

Heikle Angelegenheit: Dienstverhältnisse mit älteren Arbeitnehmern beenden



Autorin
Jana Eichmeyer
Rechtsanwältin,
Eisenberger Et Herzog
Rechtsanwalts GmbH



Autorin
Karolin Andréewitch
Rechtsanwältin,
Eisenberger Et Herzog
Rechtsanwalts GmbH



[www.hrm.at/profiles/
jana-eichmeyer](http://www.hrm.at/profiles/jana-eichmeyer)

Dienstverhältnisse mit älteren Arbeitnehmern zu beenden, ist in der Praxis eine menschlich und arbeitsrechtlich heikle Angelegenheit, die das betriebliche Personalmanagement vor erhebliche Herausforderungen stellt. Der vorliegende Beitrag gibt eine Übersicht über die wesentlichen rechtlichen Besonderheiten, die bei Kündigungen älterer Arbeitnehmer zu beachten sind.

Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit der Kündigung

Einen speziellen Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer gibt es in Österreich grundsätzlich nicht. Ältere Arbeitnehmer können jedoch – ebenso wie jüngere Arbeitnehmer auch – eine vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG) wegen Sozialwidrigkeit bei Gericht anfechten. Die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Anfechtung sind, dass

- ▶ der Arbeitnehmer seit mindestens sechs Monaten im Unternehmen beschäftigt ist,
- ▶ wesentliche Arbeitnehmerinteressen durch die Kündigung beeinträchtigt sind,
- ▶ der Arbeitgeber im Falle einer vorliegenden Interessenbeeinträchtigung weder personen- noch betriebsbedingte Gründe für die Kündigung erfolgreich vorbringen kann sowie
- ▶ der zuständige Betriebsrat (sofern vorhanden) der Kündigung nicht zugestimmt hat („Sperrrecht des Betriebsrats“).

Ist trotz Betriebsratspflicht im Unternehmen kein Betriebsrat eingerichtet, kann der Arbeitnehmer selbst die erfolgte Kündigung anfechten. Betriebe mit weniger als fünf Arbeitnehmern („Kleinstbetriebe“), in denen kein Betriebsrat zu errichten ist, sind vom allgemeinen Kündigungsschutz nicht erfasst. Eine Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit ist in diesen Betrieben somit nicht möglich.

Bei einer Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit muss der Arbeitnehmer zunächst eine wesentliche Interessenbeeinträchtigung nachweisen, deren Vorliegen die Rechtsprechung im Einzelfall anhand der gesamten wirtschaftlichen und sozialen Lage des betreffenden Arbeitnehmers beurteilt. Insbesondere geht es hierbei um die Frage, ob der Arbeitnehmer voraussichtlich in absehbarer Zeit einen annähernd gleichwertigen Arbeitsplatz finden und somit wieder in den Arbeitsprozess eingegliedert werden kann. Als „absehbar“ wird ein Zeitraum verstanden, der zumindest unter sechs Monaten liegt. **Von der Rechtsprechung werden diesbezüglich Einkommenseinbußen von in der Regel zehn Prozent, höchstens aber rund 20 Prozent als zumutbare Interessenbeeinträchtigung eingestuft, sofern keine Sorgepflichten bestehen und die Lebenserhaltungskosten des Arbeitnehmers gering sind.** Bei älteren Arbeitnehmern bestehen häufig keine Unterhaltspflichten mehr; dafür ist in aller Regel mit einer Langzeitarbeitslosigkeit und einer hohen Einkommenseinbuße zu rechnen.

Wird eine wesentliche Interessenbeeinträchtigung des Arbeitnehmers festgestellt, kann

der Arbeitgeber die von ihm ausgesprochene Kündigung dennoch rechtfertigen, indem er den Nachweis erbringt, dass personen- oder betriebsbedingte Gründe für die Kündigung vorliegen. Diese Rechtfertigungsgründe müssen schwerer wiegen als die jeweiligen Arbeitnehmerinteressen. Ob dies der Fall ist, beurteilt das Gericht im Zuge einer Interessenabwägung im Einzelfall. Typische personenbedingte Gründe wären etwa Pflichtverletzungen, die gerade nicht die Schwelle eines Entlassungsgrundes erreichen, oder erhebliche Minderleistungen seitens des Arbeitnehmers. Zudem spielen hier Langzeitbeziehungsweise häufige Krankenstände eine Rolle, sofern der Arbeitnehmer keine „positive Zukunftsprognose“ vorlegen kann. Rationalisierungen nach Aufzugsrückgängen oder Umstrukturierungen wären mögliche betriebsbedingte Gründe.

