Beitrag Track #6 Zukunft der Arbeit
Ludwig Dvořák, ludwig.dvorak@reflex.at

Arbeitsrechtliche Probleme und Perspektiven des Kündigungsdiskriminierungs- und Bestandschutzes älterer ArbeitnehmerInnen

1. Ausgangspunkt

Die Erhöhung der Erwerbsbeteiligung älterer ArbeitnehmerInnen wird seit Jahren als wesentliches Ziel zukunftsorientierter Beschäftigungspolitik genannt. In den Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Stockholm wurde das Ziel einer Beschäftigungsquote von 50% in der Altersgruppe ab 55 Jahren bis 64 Jahre bis zum Jahr 2010 formuliert.[1] Nach Nichterreichung dieses Ziels wurde im Rahmen der Strategie Europa 2020 eine Beschäftigungsquote von 75% aller 20-64-Jährigen „auch durch die vermehrte Miteinbeziehung…älterer Arbeitnehmer" angestrebt.[2]

2011 lag die Erwerbstätigenquote älterer ArbeitnehmerInnen (55-64) in Österreich tatsächlich bei 41,5%.[3], wobei sie in der Altersgruppe 60-64 sogar nur 20% ausmachte.[4] Es steht natürlich außer Frage, dass diese Zahlen in einem Zusammenhang mit dem österreichischen Pensionsrecht stehen, das auf verschiedenen Wegen Pensionierungen in dieser Altersgruppe ermöglicht. Anders als in der öffentlichen Debatte manchmal nahegelegt, ist es aber alles andere als eindeutig, ob es die „verzärtelnde Verwöhnung"[5] eines angeblich ausschweifenden Pensionsrechts ist, das Arbeitskräfte vom Arbeitsmarkt abzieht, oder ob es nicht vielmehr die Lage am Arbeitsmarkt ist, die Menschen zu einem relativ frühen Zeitpunkt in jede mögliche Form der Pensionierung drängen lässt.

Für letzteres bestehen zahlreiche statistische Anhaltspunkte: Knapp ein Drittel der Abgänge aus der Arbeitslosigkeit im Alter zwischen 50 und 55 und knapp die Hälfte im Alter ab 55 führen in eine „erwerbsferne Position",[6] in der Altergsruppe 50-59

---

[1] Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates (Stockholm) vom 23./24.10.2001, 100/1/01, http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions/archives-2002-1993, abgerufen am 28.04.2013.
[2] Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 10.06.2010, EUCO 13/10, 11.
[3] *Statistik Austria (Hg),* Arbeitsmarktstatistiken 2012 (2013) 66.
[4] *Statistik Austria (Hg),* Arbeitskräfteerhebung 2011 (2012) 48.
[5] *Bernd Marin*, Kein "Schwindel mit der Frühpension", http://derstandard.at/1319182635775/Kein-Schwindel-mit-der-Fruehpension (Stand 14.10.2011).
[6] *AMS Österreich (Hrsg)*, Arbeitsmarktlage 2011, Tabelle 10.

erfolgt ein Übertritt in die Invaliditätspension bei Männern zu 72%, bei Frauen zu 80% nicht aus dem Erwerbsleben.[7] 2011 wechselten nur 63% der ArbeiterInnen und 75,8% der Angestellten aus dem Erwerbsleben in eine normale oder vorzeitige Alterspension, wobei sich bereits 11,1% der ArbeiterInnen und 16,7% der Angestellten in Altersteilzeit befanden.[8] Fast die Hälfte der neuen Korridorpensionisten und knapp ein Drittel derjenigen, die eine Alterspension wegen langer Versicherungsdauer antraten, wechselten aus der offiziellen Arbeitslosigkeit in die Pension.[9] Im Mittel war jedeR NeupensionistIn vor Pensionsantritt 2,8 Jahre nicht mehr beschäftigt. Wer aus dem Notstandshilfebezug wechselte, hatte im Mittel eine Übergangsphase von 6,2 Jahren zu überbrücken.[10]

