

# TE OGH 2003/8/7 80bA48/03x

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.08.2003

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Petrag als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Rohrer und Dr. Kuras sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Harald Kaszanits und Mag. Gabriele Jarosch als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Franz V\*\*\*\*\* , vertreten durch Grießer Gerlach Gahleitner, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei G\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Pira-Stemberger und Dr. Bierbaumer-Vergeiner, Rechtsanwältinnen in Salzburg, wegen Kündigungsanfechtung, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 27. Februar 2002, GZ 11 Ra 21/03t-17, mit dem infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 30. Juli 2002, GZ 11 Cga 15/02w-13, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revision der klagenden Partei wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

## Text

Begründung:

Der 1944 geborene Kläger war über viele Jahre in einem großen Konzern beschäftigt, wurde jedoch schließlich gekündigt und focht diese Kündigung an. Im Zuge dieser Auflösungsstreitigkeiten kam es zu einer Vereinbarung, wonach der Kläger in dem früheren Betriebspensionssystem verbleiben sollte und sich seine frühere Dienstgeberin auch verpflichtete, die entsprechenden Beiträge bis zur Vollendung des 60. Lebensjahres des Klägers einzubezahlen. Im Zuge der Auflösung seines Arbeitsverhältnisses erhielt der Kläger von seiner früheren Dienstgeberin eine gesetzliche und eine freiwillige Abfertigung in Höhe von ca S 2 oder 2,5 Mio. Diese Abfertigungszahlungen verwendet er im Wesentlichen zur Rückzahlung der Mittel für sein Eigenheim und zur Unterstützung seiner Tochter beim Bau eines neuen Hauses.

Die Beklagte übernahm den Kläger von dem früheren Unternehmen per 1. 1. 1999 mit einem Bruttomonatsgehalt von S 74.894,-- 14-mal jährlich sowie einem auch zu Privatzwecken zur Verfügung stehenden Firmenauto. Die Beklagte sagte auch zu, den Kläger bis 31. 12. 2001 nicht zu kündigen. Sie sprach dann mit 1. 1. 2002 die hier gegenständliche Kündigung des Klägers zum 15. 3. 2002 aus. Im Zuge der Auflösungsgespräche mit seiner früheren Dienstgeberin wurde dem Kläger schriftlich zugesagt, dass dann, wenn die beklagte Partei geschlossen oder veräußert würde und

dadurch eine Weiterbeschäftigung des Klägers aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen nicht möglich wäre, die frühere Dienstgeberin bis zum frühestmöglichen Bezug der ASVG-Pension eine Zuzahlung zum Arbeitslosengeld bzw zur Notstandsunterstützung in Höhe bis zu 85 % seines letzten monatlichen Nettogehaltes leisten werde. Darüber hinaus wurde mündlich auch vereinbart, dass die Zuzahlung auch für den Fall gelte, dass der Kläger von der beklagten Partei gekündigt werde. Nach Ausspruch der hier maßgeblichen Kündigung hat die frühere Dienstgeberin des Klägers die Zahlung jedoch verweigert. Der Kläger ist Hälfteeigentümer eines Doppelhauses im Wert von S 5 Mio, für das monatlich an Betriebskosten einschließlich Strom, Gas, Wasser, Müllgebühren, Telefonkosten und Versicherungsaufwendungen ca EUR 400,-- anfallen, die er gemeinsam mit seiner Gattin zu tragen hat. Weiters zahlt er etwa EUR 280,-- monatlich in eine seit 1987 für eine Laufzeit von 17 Jahren abgeschlossene Lebensversicherung und weitere ca EUR 25,-- in eine weitere Versicherung, die 2009 abläuft und vor 30 Jahren abgeschlossen wurde. Auch hat der Kläger eine Krankenzusatzversicherung für die gesamte Familie und eine Unfallversicherung die einen monatlichen Aufwand von ca EUR 350,-- verursachen. An Leistungen für seine Betriebspension bei seinem früheren Arbeitgeber hat er monatlich ca EUR 140,-- zu bezahlen. Der Kläger verfügt über einen Baugrund im Wert von ca EUR 140.000,-- den er seiner Tochter zu Bauzwecken zur Verfügung gestellt hat sowie über Wertpapiere mit einem Volumen von ca EUR 35.000,--.