Personenbedingte Kündigung aufgrund „höheren“ Lebensalters

Macht der Arbeitgeber personenbedingte Rechtfertigungsgründe geltend, die im höheren Alter des Arbeitnehmers begründet sind (zum Beispiel Minderleistungen aufgrund des höheren Alters), sind bei der Beurteilung der Sozialwidrigkeit die oftmals vieljährige, ununterbrochene Beschäftigung im Unternehmen und die aufgrund des höheren Alters zu erwartenden Wiedereingliederungsschwierigkeiten in den Arbeitsprozess maßgeblich (§ 105 Abs. 3b ArbVG). Zur Rechtfertigung der Kündigung eines älteren Arbeitnehmers dürfen Personalabteilungen solche Gründe nur dann heranziehen, wenn die Weiterbeschäftigung betriebliche Interessen erheblich nachteilig berührt. Ab welcher Altersuntergrenze die genannten Sonderregelungen anzuwenden sind, ist weder dem Gesetz noch der bisherigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung zu entnehmen. Nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs war beispielsweise im Fall einer Arbeitnehmerin das Alter von 46 bereits ein solches „höheres Alter“.

Da der allgemeine Kündigungsschutz nach § 105 ArbVG jedoch in den letzten Jahrzehnten mehrfach novelliert und dabei die oben erläuterte Sonderregelung für ältere Arbeitnehmer teilweise aus sozialpolitischen Erwägungen mit Einschränkungen und Ausnahmeregelungen versehen wurde, herrscht in der Praxis immer wieder Verwirrung darü-

ber, für welche älteren Arbeitnehmer nun die „erleichterte“ Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit gilt und für welche nicht.

Die besondere Berücksichtigung altersbedingter Kündigungsgründe gilt nicht für Arbeitnehmer mit einem Einstellungsdatum nach dem 30. Juni 2017, die zum Zeitpunkt ihrer Einstellung bereits das 50. Lebensjahr vollendet hatten. Diese werden somit im Verhältnis zu jüngeren Arbeitnehmern nicht besonders geschützt und können nur die „reguläre“ Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit geltend machen. Dies „vereinfacht“ nun die Kündigung von Arbeitnehmern über 50 Jahren, die nach dem 30. Juni 2017 eingestellt wurden. Das Kriterium „hohes Alter“ ist nach dem Gesetzeswortlaut hier bei der Prüfung der Sozialwidrigkeit einer Kündigung außer Acht zu lassen beziehungsweise nicht erschwerend zu werten. Die Erfahrung zeigt, dass es jedoch sowohl den Arbeitsgerichten als auch den in Kündigungsanfechtungsverfahren zum Einsatz kommenden berufskundlichen Sachverständigen überaus schwerfällt, diese Ausnahme auch entsprechend anzuwenden.

Was aber gilt für Arbeitnehmer höheren Alters mit einem Einstellungsdatum am oder vor dem 30. Juni 2017? Für sämtliche ältere Arbeitnehmer, die am oder vor dem 30. Juni 2017 eingestellt wurden (auch jene über 50 Jahre), gelten Sonderregelungen. Diese können nicht unter „erleichterten“ Bedingungen gekündigt werden, weil bei diesen das Kriterium „hohes Alter“ für die Sozialwidrigkeitsprüfung berücksichtigt wird.

Zweck der im Jahr 2017 eingeführten, umfassenden Einschränkung der erschwerten Kündigung ist die Verbesserung der Wiedereingliederung von über 50-jährigen Arbeitnehmern in den Arbeitsprozess. Die praktische Relevanz ist jedoch fraglich, da die derzeitige Spruchpraxis der Arbeitsgerichte bei Kündigungsanfechtungen durch ältere Arbeitnehmer weiterhin sehr streng bleibt und das Alter des betroffenen Arbeitnehmers maßgeblich mitberücksichtigt.

Soziale Gestaltungspflicht und Sozialvergleich

Aufgrund ihrer sozialen Gestaltungspflicht müssen Arbeitgeber vor einer Kündigung