Trotz der durchaus differenzierteren Analyse der Sozialpartner über die Ursachen für Pensionsantritte vor dem gesetzlichen Pensionsantrittsalter[11] und die regelmäßige Betonung der Notwendigkeit altersgerechter und gesundheitserhaltender Arbeitsplätze bzw. in diese Richtung weisender Initiativen, haben sich die öffentlichen Debatten und der Gesetzgeber zuletzt neuerlich auf eine schrittweise Erschwerung des Zugangs zu vorzeitigen Alterspensionsmodellen (Langzeitversichertenregel, Korridorpension) fokussiert. Die als „Hacklerregelung“ bekannt gewordene Möglichkeit, bei langen Versicherungszeiten eine abschlagsfreie Pension in Anspruch zu nehmen wird eingeschränkt und schrittweise abgeschafft,[12] die Zugangsmöglichkeit zur Korridorpension bei gleichzeitig erhöhten Abschlägen erschwert.[13]

Die Erfahrungen mit der Erschwerung des Zugangs zur Pension zwischen 1998 und 2007 deuten allerdings darauf hin, dass diese bei sinkendem Erwerbsaustrittsalter „für die überwiegende Mehrheit der unselbständig Beschäftigten zu einer

---

[7] *Pratl*, Wege zur Anhebung des faktischen Pensionsantrittsalters, Jahrbuch Sozialversicherungsrecht 2012, 167 (173).
[8] *Büro der Kommission zur langfristigen Pensionssicherung*,Tabellenband zum Bericht über das Monitoring des effektiven Pensionsantritts http://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/4/0/8/CH2311/CMS1313475036358/tabellenband_monitoringbericht_2012.pdf, 61 (Stand 29.10.2012),
[9] *Büro der Kommission zur langfristigen Pensionssicherung*, Tabellenband 62.
[10] *Büro der Kommission zur langfristigen Pensionssicherung*, Tabellenband 64.
[11] *Panhölzl*, Anhebung des faktischen Pensionsalters – Vorschläge der Sozialpartner (Bad Ischler Papier), RdA 2012, 69.
[12] Budgetbegleitgesetz 2011 BGBl I 2010/111.
[13] 2. Stabilitätsgesetz 2012 BGBl I 2012/35.

verlängerten Transitphase zwischen Erwerbsaustritt und Pensionseintritt“ geführt hat, die „mit einkommensungesicherten Jahren verbunden ist.“[14]

Umso bedeutsamer ist für einzelne ArbeitnehmerInnen die Frage, welche Möglichkeiten das österreichische Arbeitsrecht bietet, einen bestehenden Arbeitsvertrag im Alter zu erhalten und allfällige Kündigungsabsichten des Arbeitgebers zu bekämpfen und dabei insbesondere der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts iSd der RL 2006/54/EG[15]und des Alters iSd RL 2000/78/EG[16], die für die Privatwirtschaft im österreichischen Gleichbehandlungsgesetz umgesetzt wurden, entgegenzutreten.
Dieser Beitrag soll schwerpunktmäßig einen Überblick über diese Möglichkeiten liefern, behandelt in weiterer Folge aber auch (rechts-)politische Perspektiven für die Verbesserung der sozialen Situation älterer ArbeitnehmerInnen.

2. Die Bedeutung der Sozialwidrigkeitsanfechtung

Entgegen einem weitverbreiteten Mythos besteht in Österreich kein besonderer Kündigungsschutz für ältere ArbeitnehmerInnen, wie er zum Beispiel für (werdende) Mütter, Präsenz- und Zivildiener oder BetriebsrätInnen besteht. Eine Kündigung ist in Österreich grundsätzlich nicht begründungspflichtig,[17] doch besteht auch abseits besonderer Kündigungsschutzvorschriften ein allgemeiner Kündigungsschutz, der die Nutzung des Kündigungsrechts einer „gerichtlichen Sachlichkeitskontrolle unterwerfen“ soll[18] und der für ältere ArbeitnehmerInnen in gewissem Ausmaß auch verstärkt wurde.