Die Ehegattin des Klägers hat seit 20 Jahren in einem Mietobjekt eine Zahnarztpraxis und erzielt daraus jährlich ein Nettoeinkommen von ca EUR 60.000,--. Auch sie hat Wertpapiere in einem Ausmaß von ca EUR 25.000,--. An monatlichen Versicherungsleistungen hat sie etwa EUR 350,-- zu erbringen. Sie besitzt auch noch ein ihr von ihrer Schwiegermutter geschenktes Bauernhaus im Waldviertel mit einem nicht feststellbaren Wert. Nach Beendigung des Dienstverhältnisses zur Beklagten bezieht der Kläger ein Arbeitslosengeld in Höhe von monatlich ca EUR 1.100,--.

Der Kläger stützt seine Kündigungsanfechtung nach § 105 Abs 3 ArbVG im Wesentlichen darauf, dass er durch die Kündigung in seinen Interessen massiv beeinträchtigt sei, da er mit seinem 57. Lebensjahr am Arbeitsmarkt keinen neuen Arbeitsplatz erlangen werde, auch gebe es keine Gründe für die Kündigung, insbesondere treffe es nicht zu, dass der Kläger seine Arbeitsleistung nicht ordnungsgemäß erbracht habe. Nach seiner 30-jährigen Beschäftigungszeit bei seinem früheren Arbeitgeber sei schließlich im Hinblick auf die Möglichkeit der Beendigung des neuen Dienstverhältnisses vereinbart worden, dass der Kläger dann, wenn er an der Auflösung des neuen Dienstverhältnisses keine Schuld trage von seinem früheren Arbeitgeber 85 % seines früheren Einkommens erhalte. Zum Einkommen seiner Ehegattin führte der Kläger auch noch aus, dass deren Altersversorgung unsicher sei. Er selbst könne frühestens mit 61 ½ Jahren in Pension gehen. Der Kläger stützt seine Kündigungsanfechtung nach Paragraph 105, Absatz 3, ArbVG im Wesentlichen darauf, dass er durch die Kündigung in seinen Interessen massiv beeinträchtigt sei, da er mit seinem 57. Lebensjahr am Arbeitsmarkt keinen neuen Arbeitsplatz erlangen werde, auch gebe es keine Gründe für die Kündigung, insbesondere treffe es nicht zu, dass der Kläger seine Arbeitsleistung nicht ordnungsgemäß erbracht habe. Nach seiner 30-jährigen Beschäftigungszeit bei seinem früheren Arbeitgeber sei schließlich im Hinblick auf die Möglichkeit der Beendigung des neuen Dienstverhältnisses vereinbart worden, dass der Kläger dann, wenn er an der Auflösung des neuen Dienstverhältnisses keine Schuld trage von seinem früheren Arbeitgeber 85 % seines früheren Einkommens erhalte. Zum Einkommen seiner Ehegattin führte der Kläger auch noch aus, dass deren Altersversorgung unsicher sei. Er selbst könne frühestens mit 61 ½ Jahren in Pension gehen.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete zusammengefasst ein, dass die Kündigung des Klägers nicht sozialwidrig sei, da der Kläger durch seine 30-jährige gut dotierte Tätigkeit bei seinem früheren Arbeitgeber ausreichend Möglichkeit gehabt habe, ein Vermögen zu erwerben und sich dieser auch verpflichtet habe, im Fall der Auflösung des Dienstverhältnisses 80 % des Nettogehaltes bis zum Pensionsantritt zu bezahlen. Auch verfüge die Ehegattin des Klägers über ausreichendes Einkommen. Der Kläger habe im Hinblick auf die Befristung des Kündigungsausschlusses mit 31. 12. 2001 mit einer Kündigung danach rechnen müssen. Die Kündigung sei erfolgt, weil der Kläger - wie die Beklagte im Einzelnen darstellte - den an ihn gestellten Anforderungen nicht mehr gerecht werden konnte. Insbesondere sei er teamunfähig und nicht mehr in der Lage gewesen, sich auf eine neue Kundenstruktur und die neuen Produkte einzustellen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehr ab. Es stützte dies rechtlich im Wesentlichen darauf, dass der durch die Pensionierung regelmäßig eintretende Einkommensverlust zumutbar sei. Die Chancen des Klägers am Arbeitsmarkt seien zwar denkbar schlecht, jedoch habe der Kläger ausreichendes Vermögen in Form des Einfamilienhauses und der Wertpapiere, beziehe eine Arbeitslosenunterstützung und habe Unterhaltsansprüche gegen seine Ehegattin. Es stehe

ihm auch offen, gegen seine Tochter Bereicherungsansprüche aus der Bebauung des Grundstückes geltend zu machen. Die bis zur Pensionierung mit 61 ½ Jahren zu erwartenden Einkommensverluste könnten keine Sozialwidrigkeit der Kündigung nachweisen.

