichen Höchstpension angesetzt. Diese beträgt im

Jahr 2008 € 2.654,33 (Bemessungszeitraum 240 Monate).⁴¹⁾ Für Arbeitnehmer, die noch nicht das Regelpensionsalter erreicht haben, wäre ein solche Obergrenze jedoch mE höher anzusetzen, weil auch die Ausgaben für den Lebensunterhalt (Unterhaltungspflichten gegenüber Kindern, Wohnkredite etc) idR höher sein werden als in der Pension.

Auf der Grundlage der einschlägigen OGH-Judikatur lässt sich begrifflich folgendes Konzept entwickeln: Das Arbeitseinkommen des Arbeitnehmers ist von § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG insoweit geschützt, als es zur Befriedigung von „wesentlichen Bedürfnissen“ erforderlich ist. Dieser Begriff enthält als seinen Kern die „Grundbedürfnisse“, deren Deckung zur Vermeidung einer „sozialen Notlage“ gesichert werden muss. „Luxusausgaben“ dienen hingegen der Befriedigung unwesentlicher Bedürfnisse und sind daher bei der Prüfung der Interessenbeeinträchtigung nicht zu berücksichtigen.⁴²⁾

Aufgrund der OGH-Entscheidung vom 20. 10. 2004 kann nun davon ausgegangen werden, dass, nach Erreichung des Regelpensionsalters, ein Einkommen in der Höhe der gesetzlichen Höchstpension *im Regelfall* ausreicht, um den vom sozialen Kündigungsschutz gesicherten Lebensunterhalt des Gekündigten und seiner Familie zu bestreiten, bzw die wesentlichen Bedürfnisse zu befriedigen. Sofern daher nach der Kündigung dem Arbeitnehmer etwa aufgrund eines gesetzlichen oder betrieblichen Pensionsanspruchs (nach Erreichung des Regelpensionsalters), ein monatliches Einkommen in dieser Höhe zur Verfügung steht, wäre die Kündigungsanfechtung bereits mangels Beeinträchtigung wesentlicher Interessen abzuweisen. Andererseits wäre dann mE auch eine Kürzung des Entgelts im Wege einer Änderungskündigung bis auf diesen Betrag nicht sozialwidrig.

C. Das freie unternehmerische Entscheidungsrecht

1. Judikatur des OGH

Die möglichen betrieblichen (wirtschaftlichen) Gründe für eine Kündigung sind zahlreich. Von der Rsp⁴³⁾ werden etwa folgende, nicht bloß kurzfristige Umstände als Kündigungsgründe anerkannt (sog „äußere Kündigungsursachen“):

- mangelnde Aufträge,
- Rückgang des Absatzes,
- Wettbewerbsrücksichten,
- geringe Ertragslage,
- veraltete Betriebsanlagen,
- Mängel in der Rohstoff- und Materialbelieferung,
- Kreditschwierigkeiten und
- Ausfall von Maschinen, Gas oder Strom.

34) Im Ergebnis ebenso *Pircher*, ZAS 1992, 88; *Karl*, JBl 1997, 702.

35) So jedoch *Tomandl* im Komm zu OGH 8 ObA 53/04 h, ZAS 2006/5.

36) Hierauf hat bereits *Pircher* (ZAS 1992, 88) hingewiesen.

37) Siehe *Grillberger*, wbl 1990, 9.

38) ZAS 2006/5.

39) Siehe OGH 9 ObA 156/07 t (noch unveröff).

40) 8 ObA 53/04 h, ZAS 2006/5 (*Tomandl*) = öRdA 2005/30 (*K. Mayr*).

41) „Aktuelle Werte 2008“ der PVA.

42) Siehe *Tinhofer*, Komm zu OGH 9 ObA 244/01 z, öRdA 2003/14.

43) Siehe etwa OGH 8 ObA 236/94, ZAS 1996/14 (*Windisch-Graetz*, 109); 9 ObA 233/93, öRdA 1994, 252 (*Trost*); OGH 2 Ob 554/86, öRdA 1988, 229 (*Floretta*); EA Feldkirch Re 2/85, Arb 10.398 mwN.

