

Entwicklungen im Versicherungsrecht Haftpflichtversicherungen – alternative Pflichtversicherungen

Variationen und Entwicklung der Bauleistung
Baufträge

Was ist der Robo-Judge?
Ein Messias?

EuGH: Verbot überschießender Kumulierung
Im Wirtschaftsstrafrecht

Grenzüberschreitende Umwandlungen in
Kleineren und größeren Dimensionen

Zu § 394 EO: Unionsrechtsgrenzen der
Immaterialgüterrechte

Soziale Gestaltung
Personenbedingter Kündigungen

Gastgarten bleibt rauchfreier „Raum“
Für Gäste und Nachbarn

Virtuelle Währungen
Blockchain und Überträge von (Bit-)Coins

Zur Frage der sozialen Gestaltungspflicht bei personenbedingten Kündigungen

Im allgemeinen Kündigungsschutz ist anerkannt, dass den Arbeitgeber (AG) bei betriebsbedingten Kündigungen eine soziale Gestaltungspflicht trifft. Der OGH hat bislang keine eindeutige Aussage getroffen, ob auch bei personenbedingten Kündigungsgründen eine soziale Gestaltungspflicht besteht. Diese Frage untersucht der vorliegende Beitrag.

CLEMENS EGERMANN / MAGDALENA ZIEMBICKA

A. Allgemeines zur sozialen Gestaltungspflicht

Bei einer Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit hat das Gericht zunächst zu prüfen, 1. ob durch die Kündigung wesentliche Interessen des AN beeinträchtigt werden. Wenn dies bejaht wird, so ist 2. das Vorliegen von personen- oder betriebsbedingten Kündigungsrechtfertigungsgründen zu prüfen und 3. anschließend eine Interessenabwägung vorzunehmen. Bei Vorliegen betriebsbedingter Rechtfertigungsgründe (§ 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG, nachstehend kurz lit b *leg cit*) ist zu prüfen, ob der AG seiner sozialen Gestaltungspflicht nachgekommen ist.¹⁾ Die soziale Gestaltungspflicht beinhaltet die Obliegenheit²⁾ des AG, alle zumutbaren Mög-

lichkeiten auszuschöpfen, den AN weiter zu beschäftigen.³⁾ Eine Kündigung ist erst dann betriebsbedingt, wenn im gesamten Betrieb für den AN kein Bedarf mehr gegeben ist und dem AG keine Maßnahme zumutbar ist, die eine Weiterbeschäftigung ermöglicht.⁴⁾ Die betriebsbedingte Kündigung soll das letzte Mittel sein.⁵⁾

Dr. Clemens Egermann ist Rechtsanwalt und Partner, Magdalena Ziembicka, LL.M. LL.B., ist Rechtsanwältin bei Barnert Egermann Illigasch Rechtsanwälte GmbH in Wien.

1) OGH 4. 7. 2002, 8 ObA 1/02h.

2) OGH 27. 6. 1990, 9 ObA 151/90.

3) RIS-Justiz RS0051827; RS0051827 (T 1).

4) OGH 25. 6. 2007, 9 ObA 3/07 t.

5) RIS-Justiz RS0116698 (T 1).

Die Verletzung der sozialen Gestaltungspflicht begründet nicht die Rechtswidrigkeit der sozialwidrigen Kündigung. Dies schließt daher allfällige Schadenersatzansprüche des AN wegen Verletzung der Gestaltungspflicht aus.⁶⁾ Die Verletzung der sozialen Gestaltungspflicht hat für den AG dennoch schwerwiegende Konsequenzen. Soweit der AG diese vernachlässigt, trägt er das Risiko, dass die Kündigung trotz bestehender betrieblicher Interessen für unwirksam erklärt wird.⁷⁾ Der Nachweis des Wegfalls des Arbeitsplatzes allein reicht nicht aus, um ein betriebsbedingtes Überwiegen der Interessen des AG an der Kündigung darzutun.⁸⁾ MaW: Die Verletzung der sozialen Gestaltungspflicht führt dazu, dass sich der AG nicht auf die Betriebsbedingtheit der Kündigung berufen kann.⁹⁾