Neben dem Schutz vor der Kündigung aus einem verpönten Motiv, der in § 105 Abs 3 Z 1 Arbeitsverfassungsgesetz[19] statuiert ist, interessiert im vorliegenden Zusammenhang primär die in Z 2 leg cit eröffnete Möglichkeit, eine Kündigung

---

[14] *Budimir/Mayrhuber*, Übergang aus dem Erwerbsleben in den Ruhestand (2009), 26.
[15] RICHTLINIE 2006/54/EG des europäischen Rates und des Europäischen Parlaments vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung, ABl L 2006/204, 23.
[16] RL 2000/78/EG vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl L 2000/303, 16.
[17] *Schrammel*, Arbeitsrecht 2 – Sachprobleme (2005), 223.
[18] *Wolligger* in Neumayr/Reissner (Hg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht[2] (2011), § 105 Rz 1.
[19] ArbVG BGBl 1974/22.

wegen Sozialwidrigkeit anzufechten. Eine Kündigung ist sozialwidrig, wenn sie wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt und der Betriebsinhaber nicht nachweisen kann, dass die Kündigung durch Umstände, die in der Person des Arbeitnehmers gelegen sind, oder durch betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt erscheint. Das Anfechtungsrecht kommt primär dem Betriebsrat zu, wenn er im Zuge des betrieblichen Vorverfahrens, bei dem er vor Ausspruch der Kündigung von der Kündigungsabsicht zu verständigen ist, der Kündigung widersprochen hat. Erhebt er trotz Aufforderung nach dennoch erfolgtem Kündigungsausspruch keine Klage, oder gibt er keine Stellungnahme ab, können betroffene ArbeitnehmerInnen selbst die Kündigung anfechten. Dabei entfaltet die Kündigung zunächst ihre Wirkung, die Klage begehrt deren Aufhebung. Endet das Dienstverhältnis vor der gerichtlichen Entscheidung, lebt es im Fall der Klagsstattgebung wieder auf.[20] Ein wesentlicher Nachteil des allgemeinen Kündigungsschutz ist damit angesprochen: Das Arbeitsverhältnis wird zunächst beendet, es ist der/die ArbeitnehmerIn, der/die sich den Weg zurück an den Arbeitsplatz erkämpfen muss. Dies ist natürlich auch im Falle des Obsiegens atmosphärisch nicht immer ein Gewinn.

Selbstverständlich trifft es aber natürlich zu, dass die „Sozialwidrigkeitsbestimmungen Alter und Betriebszugehörigkeit in besonderem Maße“ berücksichtigen:[21] Je ungünstiger die Arbeitsmarktchancen eines Arbeitnehmers, desto stärker sind natürlich wesentliche Interessen berührt. § 105 Abs 3b ArbVG ordnet zudem ausdrücklich an, dass bei älteren ArbeitnehmerInnen für die Prüfung einer Kündigung auf ihre soziale Rechtfertigung die langjährige Betriebszugehörigkeit sowie das höhere Lebensalter besonders zu berücksichtigen seien. Wie in weiterer Folge zu zeigen sein wird, ist dennoch nicht davon auszugehen, dass dadurch, selbst im Zusammenspiel mit den Vorschriften über die Altersdiskiminierung, de facto ein mit den oben genannten Beispielen gleichzusetzender Kündigungsschutz bestünde.[22]

3. Gesetzliche Beschränkung des Anwendungsbereichs der Sozialwidrigkeitsanfechtung

[20] Wolliger in ZellKomm[2] § 105 ArbVG 251.
[21] *Schrank*, Kündigungsschutz älterer Arbeitnehmer, ZAS 2007/2 (8).
[22] *Schrank*, ZAS 2007,4.

Die Sozialwidrigkeitsanfechtung nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG ist an zwei wesentliche Grundvoraussetzungen geknüpft: Der gekündigte Arbeitnehmer muss zum Zeitpunkt der Kündigung sechs Monate im Betrieb beschäftigt gewesen sein. Gleichzeitig muss aber auch die zitierte Bestimmung im betriebsverfassungsrechtlichen Teil des ArbVG überhaupt auf ihn anwendbar sein: Voraussetzung für eine Kündigungsanfechtung ist daher die Beschäftigung in einem betriebsratspflichtigen Betrieb, also einem Betrieb mit zumindest fünf ArbeitnehmerInnen.