Das Berufungsgericht gab der gegen dieses Urteil erhobenen Berufung des Klägers nicht Folge. Wesentlich sei die Absicherung des Klägers durch seinen früheren Arbeitgeber. Eine Einkommenseinbuße von 10 % sei in der Regel nicht ausreichend anzusehen, um eine wesentliche Interessenbeeinträchtigung nachzuweisen. Nicht entscheidend sei, ob die Ansprüche gegen den früheren Arbeitgeber unbestritten seien, da den Kläger die Beweislast für die Interessenbeeinträchtigung treffe. Der Kläger hätte zu behaupten und zu beweisen gehabt, dass die Durchsetzung dieser Ansprüche aussichtslos sei. Da die Möglichkeit einer weitergehenden Absicherung des Klägers offengeblieben sei, gehe dies zu Lasten des Klägers.

Die ordentliche Revision erachtete das Berufungsgericht als nicht zulässig, da es nur um die Beurteilung der Umstände des Einzelfalles gehe.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die gegen dieses Urteil gerichtete außerordentliche Revision des Klägers ist zulässig und auch berechtigt. Zur Frage, wie allfällige, teilweise bestrittene Zusagen eines vorangegangenen Arbeitgebers über den Ersatz des Einkommensausfalls bei der Beurteilung der Interessenbeeinträchtigung bei Kündigung durch den neuen Arbeitgeber zu berücksichtigen sind, liegt keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes vor.

Allgemein ist bei der Beurteilung der Frage, ob eine Kündigung sozial ungerechtfertigt im Sinne des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG ist, vorweg ohne Rückkoppelung mit den anderen Tatbestandsvoraussetzungen zu prüfen, ob durch die Kündigung überhaupt wesentliche Interessen des betroffenen Arbeitnehmers beeinträchtigt werden (vgl etwa OGH 19. 12. 2001, 9 ObA 174/01f = ASOK 2002, 417, OGH 29. 8. 2002, 8 ObA 177/02s, OGH 19. 9. 2002, 8 ObA 25/02p mwN etwa Arb 10.755; DRDA 1989/24 [Floretta] uva). Für diese Umstände ist grundsätzlich auch der anfechtende Arbeitnehmer behauptungs- und beweispflichtig (vgl 9 ObA 174/01f, 8 ObA 177/02s, 8 ObA 25/02p jeweils mwN etwa Arb 10.874 uva). Allgemein ist bei der Beurteilung der Frage, ob eine Kündigung sozial ungerechtfertigt im Sinne des Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer 2, ArbVG ist, vorweg ohne Rückkoppelung mit den anderen Tatbestandsvoraussetzungen zu prüfen, ob durch die Kündigung überhaupt wesentliche Interessen des betroffenen Arbeitnehmers beeinträchtigt werden vergleiche etwa OGH 19. 12. 2001, 9 ObA 174/01f = ASOK 2002, 417, OGH 29. 8. 2002, 8 ObA 177/02s, OGH 19. 9. 2002, 8 ObA 25/02p mwN etwa Arb 10.755; DRDA 1989/24 [Floretta] uva). Für diese Umstände ist grundsätzlich auch der anfechtende Arbeitnehmer behauptungs- und beweispflichtig vergleiche 9 ObA 174/01f, 8 ObA 177/02s, 8 ObA 25/02p jeweils mwN etwa Arb 10.874 uva).