Darüber hinaus kommt jedoch nach stRsp dem Dienstgeber grundsätzlich das **freie Entscheidungsrecht** darüber zu, ob er den Betrieb einschränken, stilllegen oder rationalisieren will.⁴⁴⁾ In der Leitentscheidung aus dem Jahre 1953 führte der VwGH aus, dass das (damals für Kündigungsanfechtungen zuständige) Einigungsamt (EA) dem Dienstgeber nicht vorschreiben dürfe, in seinem Betrieb bestimmte „organisatorische, technische oder personelle Veränderungen“ vorzunehmen, die ihn voraussichtlich dazu bringen könnten, auch ohne Kündigungen das Auslangen zu finden. Dies würde einen „gesetzlich nicht mehr gedeckten Eingriff in die wirtschaftliche Sphäre des Unternehmers bedeuten“.⁴⁵⁾

Die Gerichte dürfen demnach im Rahmen des Kündigungsanfechtungsverfahrens nicht prüfen, ob die Stilllegung oder Einschränkung eines Betriebs oder die Durchführung von Rationalisierungsmaßnahmen vom wirtschaftlichen Standpunkt „notwendig“ oder „zweckmäßig“ ist. Diese Maßnahmen können – bei überwiegendem Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses – eine Kündigung rechtfertigen, auch ohne dass „äußere Kündigungsursachen“ vorliegen (was freilich in der Regel ohnehin der Fall sein wird).

In der Praxis nehmen die Gerichte dennoch regelmäßig auf die wirtschaftliche Situation des Unternehmens Bezug und treffen mitunter auch **Feststellungen zur „wirtschaftlichen Notwendigkeit“ der unternehmerischen Maßnahmen** (zB Betriebseinschränkung, Rationalisierung). So verwies etwa der VwGH sogar in der Leitentscheidung zur unternehmerischen Entscheidungsfreiheit auf die vom EA mit Hilfe von Zeugenaussagen und ausführlichen Sachverständigengutachten festgestellte Notwendigkeit der vorgenommenen Betriebseinschränkung.⁴⁶⁾

Aber auch der OGH erwähnt in zahlreichen Entscheidungen die „wirtschaftliche Notwendigkeit“ von Rationalisierungsmaßnahmen. Im Grundsatzurteil v 15. 3. 1989 betonte der Gerichtshof zunächst zwar, dass die „Zweckmäßigkeit“ oder „objektive Richtigkeit“ der vom Arbeitgeber getroffenen Rationalisierungsmaßnahmen von den Gerichten nicht überprüft werden dürfe, weil es sich dabei um Fragen des wirtschaftlichen Ermessens handle. Darauf folgte jedoch unvermittelt der Satz: „Die betriebliche Notwendigkeit von Rationalisierungsmaßnahmen wurde im vorliegenden Fall festgestellt“.⁴⁷⁾ Auch der **„Grad der betriebswirtschaftlichen Rationalität der unternehmerischen Maßnahme“** wurde vom OGH bereits geprüft.⁴⁸⁾

Im Zusammenhang mit der Auslagerung von Unternehmenstätigkeiten („Outsourcing“) auf ein anderes Unternehmen, verlangte der OGH (vor Inkrafttreten des AVRAG) – ähnlich wie bereits vor ihm der VwGH⁴⁹⁾ – für die Rechtfertigung der dadurch bedingten Kündigungen, eine „nicht nur unbedeutliche Kostenverringerung“.⁵⁰⁾

In der Entscheidung des OGH v 29. 5. 2001⁵¹⁾ hatte das Unternehmen zwei Jahre lang Verluste ausgewiesen. Der Wirtschaftstreuhänder und eine weitere Beratungsgesellschaft erstellten einen Sanierungsplan, auf dessen Grundlage sich der Arbeitgeber entschloss, die Personalkosten ua durch Herabsetzung der Löhne zu redu-

zieren. Da der Kläger das Änderungsangebot nicht annahm, wurde er gekündigt.