Daraus ergibt sich, dass eine Sozialwidrigkeitsanfechtung für Beschäftigte in Kleinbetrieben mit weniger als fünf ArbeitnehmerInnen ausscheidet. Davon waren z.B. im Jahr 2012 rund 180.000 Beschäftigte von Mitgliedsunternehmen der WKO betroffen.[23] Das bestehende Rechtsschutzdefizit hätte im Zusammenhang mit der geplanten Abschaffung der vorzeitigen Alterspension wegen geminderter Erwerbsfähigkeit im Zuge des Sozialrechtsänderungsgesetz 2000[24] geschlossen werden sollen. Durch eine Änderung des Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetzes war eine der Sozialwidrigkeitsanfechtung des § 105 ArbVG nachgebildete Anfechtungsmöglichkeit für alle ArbeitnehmerInnen ab 50 Jahren, zunächst befristet bis 2003, geplant. Nach ablehnenden Stellungnahmen der Wirtschaftskammer Österreich[25] und der davon eigentlich kaum berührten Industriellenvereinigung[26], wurde der Plan aber wieder fallengelassen. Schließlich wurde im Zuge des Gesetzwerdungsprozess des Arbeitsrechtsänderungsgesetzes 2000[27] eine abgespeckte Version des Vorhabens beschlossen: Eine Anfechtungsmöglichkeit wurde nur für genau festgelegte Jahrgänge vorgesehen, wobei die gewählte Technik der Benennung unterschiedlicher begünstigter Jahrgänge für Männer und Frauen in der Literatur als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts kritisiert wurde.[28] De facto ist diese Bestimmung aufgrund des weit über dem gesetzlichen Antrittsalter liegenden Alters der begünstigten Jahrgänge aber inzwischen unanwendbar geworden und besteht das angesprochene Rechtsschutzdefizit weiter.

---

[23] *Wirtschaftskammer Österreich (Hg),* Statistisches Jahrbuch 2013 (2013), 76.
[24] ME SRÄG 2000, 46/ME 21. GP Art 8.
[25] Stellungnahme zu ME SRÄG 2000, 31/SN - 46/ME 21. GP.
[26] Stellungnahme zu ME SRÄG 2000, 27/SN - 46/ME 21. GP.
[27] AB 189 BlGNR 21. GP.
[28] *Mayr*, Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und Kündigung in Kleinbetrieben, RdW 2001, 26.

4. Judikative Einschränkungen bei der Auslegung wesentlicher Interessensbeeinträchtigungen

Neben der grundsätzlichen Berechtigung zur Klageerhebung kommt es wesentlich darauf an, eine durch die Kündigung verursachte wesentliche Interessensbeeinträchtigung darlegen zu können. Bei der Untersuchung, ob durch die Kündigung eine Beeinträchtigung wesentlicher Interessen eintrifft, ist nach der höchstgerichtlichen Judikatur „auf die Möglichkeit der Erlangung eines neuen, einigermaßen gleichwertigen Arbeitsplatzes und in diesem Zusammenhang auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Alter des Arbeitnehmers, den Verlust allfälliger dienstzeitabhängiger Ansprüche sowie der mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen Vorteile (wie etwa Dienstwohnung) abzustellen. Darüber hinaus sind aber auch 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.“[29] Diese Auslegung erfordert natürlich weitergehende einzelfallspezifische Beurteilungen, die von den Gerichten vorgenommen werden, wobei sich auch hier einige durchaus generalisierungsfähige Problemfelder erkennen lassen.

a) Einkommenssituation und Arbeitsbedingungen

Erster Anknüpfungspunkt für die Beeinträchtigung wesentlicher Interessen ist die Frage, ob betroffene ArbeitnehmerInnen überhaupt Aussichten haben, einen vergleichbaren Arbeitsplatz in absehbarer Zeit wiederzuerlangen. In jüngerer Zeit hat der OGH bestätigt, dass eine über zwölf Monate dauernde Phase der Arbeitslosigkeit die wesentlichen Interessen von ArbeitnehmerInnen berühren, und eine Arbeitsplatzsuche von 6-8 Monaten „gerade noch“ zumutbar sein kann.[30] Für derartige Prognosen müssen die Gerichte Sachverständigengutachten heranziehen. Ob die dort angestellten Prognosen mit der tatsächlichen Dauer des Auffindens einer adäquaten Beschäftigung übereinstimmen, bleibt aber naturgemäß offen.