Inhaltlich ist bei der Beurteilung der wesentlichen Interessenbeeinträchtigung die gesamte wirtschaftliche und soziale Lage des Arbeitnehmers heranzuziehen (vgl 9 ObA 174/01f, 8 ObA 177/02s, 8 ObA 25/02p jeweils mwN, etwa DRDA 1989/24 [Floretta] uva). Soweit in diesem Zusammenhang teilweise auch gefordert wird (vgl Gerlach, Zur Zulässigkeit von Austauschkündigungen ZAS 2000, 97) stärker die Interessen der Arbeitssuchenden zu berücksichtigen, hat der erkennende Senat bereits in seiner Entscheidung vom 10. 4. 2003 zu 8 ObA 204/02m darauf hingewiesen, dass selbst der "Sozialvergleich" im Sinne des § 105 Abs 3 ArbVG nur unter ganz spezifischen Voraussetzungen, etwa der Erhebung eines Widerspruchs durch den Betriebsrat, möglich ist. Daher scheint ein allgemeiner weiter "Sozialvergleich" mit gar nicht beschäftigten Arbeitnehmern vom Gesetz nicht beabsichtigt. Allerdings hat der Oberste Gerichtshof auch wiederholt ausgesprochen, dass dem Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung wesentlicher Interessen im Sinne des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG durchaus zugrundeliegt, dass die Einkommenslage im Laufe des Arbeitslebens diesen Schwankungen unterworfen ist und daher nicht jede finanzielle Schlechterstellung genügt, sondern sie ein Ausmaß erreichen muss, das unter Berücksichtigung aller Faktoren eine fühlbare ins Gewicht fallende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage zur Folge hat (vgl insbesondere OGH 19. 12. 2001, 9 ObA 174/01f = ASOK 2002, 417 f; allgemein RIS-Justiz RS0051753 mwN etwa OGH 9 ObA 237/99i; Arb 10.755 uva). In diesem Zusammenhang wären durchaus auch Pensionszusagen oder Zusagen über die Leistung von "Vorruststands- bzw Überbrückungsgeldern" zu berücksichtigen" (vgl dazu auch DRDA 1992/53 [Mosler]; grundsätzlich auch OGH 19. 12. 2001, 9 ObA 244/01z = DRDA 2003/14 [Tinnofer]). Darin ist auch keine mittelbare Diskriminierung im Sinne des Art 2 Abs 2 lit b der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung und Beruf (vgl Amtsblatt Nr L 303 vom 2. 12. 2000, 16 bis 22) zu sehen, die

entsprechend ihrem Art 18 aber ohnehin erst bis 2. 12. 2003 umzusetzen ist. Inhaltlich ist bei der Beurteilung der wesentlichen Interessenbeeinträchtigung die gesamte wirtschaftliche und soziale Lage des Arbeitnehmers heranzuziehen vergleiche 9 ObA 174/01f, 8 ObA 177/02s, 8 ObA 25/02p jeweils mwN, etwa DRdA 1989/24 [Florella] uva). Soweit in diesem Zusammenhang teilweise auch gefordert wird vergleiche Gerlach, Zur Zulässigkeit von Austauschkündigungen ZAS 2000, 97) stärker die Interessen der Arbeitssuchenden zu berücksichtigen, hat der erkennende Senat bereits in seiner Entscheidung vom 10. 4. 2003 zu 8 ObA 204/02m darauf hingewiesen, dass selbst der "Sozialvergleich" im Sinne des Paragraph 105, Absatz 3, ArbVG nur unter ganz spezifischen Voraussetzungen, etwa der Erhebung eines Widerspruchs durch den Betriebsrat, möglich ist. Daher scheint ein allgemeiner weiter "Sozialvergleich" mit gar nicht beschäftigten Arbeitnehmern vom Gesetz nicht beabsichtigt. Allerdings hat der Oberste Gerichtshof auch wiederholt ausgesprochen, dass dem Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung wesentlicher Interessen im Sinne des Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer 2, ArbVG durchaus zugrundeliegt, dass die Einkommenslage im Laufe des Arbeitslebens diesen Schwankungen unterworfen ist und daher nicht jede finanzielle Schlechterstellung genügt, sondern sie ein Ausmaß erreichen muss, das unter Berücksichtigung aller Faktoren eine fühlbare ins Gewicht fallende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage zur Folge hat vergleiche insbesondere OGH 19. 12. 2001, 9 ObA 174/01f = ASok 2002, 417 f; allgemein RIS-Justiz RS0051753 mwN etwa OGH 9 ObA 237/99i; Arb 10.755 uva). In diesem Zusammenhang wären durchaus auch Pensionszusagen oder Zusagen über die Leistung von "Vorruststands- bzw Überbrückungsgeldern "zu berücksichtigen" vergleiche dazu auch DRdA 1992/53 [Mosler]; grundsätzlich auch OGH 19. 12. 2001, 9 ObA 244/01z = DRdA 2003/14 [Tinhofer]). Darin ist auch keine mittelbare Diskriminierung im Sinne des Artikel 2, Absatz 2, Litera b, der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung und Beruf vergleiche Amtsblatt Nr L 303 vom 2. 12. 2000, 16 bis 22) zu sehen, die entsprechend ihrem Artikel 18, aber ohnehin erst bis 2. 12. 2003 umzusetzen ist.