B. Die in der Rsp vertretene Auffassung

Die Frage, ob bei personenbedingten Kündigungsgründen (§ 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG, nachstehend kurz lit a *leg cit*) ebenfalls eine soziale Gestaltungspflicht besteht, wird von einem Teil der Lehre – insb bezogen auf gesundheits- und krankheitsbedingte Kündigungen – bejaht.¹⁰⁾ Der OGH hat diese Frage bislang nicht ausdrücklich allgemein beantwortet. Er hat sich nur in einzelnen E zu besonderen Fallkonstellationen damit auseinandergesetzt:

- In der E 9 ObA 125/95 sprach der OGH bei Kündigung eines Stapelfahrers wegen mangelhafter Arbeitsleistung ohne vorhergehende Verwarnung aus, dass die soziale Gestaltungspflicht des AG bei betriebsbedingten Kündigungen dahingehe, alle Möglichkeiten auszuschöpfen, um AN weiter zu beschäftigen. Bei personenbezogenen Kündigungsgründen bedürfe es vor der Kündigung dann keiner Ermahnung und Anleitung durch den Dienstgeber, wenn die Minderleistungen und Fehlleistungen nicht auf einer mangelhaften Anleitung oder Weisung des AG oder einer den Fähigkeiten des AN nicht entsprechenden Zuteilung der Arbeit beruhen, sondern allein in der Person des AN begründet seien.¹¹⁾
- In der E 8 ObA 172/98 x sprach der OGH in Bezug auf die Kündigung eines älteren, lange im Betrieb beschäftigten AN kurz zusammengefasst aus, dass der AG im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht verpflichtet sei, die Arbeit eines gesundheitlich beeinträchtigten AN hinsichtlich seines Anteils an schweren Arbeiten nach Möglichkeit anders zu organisieren. § 105 Abs 3 Z 2 dritter Unterabsatz ArbVG (nunmehr § 105 Abs 3 b ArbVG) weise auf diese soziale Gestaltungspflicht besonders hin. Demnach haben insb ältere AN Anspruch auf Schonung, sodass der AG versuchen muss, diese AN auf einem ihren geminderten Kräften entsprechenden Arbeitsplatz einzusetzen.¹²⁾
- In Entscheidungen zu Sachverhalten im Anwendungsbereich des Vertragsbedienstetenrechts ist der OGH der Auffassung, dass der AG, der sich auf den Kündigungsgrund der Dienstunfähigkeit berufen will (§ 32 Abs 2 Z 2 VBG), verpflichtet sei, zuvor dem AN auch leichtere Arbeit zuzuwei-

sen.¹³⁾ Diese Auffassung vertritt der OGH auch bei der Beurteilung des Vorliegens eines Entlassungsgrundes der Dienstunfähigkeit (§ 27 Z 2 AngG; § 82 lit h GewO 1859).¹⁴⁾

- In der E 9 ObA 143/03 z ließ das BerG die Revision mit der Begründung zu, dass sich der OGH bisher mit der Frage der sozialen Gestaltungspflicht des AG iZm der sexuellen Belästigung als Kündigungsgrund iS des lit a *leg cit* noch nicht auseinandergesetzt habe. Der OGH wies die Revision jedoch als unzulässig zurück.¹⁵⁾
- Zuletzt hat sich der OGH in der E 9 ObA 44/18 p in der Zurückweisung einer außerordentlichen Revision des AN zur sozialen Gestaltungspflicht geäußert. Im der E zugrunde liegenden Sachverhalt wurde der AN aus mehreren personenbezogenen Gründen, insb wegen unangemessener E-Mail-Korrespondenz mit Vorgesetzten und einem Dritten sowie aufgrund der Nichtbeachtung von Zuständigkeiten, gekündigt. In der außerordentlichen Revision machte der AN ua geltend, dass das BerG sich nicht mit der sozialen Gestaltungspflicht des AG auseinandergesetzt habe. Im knappen Zurückweisungsbeschluss vertrat der OGH dazu die Auffassung, dass aus den Überlegungen des Klägers zur sozialen Gestaltungspflicht des AG nach der Lage des Falles nichts zu gewinnen sei. Die Kündigung sei nicht nur in den Differenzen des Klägers mit seinem Vorgesetzten am konkreten Arbeitsplatz begründet.¹⁶⁾