Der OGH wiederholte zunächst sein Bekenntnis zur „unternehmerischen Entscheidungsfreiheit“, eingeschränkt freilich durch den Verweis auf die „Dringlichkeit der betrieblichen Erfordernisse“. Der Entschluss des Arbeitgebers zur Kostenreduktion „durch Einschränkung besonders hoher Gehälter“ wurde in Anbetracht des beträchtlichen Unternehmensverlustes als „plausibel“ und „betriebswirtschaftlich sinnvolle Rationalisierungsmaßnahme“ bezeichnet.⁵²⁾

Nach Ansicht des OGH unterlag es **der richterlichen Prüfung, ob durch die Kündigung des Arbeitnehmers der vom Arbeitgeber verfolgte Zweck, im konkreten Fall also die Senkung der Personalkosten, tatsächlich erreicht wird.** Ist dies nicht der Fall, so sei die Kündigung „ein zur Zweckerzielung ungeeignetes Mittel und sachlich unbegründet“.⁵³⁾ An anderer Stelle führte der OGH jedoch aus, dass ua die „Notwendigkeit der Kostenreduktion durch Lohn- und Gehaltsreduktion“ zu prüfen sei. Im Ergebnis war die Kündigung des Klägers (gemeinsam mit bloß wenigen anderen Arbeitnehmern) nach Ansicht des OGH kein geeignetes Mittel, weil es im konkreten Fall „nach den Feststellungen der Gerichte“ zur Erreichung der im Sanierungsplan vorgesehenen Einsparungen der Reduktion *sämtlicher* überkollektivvertraglicher Entgelte bedurft hätte.⁵⁴⁾

In der Entscheidung v 19. 12. 2001 führte der OGH in Anlehnung an *Pircher*⁵⁵⁾ zusätzlich aus, dass der Kündigungsschutz nicht so praktiziert werde dürfe, dass die Lage der Belegschaft langfristig gefährdet werde. Dies wäre bei der Aufrechterhaltung des betriebswirtschaftlich überflüssig gewordenen Arbeitsplatzes der Klägerin der Fall. **Der Arbeitgeber dürfe nicht über den Kündigungsschutz mittelbar gezwungen werden, unwirtschaftliche Arbeitsplätze zu erhalten.**⁵⁶⁾

In diesem Sinne hat der OGH bereits mehrfach ausdrücklich festgehalten, dass eine Kündigung auch dann betrieblich gerechtfertigt sein kann, wenn das Unternehmen keine Verluste macht. Es sei nicht davon auszugehen, dass ein Unternehmen erst in wirtschaftlichen Schwierigkeiten sein muss, damit es Rationalisierungsmaßnahmen ergreifen kann.⁵⁷⁾ Sogar **„hochrentable Unternehmen“ seien frei, „rentabilitätserhöhende Ra-**

44) Siehe zB OGH 9 ObA 143/05 b, ecolex 2006/96; 9 ObA 33/03 y, Arb 12.333; OGH 8 ObA 204/02 m, öRdA 2004/21 (*K. Mayr*) = ARD 5417/3/2003; 8 ObA 1/02 h, ecolex 2002/359; 8 ObA 201/01 v, öRdA 2002, 386 (*Tinhofer*); 9 ObA 189/01 m, RdW 2002/362; 9 ObA 289/99 m, RdW 2000/461; 9 ObA 142/97 s, RdW 1998, 357; 8 ObA 153/97 a, RdW 1998, 155; 8 ObA 96/97 v, RdW 1998, 153 uva.

45) VwGH 2471/52, Arb 5637.

46) Siehe vorherige FN.

47) 9 Ob 279/388, öRdA 1989, 389; s auch OGH ARD 4949/3/98.

48) OGH 9 ObA 310/93, RdW 1994, 113; s auch OGH 8 ObA 204/02 m, öRdA 2004/21 (*K. Mayr*).

49) VwGH 01/1409/80, ZAS 1982, 148; 86/01/0161, Arb 10.599.

50) OGH 9 ObA 120/91, öRdA 1992, 353 (*Runggaldier*).

51) 8 ObA 201/01 v, öRdA 2002/37 (*Tinhofer*); s auch OGH 9 ObA 199/01 g, ecolex 2001/356 (zust *Maza*) und 8 ObA 197/01 (unveröff) mit im Wesentlichen identen Sachverhalt.

52) Siehe vorherige FN.

53) Der OGH bezieht sich hierbei auf *Tomandl*, Die sozialwidrige Kündigung (1994) 69 f.

54) Siehe FN 49.

55) JBI 2001, 694.

56) OGH 9 ObA 189/01 m, ARD 5356/5/2002.