Unabhängig von der Frage, inwieweit überhaupt vor Ablauf der Umsetzungsfrist eine richtlinienkonforme Interpretation bereits bestehender, und nicht im Zusammenhang mit der Richtlinie geschaffener gesetzlicher Regelungen vorzunehmen ist (vgl allgemein RIS-Justiz RS0110869 mwN; in diesem Sinne auch Nettesheim in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union Art 249 Rz 153 aASTreinz Europarecht5, Rz 393 b), wäre daraus auch für den Kläger nichts gewonnen. Zwar werden typischerweise ältere Arbeitnehmer "Pensionsansprüche" haben und wird damit das "neutrale Kriterium" der Interessenbeeinträchtigung von ihnen schwerer nachzuweisen sein. Eine mittelbare Diskriminierung liegt jedoch entsprechend Art 2 Abs 2 lit b der Richtlinie auch dann nicht vor, wenn ein neutrales Kriterium zwar Personen eines bestimmten Alters benachteiligen kann, dieses Kriterium jedoch in angemessener Weise zur Verfolgung eines rechtmäßigen Ziels gerechtfertigt und erforderlich ist. Unter dem Blickwinkel des Schutzes des Arbeitnehmers vor einer "sozial ungerechtfertigten" Kündigung kann es nun aber durchaus als sachgerecht angesehen werden, wenn der Gesetzgeber die Kündigungsanfechtung eben dann einschränkt, wenn unabhängig vom Arbeitseinkommen eine finanzielle Absicherung vorhanden ist und insoweit die Kündigung eben nicht als "sozial ungerechtfertigt" beurteilt. Zur Frage der "Erforderlichkeit" ist darauf zu verweisen, dass zwar - wie oben dargestellt - die Interessen der Arbeitssuchenden bei konkreten Anwendung des § 105 Abs 3 ArbVG nicht unmittelbar zu berücksichtigen sind, jedoch kann diese Bestimmung insgesamt auch als Entscheidung zu Gunsten der am Arbeitsmarkt auf das Arbeitseinkommen angewiesenen Arbeitnehmer verstanden werden. Insoweit ist die Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeit auf in ihren Interessen wesentlich beeinträchtigte Arbeitnehmer erforderlich und bewegt sich im Regelungsziel des § 105 ArbVG. In diesem Zusammenhang ist auch auf Art 6 der Richtlinie zu verweisen, der bei der Frage der Diskriminierungen wegen des Alters ausdrücklich vorsieht, dass Beschäftigungspolitik und Arbeitsmarkt legitime Ziele darstellen (vgl in diesem Zusammenhang auch OGH 23. 4. 2003, 9 ObA 223/02p; allgemein Wiedemann/Thüsing, Der Schutz älterer Arbeitnehmer und die Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG, NZA 2002, 1238; allgemein dazu, dass ein unbestimmter Rechtsbegriff durch den europäischen Richtliniengesetzgeber nicht nur bei der Umsetzung, sondern auch bei der Interpretation dem nationalen Rechtsanwender entsprechende Spielräume verschafft, Nettesheim aaO). Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass der Gesetzgeber im § 105 Abs 3 ArbVG den Interessen älterer, länger im Betrieb beschäftigter Arbeitnehmer dann, wenn sie eine Interessenbeeinträchtigung nachweisen können, ohnehin einen besonderen Schutz eingeräumt hat (vgl zur Zulässigkeit unter dem Aspekt der positiven Förderungsmaßnahmen nach Art 7 Abs 1 der Richtlinie OGH 9 ObA 223/02p; Wiedemann/Thüsing aaO, 1240 ff ua). Ordnet er doch im vorletzten Satz dieser Bestimmung an, dass bei älteren Arbeitnehmern ua bei der Prüfung ob eine Kündigung sozial ungerechtfertigt ist, der Umstand einer