Aus der oben dargestellten Rsp lässt sich uE nicht ableiten, dass die Rsp bei personenbezogenen Kündigungsgründen generell eine soziale Gestaltungspflicht bejaht:

- In der zuvor zitierten E 9 ObA 125/95 scheint der OGH davon auszugehen, dass die soziale Gestaltungspflicht nur auf betriebsbedingte Kündigungsgründe zu beziehen sei. Er erwähnt sie nur iZm der lit b *leg cit*. Zur lit a *leg cit* hält er – offenbar im Gegensatz dazu – fest, dass grundsätzlich keine vorherige Abmahnung des AN notwendig sei.¹⁷⁾
- Die E 9 ObA 143/03 z und 9 ObA 44/18 p sind nicht eindeutig. Es handelt sich jeweils um eine

6) OGH 12. 1. 2013, 8 ObA 76/12 b.

7) OGH 27. 6. 1990, 9 ObA 151/90.

8) OGH 10. 12. 1993, 9 ObA 310/93.

9) *Mair*, Betriebliche Erfordernisse und soziale Gestaltungspflicht, wbl 2005, 445 ff; *Tinbofer* in *Mazal/Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (33. ErgLfg, 2019) Kap XVIII Der allgemeine Kündigungsschutz Rz 57; OGH 10. 6. 1998, 9 ObA 19/98 d.

10) *Kollros*, Soziale Gestaltungspflicht bei krankheitsbedingten Kündigungen, *ecolex* 2010, 177 (180) mwN; *Pircher*, Soziale Gestaltung und Prinzipien im allgemeinen Kündigungsschutz, *JBI* 2001, 694 ff; *Wolligger* in *ZellKomm*³ (2018) § 105 ArbVG Rz 200, 207 und 215.

11) OGH 11. 10. 1995, 9 ObA 125/95.

12) OGH 24. 8. 1998, 8 ObA 172/98 x; vgl auch OGH 27. 2. 2018, 9 ObA 137/17 p.

13) RIS-Justiz RS0082303; OGH 29. 9. 2009, 8 ObA 43/09 w; 29. 4. 2019, 8 ObA 10/19 g.

14) RIS-Justiz RS0116675; OGH 29. 10. 2014, 9 ObA 92/14 s.

15) OGH 17. 3. 2004, 9 ObA 143/03 z.

16) OGH 28. 6. 2018, 9 ObA 44/18 p.

17) OGH 11. 10. 1995, 9 ObA 125/95.

Zurückweisung der Rev. Es ist nicht anzunehmen, dass der OGH in einem Zurückweisungsbeschluss ungeklärte erhebliche Rechtsfragen kursorisch beantwortet. In der E zur sexuellen Belästigung zieht der OGH die Grenze einer etwaigen Verpflichtung des AG mit der von der Rsp anerkannten Definition eines personenbedingten Kündigungsrechtfertigungsgrunds: Die soziale Gestaltungspflicht des AG stoße an ihre Grenzen, wenn Gründe vorliegen, die die betrieblichen Interessen soweit nachteilig berühren, dass sie bei objektiver Betrachtungsweise einen verständigen Betriebsinhaber zur Kündigung veranlassen und die Kündigung als gerechte, dem Sachverhalt adäquate Maßnahme erscheinen lassen.¹⁸⁾ Aus dieser E kann somit gerade keine soziale Gestaltungspflicht bei den Kündigungsgründen nach lit a *leg cit* abgeleitet werden.¹⁹⁾