aus betriebsbedingten Gründen überprüfen, ob es im Betrieb andere mögliche Arbeitsstellen gibt, an denen der betreffende Mitarbeiter weiter beschäftigt werden kann. Nach Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs hat der Arbeitgeber auch bei Einschränkung des Betriebes beziehungsweise der Notwendigkeit von Rationalisierungen alle Möglichkeiten auszuschöpfen, seine bisherigen Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen. Nur wenn eine Weiterbeschäftigung außerhalb des Möglichen liegt, darf der Arbeitgeber eine Kündigung aussprechen. Das umfasst sowohl die Option anderer Arbeitsstellen als auch die Frage, ob der Arbeitnehmer auch andere Aufgaben übernehmen kann beziehungsweise dazu gewillt ist. Die Weiterbeschäftigungsverpflichtung geht jedoch niemals so weit, dass der Arbeitgeber Arbeitsplätze schaffen müsste, die er weder benötigt noch wirtschaftlich sinnvoll erhalten kann. Sehr wohl muss jedoch der Arbeitgeber Arbeitsplätze – auch durch Kündigung anderer, weniger geschützter Arbeitnehmer – „freimachen“, um sie einem besonders geschützten, insbesondere älteren Arbeitnehmern, anbieten zu können. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass der mögliche „Verweissbereich“ weiterhin und gemäß der gesetzlichen Bestimmung bloß der „Betrieb“ ist. In einem anderen Konzernunternehmen beziehungsweise in einem anderen Betrieb des gleichen Unternehmens muss der Arbeitgeber grundsätzlich keine Arbeitsplätze anbieten. Intensiv wird jedoch diskutiert, ob sich diese Einschränkung ausnahmslos und auch weiterhin – aufgrund der zunehmenden Globalisierung – aufrechterhalten lässt.

Sofern der Betriebsrat der Kündigung widersprochen hat und es sich um eine betriebsbedingte Kündigung handelt (zum Beispiel bei Wegfall des Arbeitsplatzes), ist überdies bei einer Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit ein sogenannter Sozialvergleich vorzunehmen. Dabei ist zu prüfen, welchen von mehreren vergleichbaren Arbeitnehmern die Kündigung am wenigsten hart trifft. Dieser Arbeitnehmer ist grundsätzlich zuerst zu kündigen. Kündigt der Arbeitgeber einen anderen Arbeitnehmer, kann dieser im Gerichtsverfahren vorbringen, dass es einen Arbeitnehmer gibt, der von der Kündigung aus sozialen Gesichtspunkten weniger hart getroffen würde. Diesen Sozialvergleich

können tendenziell eher ältere Arbeitnehmer erfolgreich geltend machen, weil diese in vielen Fällen härter von einem Verlust des Arbeitsplatzes getroffen werden als jüngere Arbeitnehmer.

Verbot der Altersdiskriminierung

Neben der Möglichkeit der Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit bietet das Gleichbehandlungsrecht älteren Arbeitnehmern zusätzlichen Rechtsschutz gegen altersdiskriminierende Kündigungen. Das Gleichbehandlungsgesetz legt nämlich fest, dass niemand wegen seines Alters unmittelbar oder mittelbar bei Beendigung des Dienstverhältnisses diskriminiert werden darf. **Wird das Arbeitsverhältnis nun vom Arbeitgeber wegen des Alters eines Arbeitnehmers einseitig beendet, kann Letzterer die Kündigung beziehungsweise bei befristeten Arbeitsverhältnissen die Ablaufmitteilung innerhalb von 14 Tagen ab Zugang anfechten.** Der Arbeitnehmer muss eine Altersdiskriminierung lediglich glaubhaft machen, wobei es dem Arbeitgeber obliegt, zu beweisen, dass ein anderes Motiv als das Alter für die Kündigung maßgeblich war beziehungsweise die Diskriminierung sachlich gerechtfertigt ist. Die Anfechtung der Kündigung, gestützt auf das Gleichbehandlungsgesetz, ist für Geschäftsführer und leitende Angestellte die einzige Möglichkeit, das höhere Alter dem Beendigungswunsch des Arbeitgebers entgegenzuhalten, weil diese Mitarbeitergruppe keine auf § 105 ArbVG gestützte Anfechtung geltend machen kann. In diesen Verfahren besteht – anders als bei Anfechtungen gemäß § 105 ArbVG – volle Kostenersatzpflicht, wodurch sie für den Arbeitgeber in der Regel kostspieliger sind.

Frühwarnsystem bei „Massenkündigungen“ und Sozialpläne

Das gesetzlich zwingende Frühwarnsystem im Fall von sogenannten Massenkündigungen berücksichtigt besonders Kündigungen von älteren Arbeitnehmern durch niedrigere Schwellenwerte, die eine Anzeigepflicht beim AMS auslösen. **So besteht grundsätzlich bereits bei beabsichtigter Auflösung der Arbeitsverhältnisse von mindestens fünf Arbeitnehmern, die das 50. Lebensjahr vollendet haben, eine Anzeigepflicht beim AMS.** Dies gilt unabhängig vom Verhältnis der Gesamtbelegschaft gegenüber den geplanten Auflö-

sungen. Ausgenommen sind Saisonbetriebe. Der Arbeitgeber ist dabei verpflichtet, die Kündigungsabsicht der standortzuständigen, regionalen Geschäftsstelle des AMS schriftlich anzuzeigen und mit dem Ausspruch der Kündigung ab der Anzeige mindestens 30 Tage zuzuwarten. Kündigungen, die vor Ablauf dieses Zeitraumes ausgesprochen werden, sind rechtsunwirksam.