vieljährigen ununterbrochenen Beschäftigungszeit im Betrieb oder Unternehmen, dem der Betrieb angehört, sowie die wegen des höheren Lebensalters zu erwartenden Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess besonders zu berücksichtigen sind. Bei der Kündigung älterer Arbeitnehmer ist also ein strenger Maßstab anzulegen (vgl Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller ArbVG Band III2, § 105 Erl 56; RIS-Justiz RS0052008). Das bedeutet aber nicht automatisch die Sozialwidrigkeit der Kündigung, sondern ist dies bei der Prüfung im Einzelfall zu berücksichtigen (vgl auch Karl, Die sozial ungerechtfertigte Kündigung, 50). Unabhängig von der Frage, inwieweit überhaupt vor Ablauf der Umsetzungsfrist eine richtlinienkonforme Interpretation bereits bestehender, und nicht im Zusammenhang mit der Richtlinie geschaffener gesetzlicher Regelungen vorzunehmen ist vergleiche allgemein RIS-Justiz RS0110869 mwN; in diesem Sinne auch Nettesheim in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union Artikel 249, Rz 153 aA Streinz Europarecht5, Rz 393 b), wäre daraus auch für den Kläger nichts gewonnen. Zwar werden typischerweise ältere Arbeitnehmer "Pensionsansprüche" haben und wird damit das "neutrale Kriterium" der Interessenbeeinträchtigung von ihnen schwerer nachzuweisen sein. Eine mittelbare Diskriminierung liegt jedoch entsprechend Artikel 2, Absatz 2, Litera b, der Richtlinie auch dann nicht vor, wenn ein neutrales Kriterium zwar Personen eines bestimmten Alters benachteiligen kann, dieses Kriterium jedoch in angemessener Weise zur Verfolgung eines rechtmäßigen Ziels gerechtfertigt und erforderlich ist. Unter dem Blickwinkel des Schutzes des Arbeitnehmers vor einer "sozial ungerechtfertigten" Kündigung kann es nun aber durchaus als sachgerecht angesehen werden, wenn der Gesetzgeber die Kündigungsanfechtung eben dann einschränkt, wenn unabhängig vom Arbeitseinkommen eine finanzielle Absicherung vorhanden ist und insoweit die Kündigung eben nicht als "sozial ungerechtfertigt" beurteilt. Zur Frage der "Erforderlichkeit" ist darauf zu verweisen, dass zwar - wie oben dargestellt - die Interessen der Arbeitssuchenden bei konkreten Anwendung des Paragraph 105, Absatz 3, ArbVG nicht unmittelbar zu berücksichtigen sind, jedoch kann diese Bestimmung insgesamt auch als Entscheidung zu Gunsten der am Arbeitsmarkt auf das Arbeitseinkommen angewiesenen Arbeitnehmer verstanden werden. Insoweit ist die Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeit auf in ihren Interessen wesentlich beeinträchtigte Arbeitnehmer erforderlich und bewegt sich im Regelungsziel des Paragraph 105, ArbVG. In diesem Zusammenhang ist auch auf Artikel 6, der Richtlinie zu verweisen, der bei der Frage der Diskriminierungen wegen des Alters ausdrücklich vorsieht, dass Beschäftigungspolitik und Arbeitsmarkt legitime Ziele darstellen vergleiche in diesem Zusammenhang auch OGH 23. 4. 2003, 9 ObA 223/02p; allgemein Wiedemann/Thüsing, Der Schutz älterer Arbeitnehmer und die Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG, NZA 2002, 1238; allgemein dazu, dass ein unbestimmter Rechtsbegriff durch den europäischen Richtliniengesetzgeber nicht nur bei der Umsetzung, sondern auch bei der Interpretation dem nationalen Rechtsanwender entsprechende Spielräume verschafft, Nettesheim aaO). Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass der Gesetzgeber im Paragraph 105, Absatz 3, ArbVG den Interessen älterer, länger im Betrieb beschäftigter Arbeitnehmer dann, wenn sie eine Interessenbeeinträchtigung nachweisen können, ohnehin einen besonderen Schutz eingeräumt hat vergleiche zur Zulässigkeit unter dem Aspekt der positiven Förderungsmaßnahmen nach Artikel 7, Absatz eins, der Richtlinie OGH 9 ObA 223/02p; Wiedemann/Thüsing aaO, 1240 ff ua). Ordnet er doch im vorletzten Satz dieser Bestimmung an, dass bei älteren Arbeitnehmern ua bei der Prüfung ob eine Kündigung sozial ungerechtfertigt ist, der Umstand einer vieljährigen ununterbrochenen Beschäftigungszeit im Betrieb oder Unternehmen, dem der Betrieb angehört, sowie die wegen des höheren Lebensalters zu erwartenden Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess besonders zu berücksichtigen sind. Bei der Kündigung älterer Arbeitnehmer ist also ein strenger Maßstab anzulegen vergleiche Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller ArbVG Band III2, Paragraph 105, Erl 56; RIS-Justiz RS0052008). Das bedeutet aber nicht automatisch die Sozialwidrigkeit der Kündigung, sondern ist dies bei der Prüfung im Einzelfall zu berücksichtigen vergleiche auch Karl, Die sozial ungerechtfertigte Kündigung, 50).