- In der E 9 ObA 44/18 p geht der OGH nur kurz auf die Revisionsgründe des AN ein. Eine soziale Gestaltungspflicht für den Fall, dass ein AN nur wegen Differenzen mit dem Vorgesetzten gekündigt wird, wird darin nicht bejaht.
- Die oben zitierte Judikatur zur Kündigung von gesundheitlich beeinträchtigten AN lässt sich im Anwendungsbereich des § 105 ArbVG nicht auf *alle* gesundheits- oder krankheitsbezogenen Kündigungen übertragen. Der OGH bezog sich in der E 8 ObA 172/98 x auf die für ältere und länger im Betrieb beschäftigten AN geltende *lex specialis* des § 105 Abs 3 b Satz 1 ArbVG (vormals: § 105 Abs 3 Z 2 Unterabs 3 ArbVG), woraus er eine soziale Gestaltungspflicht ableitet. Demnach dürfen personenbezogene Kündigungsgründe, die ihre Ursache in einem höheren Lebensalter haben, nur dann zur Rechtfertigung der Kündigung eines älteren und langjährig beschäftigten AN herangezogen werden, wenn durch die Weiterbeschäftigung betriebliche Interessen erheblich nachteilig berührt werden. Für andere AN gilt diese Bestimmung im Anwendungsbereich der §§ 105 ff ArbVG nicht. Nur für Nachtschwerarbeiter bestehen Sonderregelungen (§ 105 Abs 3 a ArbVG). Die speziellere Regelung für ältere AN kann nicht auf alle anderen AN ausgedehnt werden. Eine Gesetzeslücke ist für uns nicht erkennbar.
- Die zur Dienstunfähigkeit im Entlassungsrecht und im Vertragsbedienstetenrecht ergangene Judikatur hat für die Kündigungsgründe nach lit a *leg cit* beim allgemeinen Kündigungsschutz außer Betracht zu bleiben.²⁰⁾ Das Entlassungsrecht ist mit dem Kündigungsrecht nicht vergleichbar. Personenbedingte Kündigungsgründe müssen nicht das Gewicht eines Entlassungsgrunds erreichen.²¹⁾ Die im VBG geltenden Grundsätze können nicht ins allgemeine Arbeitsrecht übertragen werden. Bspw ist bei Kündigungen wegen Dienstunfähigkeit im allgemeinen Kündigungsrecht ausreichend, dass der AG künftig mit länger andauernden Krankenständen *objektiv rechnen kann*. Bei einem Vertragsbediensteten dagegen muss die Dienstunfähigkeit *tatsächlich vorliegen*.²²⁾

C. Dogmatische Einordnung und eigene Meinung

Nachstehend wird kurz die dogmatische Einordnung der sozialen Gestaltungspflicht untersucht: Während *Pircher*²³⁾ die Ansicht vertritt, dass die soziale Gestaltungspflicht nicht aus einer gesetzlichen Bestimmung, sondern mit dem Institut der Interessenabwägung begründet werde, ordnen *Hutter*²⁴⁾ und *Mair*²⁵⁾ die soziale Gestaltungspflicht dem Tatbestand der Betriebsbedingtheit zu. Letzterem stimmen wir zu. Die genannten Autoren berufen sich auf den Wortlaut von lit b *leg cit*, insb im Vergleich zu lit a *leg cit*. Demnach sei die Wortfolge „*betriebliche Erfordernisse*“ so zu verstehen, dass die betriebliche Rechtfertigung der Kündigung voraussetze, dass diese aufgrund von betrieblichen Umständen „erforderlich“ (iS des verfassungsrechtlichen Erforderlichkeitsgrundsatzes) sei, woraus sich das Ultima-ratio-Prinzip ergäbe.²⁶⁾ Im Falle des Vorliegens einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit gäbe es somit bereits dem Wortlaut nach in Wahrheit keine betriebliche Erfordernis der Kündigung.²⁷⁾ Dagegen werden in lit a *leg cit* in der Person oder im Verhalten des AN gelegene „Umstände“ gefordert,²⁸⁾ das Wort „Erfordernisse“ kommt dort nicht vor. Diese unterschiedlichen Formulierungen belegen uE, dass im Anwendungsbereich der lit a *leg cit* die soziale Gestaltungspflicht und das damit verbundene strenge Ultima-ratio-Prinzip nicht zur Anwendung kommen sollen.²⁹⁾

Dies folgt uE auch aus teleologischen Überlegungen. Die betriebsbedingten Kündigungsgründe nach lit b *leg cit* umfassen Gründe, die im Betrieb liegen. Bei diesen ausschließlich im Betrieb (dh in der Person des AG) gelegenen Gründen scheint es gerechtfertigt, dass der AG zumutbare Maßnahmen ergreift, damit die Kündigung die letzte Möglichkeit darstellt. Dagegen erfasst lit a *leg cit* Umstände in der Person des AN. Auf diese hat der AG idR keinen Einfluss oder Zugriff. Somit können die zu betriebsbedingten Kündigungsgründen angestellten Überlegungen nicht auf die personenbedingten übertragen werden.