57) OGH 8 ObA 1/02 h, ecolex 2002/359 (*Maza*).

tionalisierungsmaßnahmen“ durchzuführen.⁵⁸⁾ Der Gerichtshof bekräftigte den Grundsatz, dass die betriebswirtschaftliche Notwendigkeit der Maßnahmen vom Gericht nicht zu überprüfen sei, was er jedoch manchmal mit folgender Aussage wieder relativierte: „(E)s besteht insoweit unternehmerische Entscheidungsfreiheit... bei gegebener Dringlichkeit der betrieblichen Erfordernisse...“.⁵⁹⁾

2. Kommentar

In der Lehre wurde bereits mehrfach kritisiert,⁶⁰⁾ dass die Gerichte trotz des grundsätzlichen Bekenntnisses zum freien Entscheidungsrecht des Arbeitgebers die im konkreten Fall getroffenen unternehmerischen Maßnahmen häufig in einer wertenden Weise kommentieren. Wie unter Pkt C.1. dargestellt, werden mitunter die Notwendigkeit und Eignung bestimmter unternehmerischer Maßnahmen an der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens und/oder am Ausmaß der dadurch erreichten Einsparungen gemessen.

Darüber hinaus wies *Tomandl* nach, dass der vom OGH gelegentlich verwendete Begriff der „Dringlichkeit“ im Hinblick auf die betrieblichen Erfordernisse, auf eine unkritische Übernahme von Stellungnahmen zum deutschen Kündigungsschutz zurückzuführen ist.⁶¹⁾ Das deutsche KSchG verlangt nämlich zur Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung „dringende betriebliche Erfordernisse“ (§ 1 Abs 2 Satz 1). § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG enthält hingegen keine solche Qualifikation, weshalb auf die Verwendung dieses Begriffs verzichtet werden sollte.

Ganz allgemein sollten in der Urteilsbegründung **Bewertungen der unternehmerischen Ziele und Maßnahmen unterbleiben**, sofern es sich nicht um die Kündigung selbst handelt (die ja letztlich auch eine „unternehmerische Maßnahme“ darstellt). Die vom OGH auch im Kündigungsschutzrecht zutreffend bejahte „unternehmerische Entscheidungsfreiheit“ verträgt sich eben nicht mit der Bewertung einer Rationalisierungsmaßnahme als „notwendig“, „betriebswirtschaftlich sinnvoll“, „plausibel“ oder „zweckmäßig“.

Einschränkend ist freilich festzuhalten, dass sich **der Arbeitgeber kein Ziel wählen darf, das auf eine Umgehung des Kündigungsschutzes hinausläuft**. Wollte etwa der Arbeitgeber den Betrieb in Hinkunft mit möglichst wenigen Stammarbeitnehmern und möglichst vielen Leiharbeitnehmern führen, so könnte er damit mE dennoch keine betrieblichen Kündigungen rechtfertigen.

Gerichtliche Feststellungen (ohne Bewertung) sind zu dem (den) vom Arbeitgeber verfolgten Ziel(en) und der Eignung der Kündigung zur Zielerreichung, für die Entscheidung über die Anfechtungsklage unverzichtbar. Das verfolgte Ziel und die Eignung der Kündigung zur Erreichung dieses Zieles hat der Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen.⁶²⁾ Zu Recht empfiehlt auch *Tomandl* den Gerichten, in der Entscheidung deutlich zu machen, dass sie sich auf eine Überprüfung der vom Arbeitgeber zur Rechtfertigung der Kündigung selbst genannten Ziele beschränken.⁶³⁾ Ausschließlich im Hinblick auf diese „Ziel-Mittel-Relation“ hat das

Gericht zu beurteilen, ob das Vorbringen des Arbeitgebers rational nachvollziehbar bzw plausibel ist.

Betrieblich bedingte (objektive) Kündigungen können vor allem zwei Ziele verfolgen:⁶⁴⁾

→ die Anpassung des Personalstands an den gesunkenen Arbeitsbedarf oder

→ die Steigerung der Arbeitsplatzrentabilität.

Ist die Kündigung grundsätzlich ein geeignetes Mittel zur Erreichung des vom Arbeitgeber verfolgten Ziels, so ist noch zu prüfen, ob die Kündigung unter mehreren zur Verfügung stehenden Maßnahmen das „schoonendste Mittel“ zur Zielerreichung darstellt, bzw ob es überhaupt Alternativen gibt („soziale Gestaltungspflicht“).⁶⁵⁾ Schließlich hat noch eine Abwägung der beiderseitigen Interessen zu erfolgen, deren Ergebnis freilich im Regelfall bereits im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht vorweg genommen wird (zur „differenzierten sozialen Gestaltungspflicht“ s unter Pkt D.2.).