Davon, dass allein allfällige Unterhaltsansprüche des Klägers gegen seine Ehegattin im Hinblick auf die konkreten Aufwendungen und weitere Nachteile des Klägers etwa im Rahmen der Pensionsversicherung die Sozialwidrigkeit noch nicht ausschließen (vgl zur generellen Berücksichtigung zuletzt 9 ObA 174/01f = ASok 2002, 417) ist offensichtlich bereits das Berufungsgericht ausgegangen. Damit verbleibt im Ergebnis die Frage allfälliger Ansprüche gegen den früheren Arbeitgeber. Davon, dass allein allfällige Unterhaltsansprüche des Klägers gegen seine Ehegattin im Hinblick auf die konkreten Aufwendungen und weitere Nachteile des Klägers etwa im Rahmen der Pensionsversicherung die Sozialwidrigkeit noch nicht ausschließen vergleiche zur generellen Berücksichtigung zuletzt 9 ObA 174/01f = ASok 2002, 417) ist offensichtlich bereits das Berufungsgericht ausgegangen. Damit verbleibt im Ergebnis die Frage allfälliger Ansprüche gegen den früheren Arbeitgeber.

Der Oberste Gerichtshof hat nun in seiner Entscheidung 9 ObA 174/01f (= ASok 2002, 417) im Zusammenhang mit