Die betriebsbedingten und personenbezogenen Kündigungsgründe unterscheiden sich uE auch in ihrem Wesen. Personenbezogene Kündigungsgründe müssen nach der stRsp nicht so gravierend sein, dass sie die Weiterbeschäftigung des AN über den Kündigungstermin hinaus unzumutbar machen. Es reicht aus, dass die in der Person des AN gelegenen Umstände die betrieblichen Interessen insofern nachteilig

18) OGH 17. 3. 2004, 9 ObA 143/03 z; zur Definition vgl RIS-Justiz RS0051888 (T 2).

19) AA *Kollros*, *ecolex* 2010 180.

20) AA *Kollros*, *ecolex* 2010, 180.

21) *Wolligger* in *ZellKomm*³ § 105 ArbVG Rz 191 mwN.

22) *Eypeltauer*, Kündigungsgrund der Dienstunfähigkeit und lange Krankenstände als Rechtfertigungsgrund für die Kündigung – eine Antinomie? *ecolex* 2019, 898.

23) *Pircher*, *JBl* 2001, 694 ff.

24) *Hutter*, Beendigung von Arbeitsverhältnissen (2014) 154 ff.

25) *Mair*, *wbl* 2005, 445 ff.

26) *Hutter*, Beendigung 156 ff.

27) *Mair*, *wbl* 2005, 445 ff mwN.

28) *Hutter*, Beendigung 156.

29) AA *Pircher*, *JBl* 2001, 694 ff.

lig berühren, als sie bei objektiver Betrachtungsweise einen verständigen Betriebsinhaber zur Kündigung veranlassen und die Kündigung als gerechte, dem Sachverhalt adäquate Maßnahme erscheinen lassen.³⁰⁾ Ein personenbezogener Kündigungsgrund muss nicht das Gewicht eines Entlassungsgrunds erreichen.³¹⁾ Sofern eine vorherige Abmahnung, Verwarnung oder Anleitung im Bereich der verschuldeten personenbezogenen Kündigungsgründe überhaupt als eine Maßnahme der sozialen Gestaltungspflicht anzusehen ist,³²⁾ gilt nach der Rsp, dass sich der AG auf einen personenbedingten Grund berufen kann, ohne vorher eine Verwarnung aussprechen zu müssen.³³⁾ Beharrlichkeit ist kein Tatbestandselement der lit a *leg cit* (im Gegensatz zum Entlassungsgrund des § 27 Z 4 AngG).³⁴⁾ Die Bejahung der sozialen Gestaltungspflicht im Bereich der verschuldeten personenbezogenen Kündigungsgründe würde dazu im Widerspruch stehen und die Grenzen zwischen dem personenbezogenen Kündigungsgrund und dem Entlassungsgrund verwischen.

Die von der Rsp gebrauchten Formulierungen untermauern uE dieses Ergebnis: Eine Kündigung ist nach dem OGH dann nicht betriebsbedingt, wenn die zumutbare Möglichkeit besteht, diesen AN auf einem anderen Arbeitsplatz des Gesamtbetriebs weiterzuverwenden.³⁵⁾ Die Kündigung sei als betriebsbedingt iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG anzusehen, wenn für den AN mangels persönlicher Eignung keine anderen vom AG im Rahmen seiner sozialen Gestaltungspflicht anzubietenden Arbeitsplätze vorhanden seien.³⁶⁾ Ob der AG seiner sozialen Gestaltungspflicht entsprochen hat, sei nur iZm der Frage zu prüfen, ob die Kündigung betriebsbedingt iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG gerechtfertigt ist.³⁷⁾