D. Soziale Gestaltungspflicht bei betriebsbedingter Kündigung

1. Judikatur des OGH

Im Jahr 1988 führte erstmals ein arbeitsrechtlicher Senat des OGH aus, dass der Betriebsinhaber verpflichtet sei, trotz Einschränkung des Betriebs oder trotz Rationalisierungsmaßnahmen, alle Möglichkeiten auszuschöpfen, seine bisherigen Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen. Bei Kündigungen müsse die weitere Verwendungsmöglichkeit der betroffenen Arbeitnehmer auf den „Gesamtbetrieb“ hin überprüft werden. Kann der betroffene Arbeitnehmer in einer anderen Abteilung verwendet werden, so sei die Kündigung nicht betriebsbedingt. Im Rahmen von betrieblichen Rationalisierungs- oder Reorganisationsmaßnahmen etc müsse der Arbeitgeber den Arbeitnehmern „im Rahmen des Zumutbaren“ Gelegenheit zur Umschulung und Einarbeitung geben. Er dürfe nicht „ohne triftigen Anlass“ Arbeitnehmer kündigen und dafür andere neu einstellen.⁶⁶⁾

Seit dieser Grundsatzentscheidung gehört die soziale Gestaltungspflicht zum festen Begriffsrepertoire des OGH. Folgende weitere Aspekte dieser **Obliegenheit des Arbeitgebers** wurden im Laufe der Jahre vom Gerichtshof herausgearbeitet bzw vertieft:

Der **Umfang der sozialen Gestaltungspflicht** hängt auch von der Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers ab.

58) OGH 8 ObA 153/97 a, RdW 1998, 155; 8 ObA 96/97 v, RdW 1998, 153; 9 ObA 199/01 g, ecolex 2001/356 (*Mazal*); 8 ObA 1/02 h, ecolex 2002/253 (*Mazal*); 9 ObA 33/03 y, Arb 12.333.

59) Siehe OGH 8 ObA 153/97 a, RdW 1998, 155; 8 ObA 96/97 v, RdW 1998, 153.

60) Siehe *Tomandl*, ZAS 1984, 203; *ders*, Die sozialwidrige Kündigung (1994) 126 ff; *ders*, ZAS 1999, 104 (111); *Karl*, Die sozial ungerechtfertigte Kündigung (1999) 126 ff; *Tinhofer*, Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen (2002) 23 ff; *ders*, Komm zu OGH 8 ObA 201/01 v, öRdA 2002/37; *ders*, in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap XVIII Rz 56.

61) ZAS 1999, 104.

62) Siehe zB OGH 9 ObA 19/98 d, öRdA 1999/43 (*Kallab*).

63) ZAS 1999, 104.

64) Siehe *Tinhofer* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap XVIII Rz 58; so wie – ausführlich – *ders*, Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen 25 ff.

65) Siehe unter Pkt D.

66) OGH 9 ObA 110/88, öRdA 1989, 387 (zust *Floretta*).

Bei älteren und im Betrieb lange beschäftigten Arbeitnehmern ist ein besonders strenger Maßstab anzulegen.⁶⁷⁾

Grundsätzlich hat der Arbeitgeber eine freie Stelle dem Arbeitnehmer von sich aus anzubieten, weshalb eine allgemeine Stellenausschreibung nicht genügt.⁶⁸⁾ Allerdings muss der Arbeitgeber nur jene freie Stellen anbieten, für die der Arbeitnehmer aufgrund seiner bisherigen Verwendung geeignet erscheint. Handelt es sich hingegen um eine „eher ungewöhnliche Möglichkeit der Weiterverwendung des Arbeitnehmers im Betrieb“, so müsste der Arbeitnehmer selbst die Initiative ergreifen und dem Arbeitgeber mitteilen, dass er auch zur Übernahme derartiger Aufgaben fähig und willens ist. Im Verfahren trägt der Kläger im Hinblick auf seine Eignung für diese nicht der bisherigen Berufspraxis entsprechende Verwendung die Behauptungs- und Beweislast.⁶⁹⁾