Unterhaltsansprüchen ausgesprochen, dass bei dem Grad der wirtschaftlichen Absicherung auch zu berücksichtigen sein kann, inwieweit die Unterhaltsansprüche tatsächlich erfüllt werden oder nur bei gleichzeitiger Betreibung der Auflösung der Ehegemeinschaft durchsetzbar sind, dass aber diese einschränkenden "Umstände vom Arbeitnehmer" nachgewiesen werden müssen (vgl auch Arb 10.874; RIS-Justiz RS0051640). Davon unterscheidet sich der vorliegende Fall jedoch dadurch, dass anders - als bei gesetzlichen Unterhaltsansprüchen - hier der Anspruch des Klägers schon dem Grunde nach strittig ist. Eine endgültige Abklärung kann in dem vorliegenden Verfahren, an dem der vorangegangene Arbeitgeber gar nicht beteiligt ist, naturgemäß nicht erfolgen. Wesentlich ist aber, dass sich aus der Betrachtung der Vereinbarung doch ergibt, dass schon im Rahmen der problemlos nachweisbaren Vereinbarung der Zahlungsverpflichtung für den Fall der "Betriebseinstellung" auch vereinbart wurde, dass diese die Weiterbeschäftigung aus vom Kläger nicht zu vertretenden Gründen unmöglich machen musste. Es war also offensichtlich eine "Subsidiarität" der Verpflichtung gegenüber Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses gegenüber der Beklagten zugrundegelegt. Dafür, dass davon im Rahmen der - noch dazu strittigen - Erweiterung dieser schriftlichen Vereinbarung durch die hier gar nicht wirksam abklärbaren mündlichen Zusagen abgegangen worden wäre, ergeben sich keine Anhaltspunkte. Der Oberste Gerichtshof hat nun in seiner Entscheidung<sup>9</sup> ObA 174/01f (= ASok 2002, 417) im Zusammenhang mit Unterhaltsansprüchen ausgesprochen, dass bei dem Grad der wirtschaftlichen Absicherung auch zu berücksichtigen sein kann, inwieweit die Unterhaltsansprüche tatsächlich erfüllt werden oder nur bei gleichzeitiger Betreibung der Auflösung der Ehegemeinschaft durchsetzbar sind, dass aber diese einschränkenden "Umstände vom Arbeitnehmer" nachgewiesen werden müssen vergleiche auch Arb 10.874; RIS-Justiz RS0051640). Davon unterscheidet sich der vorliegende Fall jedoch dadurch, dass anders - als bei gesetzlichen Unterhaltsansprüchen - hier der Anspruch des Klägers schon dem Grunde nach strittig ist. Eine endgültige Abklärung kann in dem vorliegenden Verfahren, an dem der vorangegangene Arbeitgeber gar nicht beteiligt ist, naturgemäß nicht erfolgen. Wesentlich ist aber, dass sich aus der Betrachtung der Vereinbarung doch ergibt, dass schon im Rahmen der problemlos nachweisbaren Vereinbarung der Zahlungsverpflichtung für den Fall der "Betriebseinstellung" auch vereinbart wurde, dass diese die Weiterbeschäftigung aus vom Kläger nicht zu vertretenden Gründen unmöglich machen musste. Es war also offensichtlich eine "Subsidiarität" der Verpflichtung gegenüber Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses gegenüber der Beklagten zugrundegelegt. Dafür, dass davon im Rahmen der - noch dazu strittigen - Erweiterung dieser schriftlichen Vereinbarung durch die hier gar nicht wirksam abklärbaren mündlichen Zusagen abgegangen worden wäre, ergeben sich keine Anhaltspunkte.

Im Ergebnis ist hier also von einem nicht nur vom vorangegangenen Arbeitgeber bestrittenen, sondern auch in seinen Grundlagen zweifelhaften Anspruch des Klägers auszugehen. Diesen kann aber die Beklagte dem Kläger nicht entgegenhalten. Geht es doch im Rahmen der Beurteilung nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG um die konkrete soziale Lage des Arbeitnehmers, die dazu führt, dass die Berechtigung der Kündigung zu überprüfen ist. Diese soziale Lage des Arbeitnehmers wird aber durch den dem ersten Anschein nach eher subsidiär wirkenden und bestrittenen Anspruch gegen den vorangegangenen Arbeitgeber nicht wesentlich verändert. Im Ergebnis ist hier also von einem nicht nur vom vorangegangenen Arbeitgeber bestrittenen, sondern auch in seinen Grundlagen zweifelhaften Anspruch des Klägers auszugehen. Diesen kann aber die Beklagte dem Kläger nicht entgegenhalten. Geht es doch im Rahmen der Beurteilung nach Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer 2, ArbVG um die konkrete soziale Lage des Arbeitnehmers, die dazu führt, dass die Berechtigung der Kündigung zu überprüfen ist. Diese soziale Lage des Arbeitnehmers wird aber durch den dem ersten Anschein nach eher subsidiär wirkenden und bestrittenen Anspruch gegen den vorangegangenen Arbeitgeber nicht wesentlich verändert.

Ausgehend von der vom Obersten Gerichtshof nicht geteilten Rechtsansicht haben jedoch die Vorinstanzen die übrigen Argumente des Klägers für seine Interessenbeeinträchtigung, insbesondere die mangelnde Vermittelbarkeit am Arbeitsmarkt und die von der Beklagten geltend gemachten Kündigungsgründe, nicht näher geprüft. Dies wird im fortgesetzten Verfahren zu erfolgen haben.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf die §§ 2 ASGG und 52 ZPO. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf die Paragraphen 2, ASGG und 52 ZPO.

#### **Textnummer**

E70477

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2003:008OBA00048.03X.0807.000

**Im RIS seit**

06.09.2003

**Zuletzt aktualisiert am**

26.11.2012

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)