D. Zusammenfassung

Zusammenfassend kommen wir zum Ergebnis, dass in den Fällen von § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG grds – mit Ausnahme von Sonderfällen – keine soziale Gestaltungspflicht besteht. Der AG kann sich also grds

- auf einen vom AN verschuldeten personenbezogenen Kündigungsgrund (zB Pflichtverletzungen, Fehlverhalten) berufen, selbst wenn der AG es vorher unterlassen hat, den AN zu versetzen, eine Änderungskündigung auszusprechen oder den AN abzumahnen;
- auf einen krankenstands- oder gesundheitsbedingten Kündigungsgrund beim AN berufen, selbst wenn der AG es vorher unterlassen hat, den AN auf einen Arbeitsplatz mit leichteren Aufgaben zu versetzen.

In folgenden Fällen muss der AG bei krankenstands- oder gesundheitsbedingten Kündigungen vor einer Kündigung prüfen, ob dem AN leichtere Tätigkeiten zugewiesen werden können:

- bei älteren und lange im Betrieb beschäftigten AN (§ 105 Abs 3 b ArbVG);
- bei Nachtschwerarbeitern, jedenfalls sofern die Gesundheitsbeeinträchtigung ihre Ursache in langjähriger Schwerarbeit hat (§ 105 Abs 3 a ArbVG);
- bei Vertragsbediensteten.

E. Praxistipp

Auch wenn grds bei personenbezogenen Kündigungsgründen keine soziale Gestaltungspflicht besteht, heißt das noch nicht, dass der AG mit dem personenbezogenen Kündigungsgrund in der durchzuführenden Interessenabwägung letztlich auch durchdringt. Denn bei einer Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit sind im dritten Prüfungsschritt die Interessen des AN und des AG *umfassend*³⁸⁾ gegeneinander abzuwägen.³⁹⁾ Daher ist aus praktischer Sicht dem AG zu raten, vor einer Kündigung im Einzelfall zu prüfen (und dies zu dokumentieren), ob dem AN ein anderer Arbeitsplatz oder eine leichtere zumutbare Tätigkeit angeboten werden kann oder andere gelindere arbeitsrechtliche Maßnahmen als die Kündigung ergriffen werden können. Bei der Interessenabwägung werden allfällige vom AG geprüfte bzw gesetzte Maßnahmen – und die Reaktion des AN darauf – beachtlich sein. So könnten bspw folgende Maßnahmen bei personenbedingten Kündigungsgründen die Interessenabwägung des Gerichts zu Gunsten des AG beeinflussen:

- bei allfälligen Konflikten des zu kündigenden AN mit seinen Vorgesetzten oder anderen Arbeitskollegen: vorherige Prüfung der Möglichkeit der Versetzung durch den AG;
- bei angedachten Kündigungen aufgrund der beeinträchtigten Gesundheit des AN: Prüfung des Anbietens zumutbarer leichterer Tätigkeiten;
- bei angedachten Kündigungen aufgrund geringfügiger Pflichtverstöße des AN: vorherige Abmahnung bzw Anleitung des AN.

30) RIS-Justiz RS0051888 (T 2, T 14).

31) *Wolligger* in ZellKomm³ § 105 ArbVG Rz 191 mwN.

32) So offenbar *Wolligger* in ZellKomm³ § 105 ArbVG Rz 200; *Pircher*, JBl 2001, 694 ff.

33) OGH 11. 10. 1995, 9 ObA 125/95.

34) OGH 12. 3. 1998, 8 ObA 61/98 y.

35) OGH 17. 1. 1990, 9 ObA 338/89.

36) OGH 4. 7. 2002, 8 ObA 1/02 h.

37) OGH 16. 5. 2005, 9 ObA 153/05 y.

38) *Karl*, Die krankheitsbedingte Kündigung, ZAS 1992, 152.

39) RIS-Justiz RS0051818.

SCHLUSSTRICH

UE besteht bei personenbedingten Kündigungsgründen beim allgemeinen Kündigungsschutz grds keine generelle soziale Gestaltungspflicht. Gesetzliche Sonderregelungen sind aber zu beachten. Vom AG vor der Kündigung ergriffene Maßnahmen können sich für diesen bei der Interessenabwägung positiv auswirken.