Zu beachten ist allerdings, dass bei der Suche nach einem geeigneten Ersatzarbeitsplatz auch jene freien Stellen einzubeziehen sind, die der Arbeitnehmer nach einer für den Arbeitgeber zumutbaren **Einarbeitung, Einschulung** oder **Umschulung** einnehmen könnte.⁷⁰⁾ Dies gilt auch für Arbeitsplätze, die nicht der bisherigen Berufspraxis und Ausbildung entsprechen. Die Zumutbarkeit hängt wiederum von der sozialen Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers ab.⁷¹⁾

Ganz allgemein kommen all jene Arbeitsplätze in Betracht, auf denen der Arbeitnehmer – uU erst nach einer für den Arbeitgeber zumutbaren Einarbeitung, Einschulung oder Umschulung – voraussichtlich zumindest eine **durchschnittliche Leistung** erbringen kann.⁷²⁾

Der **versuchsweise Einsatz des von der Kündigung bedrohten Arbeitnehmers auf einer anderen Stelle**, die der Arbeitgeber im Hinblick auf die bisherige Verwendung und Ausbildung des Arbeitnehmers nicht hätte anbieten müssen (s oben), schließt die betriebliche Rechtfertigung einer nach 5,5 Monaten erfolgten Kündigung wegen Wegfalls des ursprünglichen Arbeitsplatzes nicht aus. Gelingt allerdings dem Arbeitnehmer im Verfahren der Nachweis, dass er auf dem neuen Arbeitsplatz bei zumutbarer Ein- bzw Umschulung eine zumindest durchschnittlich Leistung hätte erbringen können, so hat der Arbeitgeber seiner sozialen Gestaltungspflicht nicht Genüge getan.⁷³⁾

Nach stRsp ist die soziale Gestaltungspflicht grundsätzlich auf den **Betrieb** iSd § 34 ArbVG beschränkt, dem der Arbeitnehmer organisatorisch zugeordnet ist.⁷⁴⁾ In Ausnahmefällen hat jedoch der OGH auch **andere Betriebe des Unternehmens** in die Betrachtung miteinbezogen.⁷⁵⁾ Begründet wurde die Ausdehnung der sozialen Gestaltungspflicht in einem Fall mit der „Verflechtung“ zweier Betriebe durch Einschränkung der organisatorischen Selbständigkeit des einen Betriebs und Transfer von Arbeitsplätzen in den anderen Betrieb (ohne dass ein neuer, einheitlicher Betrieb iSd § 34 ArbVG entstand). In diesem Fall stützte der OGH seine Entscheidung zusätzlich auf eine „besondere Fürsorgepflicht“ des Arbeitgebers gegenüber einem durch die Kündigung besonders schwer beeinträchtigten langjährigen Arbeitnehmer.⁷⁶⁾ In einem Fall verlangte der OGH sogar die Prüfung der Beschäftigungsmöglichkeiten „in einem anderen Bereich des Konzerns“.⁷⁷⁾

2. Kommentar

Der oberstgerichtlichen Judikatur zur sozialen Gestaltungspflicht ist weitgehend zuzustimmen. Die soziale Gestaltungspflicht wird dem Wesen des sozialen Kündigungsschutzes am besten gerecht, wenn man ihre Reichweite von den Interessen beider Vertragsparteien abhängig macht. Im Kern geht es ja dem Kündigungsschutzrecht um den Ausgleich der Auflösungsinteressen des Arbeitgebers mit den Bestandsinteressen des Arbeitnehmers. Bei schwerwiegender Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitnehmers, ist also der Arbeitgeber zu besonders intensiven Anstrengungen bei der Suche nach einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit angehalten und umgekehrt. Eine solcherart „**differenzierte soziale Gestaltungspflicht**“ wurde – zumindest dem Wesen nach – auch in der Lehre bereits mehrfach vertreten.⁷⁸⁾