Das Frühwarnsystem löst gleichzeitig auch eine „Betriebsänderung“ nach § 109 ArbVG aus und kann somit dazu führen, dass der Betriebsrat einen Sozialplan verlangen und erzwingen kann. Ein Sozialplan nimmt in aller Regel auf das Lebensalter der betroffenen Arbeitnehmer insofern Rücksicht, als Sozialplanzahlungen nicht nur nach Dienstdauer, sondern auch nach Alter differenzieren und höhere Beträge beziehungsweise „Zuschläge“ ab einer bestimmten Altersgrenze vorsehen. Dadurch werden Auflösungen von Dienstverhältnissen mit älteren Arbeitnehmern auch unter diesem Titel häufig finanziell belastender.

Abfertigungsanspruch bei Selbstkündigung durch ältere Arbeitnehmer

Das alte Abfertigungsrecht gilt weiterhin für jene Arbeitnehmer, deren Beschäftigungsverhältnis bereits vor dem 1. Jänner 2003 begründet wurde. Für jene Beschäftigungsverhältnisse, die danach abgeschlossen wurden, gilt das System der Abfertigung Neu. Nach den Regelungen der Abfertigung Alt muss der Arbeitgeber die Abfertigung selbst ansparen oder veranlagen, während nach den Regelungen der Abfertigung Neu laufend Beiträge in eine Betriebliche Vorsorgekasse einzuzahlen sind.

Im Falle einer Selbstkündigung haben Arbeitnehmer, die noch im System Abfertigung Alt sind, keinen Anspruch auf Auszahlung ihrer Abfertigung.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt jedoch im Zusammenhang mit dem Pensionsantritt für ältere Arbeitnehmer, wenn das Arbeitsverhältnis

- ▶ mit dem Arbeitnehmer mindestens zehn Jahre ununterbrochen gedauert hat,
- ▶ bei Männern nach Vollendung des 65. Lebensjahres, bei Frauen nach Vollendung

des 60. Lebensjahres oder schon vorzeitig endet und

- ▶ durch frist- und termingerechte Eigenkündigung wegen Inanspruchnahme der (vorzeitigen) Alterspension beendet wird.

Fehlt auch nur eine dieser Voraussetzungen, besteht bei Selbstkündigung kein Abfertigungsanspruch seitens des Arbeitnehmers. Nach den Regelungen der Abfertigung Neu bleibt der Abfertigungsanspruch hingegen bei jeder Form der Auflösung bestehen.

Besonderer Kündigungsschutz

Mit höherem Alter steigt erfahrungsgemäß auch die Wahrscheinlichkeit, dass die angedachte Auflösung erschwert wird, weil der Arbeitnehmer die Eigenschaft als begünstigt Behinderter nachweisen kann. In diesem Fall ist die Kündigung nur mit Zustimmung des Behindertenausschusses möglich. Die Zustimmung kann nur aus sehr eng gefassten Kündigungsgründen, die den Entlassungsgründen der Angestellten nahekommen, erteilt werden. Die Behinderung selbst darf nicht Grund für die beabsichtigte Kündigung sein.

War der Arbeitgeber nicht in Kenntnis des besonderen Schutzes und sprach er die Kündigung aus, ist diese nichtig. In besonderen Fällen kann nachträglich die Zustimmung zur bereits ausgesprochenen Kündigung beantragt werden; in der Regel wird es jedoch leichter sein, die Unwirksamkeit der Kündigung (vorerst) anzuerkennen und dann erst einen entsprechenden Antrag (zur beabsichtigten neuerlichen Kündigung) einzubringen.

Fazit

Unternehmen sollten Dienstverhältnisse mit älteren Arbeitnehmern nur mit Bedacht und unter Beachtung der oben ausgeführten Aspekte beenden. **Insbesondere ist es empfehlenswert, vor jeder beabsichtigten Kündigung das Risiko einer möglichen Kündigungsanfechtung abzuwägen.** Die gegenwärtige Rechtsprechung hält nämlich weiterhin eine sehr strenge Linie im Hinblick auf die Kündigung älterer Arbeitnehmer aufrecht. Ob sich dies in Zukunft ändern wird, bleibt abzuwarten.