Die diesbezügliche Rsp des OGH ist überzeugend und führt letztlich dazu, dass die Interessenabwägung bei betriebsbedingten Kündigungen zum Großteil im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht stattfindet. Hat der Arbeitgeber seiner sozialen Gestaltungspflicht Genüge getan, kann er aber trotz aller Bemühungen keinen Ersatzarbeitsplatz finden, so ist die Kündigung im Normalfall betrieblich gerechtfertigt. In diesem Fall überwiegen die Interessen des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses jene des Arbeitnehmers an dessen Aufrechterhaltung. Andernfalls müsste der Arbeitgeber das Entgelt weiterzahlen, obwohl er den Arbeitnehmer nicht verwenden kann.⁷⁹⁾ Ein Überwiegen der Arbeitnehmer-Interessen wäre nur in besonderen Ausnahmefällen denkbar, etwa wenn der Arbeitnehmer eine wesentlich höhere Pension erhalten hätte, wäre die Kündigung statt zur Mitte des Monats zum Ende desselben Monats ausgesprochen worden.⁸⁰⁾

Die vom OGH nicht näher begründete **Ausdehnung der sozialen Gestaltungspflicht auf den gesamten Konzern** wurde von der Lehre stark kritisiert, wobei manche Autoren auch ein Versehen des Gerichtshofs annehmen.⁸¹⁾ Allerdings wird in der Literatur übereinstim-

67) OGH 2 Ob 554/86, öRdA 1988, 229 (*Floretta*). Siehe auch OGH 8 ObA 172/98 x, RdW 1999, 117; 9 ObA 143/05 b, ecolex 2006/96.

68) OGH 9 ObA 110/88, öRdA 1989, 387 (zust *Floretta*).

69) OGH 9 ObA 110/88, öRdA 1989, 387 (zust *Floretta*). Siehe auch OGH 9 ObA 142/97 s, RdW 1998, 357; 8 ObA 204/02 m, öRdA 2004/21 (*K. Mayr*); 9 ObA 143/05 b, ecolex 2006/96; 8 Ob 87/04 h, Arb 12.546.

70) Siehe vorherige FN.

71) Siehe zB OGH 8 ObA 51/05 s, ARD 5659/1/2006.

72) Siehe zB OGH 9 ObA 142/97 s, RdW 1998, 357; 8 ObA 51/05 s, ARD 5659/1/2006.

73) 1. Rechtsgang: OGH 8 ObA 204/02 m, öRdA 2004/21 (*K. Mayr*); 2. Rechtsgang: OGH 8 ObA 51/05 s, ARD 5659/1/2006.

74) OGH 9 ObA 279/88, öRdA 1989, 389 (*Floretta*); 9 ObA 338/89, RdW 1990, 354; 9 ObA 233/93, öRdA 1994, 252 (*Trost*); 9 ObA 142/97 s, RdW 1998, 357 uvm.

75) OGH 9 ObA 224/89, öRdA 1990, 143; 9 ObA 120/91, öRdA 1992, 353 (*Runggaldier*); 8 ObA 236/94, ZAS 1996, 119 (*Windisch-Graetz*, 109).

76) OGH 8 ObA 236/94, ZAS 1996, 119 (*Windisch-Graetz*, 109).

77) OGH 9 ObA 310/93, RdW 1994, 113 (*Runggaldier*, 110) = ecolex 1994, 188 (*Mazal*).

78) Siehe etwa *Firlei*, wbl 1989, 200; *Runggaldier*, RdW 1994, 111; *ders*, RdW 1995, 267; *Tinhofer*, Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen 36 f mwN aus der Rsp. AA *Tomandl*, ZAS 1999, 104 (106 f).

79) Siehe zB OGH 8 ObA 1/02 h, ecolex 2002/359; Arb 12.333; 2. 3. 2007, 9 ObA 78/06 w, ARD 5806/2/2007.

80) Dieser Sachverhalt lag der E des VwGH 110/81, öRdA 1983, 115 zugrunde.

81) Siehe *Runggaldier*, RdW 1994, 111; *Mazal*, ecolex, 1994, 188; *Tomandl*, Kündigung 61; *Schima*, RdW 1994, 352.

ment die Ansicht vertreten, dass sich der Arbeitgeber dann nicht auf die (rechtliche) Selbständigkeit von Konzernunternehmen berufen dürfe, wenn er sie selbst nicht beachtet, sondern sein Personal zwischen den Unternehmen verschiebt oder sich das zumindest vorbehalten hat.⁸²⁾ Nach dem vom OGH in der Entscheidung v 31. 8. 1994⁸³⁾ entwickelten Grundsatz, würde auch die enge organisatorische Verflechtung zwischen zwei (oder mehreren) Betrieben verschiedener Konzernunternehmen, die Ausdehnung der sozialen Gestaltungspflicht über die Unternehmensgrenzen hinaus rechtfertigen.

Selbst wenn die von Rsp und Lehre anerkannten Gründe für eine ausnahmsweise Ausdehnung der sozialen Gestaltungspflicht auf den Konzern vorliegen sollten, so ist noch Folgendes zu beachten: **Der Arbeitgeber muss einen Arbeitsplatz in einem anderen Konzernunternehmen nur dann anbieten, wenn es ihm aufgrund seiner Stellung im Konzern möglich und zumutbar ist, die Überlassung des Arbeitnehmers an dieses Unternehmen durchzusetzen.** Nur auf diese Weise wird nämlich das Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber auf-

rechterhalten. Ein solcher Einfluss wird in der Regel nur der Konzernobergesellschaft im Verhältnis zu den Untergesellschaften zukommen. Ein Kontrahierungszwang einer anderen Konzerngesellschaft mit dem Arbeitnehmer oder einen *ex lege*-Übergang des Arbeitsverhältnisses auf diese Gesellschaft kann hingegen nicht auf das Kündigungsschutzrecht gestützt werden.⁸⁴⁾

Wenn also ein bisher bei der Muttergesellschaft beschäftigter Arbeitnehmer bei einer Tochtergesellschaft eingesetzt werden könnte, so wäre dem Arbeitnehmer – bei Erfüllung der oben genannten Voraussetzungen – die Überlassung an diese Gesellschaft unter Aufrechterhaltung seines Arbeitsvertrags zur Muttergesellschaft anzubieten.

82) Ausführlich *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern (1996) 214. Siehe auch *Grillberger*, wbl 1990, 10; *Mazal*, *ecolex* 1994, 188; *Schima*, RdW 1994, 355; *Jabornegg*, öRdA 2002, 118 (128 f).

83) 8 ObA 236/94, ZAS 1996, 119 (*Windisch-Graetz*, 109).

84) Siehe auch *Tinhofer*, Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen 37 ff; *ders*, Schutz vor sozialwidriger Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen (Dissertation, 1999) 110 ff jeweils mwN.

→ In Kürze

Die Judikatur des OGH zum sozialen Kündigungsschutz ist weitgehend überzeugend. Bei der Berücksichtigung des Ehegatteneinkommens und des Anspruchs auf eine Alterspension sowie beim „konzerndimensionalen Kündigungsschutz“ wäre allerdings eine Auseinandersetzung mit den kritischen Stellungnahmen in der Literatur angebracht.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Andreas Tinhofer, LL.M., ist Rechtsanwalt in Wien. Kontaktadresse: Rilkeplatz 8, 1040 Wien. Tel: (01) 236 46 59, Fax: (01) 236 46 59 – 9, E-Mail: andreas.tinhofer@labourlaw.at, Internet: www.labourlaw.at

Vom selben Autor erschienen:

Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen (2002); Schutz vor sozialwidriger Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen (Dissertation, 1999); gem mit *Hainz*, Arbeits- und Sozialrecht in Mittel- und Osteuropa (2004).

Literatur:

Karl, Die sozial ungerechtfertigte Kündigung (1999) 126 ff; *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (Loseblatt); *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern (1996); *Tomandl*, Die sozialwidrige Kündigung (1994).

→ Seminar-Tipp

Rechtsprobleme der Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Termine: 16. April 2008 und 11. September 2008

Information und Anmeldung: www.ars.at

Tel: (01) 713 80 24

ZAS-Abonnenten erhalten 5% Ermäßigung auf die Seminargebühr.

→ Literatur-Tipp



Kemetter, Checkliste Kündigung, *ecolex* 2008, 187

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100,

Fax: (01) 531 61-455,

E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at



2007. XXXII, 384 Seiten.
Geb. EUR 74,-
ISBN 978-3-214-18429-2

Nunner-Krautgasser

Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz

Wechselwirkungen zwischen materiellem und formellem Recht und ihr Einfluss auf den Inhalt und die Durchsetzung von Rechten

Das vorliegende Werk beschäftigt sich mit der Relevanz der Vermögenshaftung für die Durchsetzung von Rechten, wobei sowohl die Rechtsdurchsetzung mit Klage und Exekution als auch diejenige in einem Insolvenzverfahren analysiert wird.

MANZ