---

[29] RIS-Justiz RS0051703.
[30] OGH 14.10.2008, 8 Oba 62/08p.

Für die Vergleichbarkeit spielt es selbstverständlich eine entscheidende Rolle, in welchem Ausmaß ein neues Dienstverhältnis das bisherige Einkommen ersetzen kann. Aus dem Gesetzwerdungsprozess des ArbVG leiteten Judikatur und Lehre zunächst ab, dass eine Interessensbeeinträchtigung bereits bei finanziellen Einbußen und nicht erst durch Gefährdung der Existenzgrundlage durch dauernde Arbeitslosigkeit gegeben seien.[31] Der Oberste Gerichtshof schränkte allerdings ein, dass die finanzielle Schlechterstellung ein solches Ausmaß erreichen müsse, dass sie eine fühlbare, ins Gewicht fallende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage zur Folge habe.[32] Trotz der regelmäßigen Betonung, dass keine starren Prozentsätze zu einer Beurteilung heranzuziehen seien[33], hielt er doch fest, dass zu erwartende Einbußen von unter 10 Prozent des Einkommens in der Regel für sich keine Sozialwidrigkeit begründen.[34] In der jüngeren Judikatur stechen Entscheidungen hervor, bei denen auch wesentlich massivere Einkommensverluste bei besonders hohen Einkommen noch nicht als wesentliche Interessensbeeinträchtigung anerkannt werden.[35] Trotz einer nicht zu bestreitenden Tendenz, höhere Einkommensverluste zuzulassen, erscheint es allerdings übertrieben, generell davon auszugehen, dass erst Einkommenseinbußen ab 20% als wesentliche Interessensbeeinträchtigung anerkannt würden.[36]

Dass mit solchen Grenzen eher außergewöhnlich hohe Einkommen angesprochen werden, adressiert allerdings ein tatsächlich sehr zentrales Problem im Bereich des Kündigungsanfechtungsrecht, das *Ebner/Kappel*, wenn auch mit völlig verqueren Schlussfolgerungen, berechtigterweise ansprechen: „Je niedriger das Einkommen des gekündigten Arbeitnehmers ist, desto eher werden seine wesentlichen Interessen durch die Kündigung nicht beeinträchtigt.“[37] Wer (noch dazu in einer Niedriglohnbranche) nur ein am oder knapp über dem Kollektivvertragslohn liegendes Entgelt bezieht oder nur eine Teilzeitstelle ausübt, hat tatsächlich markant schlechtere Chancen in einem Anfechtungsverfahren zu obsiegen. Je besser ArbeitnehmerInnen verdienen, desto eher scheint eine Kündigung geeignet, im Sinne

---

[31] RIS-Justiz RS0051727.
[32] OGH 08.09.1993, 9 ObA 146/93.
[33] OGH 25.10.2011, 9 ObA 15/11p.
[34] OGH 21.10.1998, 9 ObA 261/98t.
[35] OGH 30.09.2005, 9 ObA 8/05z.
[36] *Wolliger*, ZellKomm² § 105 Rz 156.
[37] *Ebner/Kappel*, Zur Arbeitgeberkündigung von überbezahlten Mitarbeitern, ecolex 2006, 921.

der Judikatur eine ins Gewicht fallende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage zu bewirken.

Fallen finanzielle Einbußen als Anfechtungsgrund weg, so können auch andere Änderungen der Arbeitsbedingungen die Interessen von ArbeitnehmerInnen negativ berühren. So hat der OGH wiederholt eine wesentlich verlängerte Fahrtzeit und die dadurch bedingte Schmälerung der Lebensqualität als Interessensbeeinträchtigung grundsätzlich anerkannt.[38] Ob einzelne, für die Betroffenen möglicherweise besonders essentielle, veränderte Arbeitsbedingungen (z.B. Arbeitszeiten) letztlich für einen Anfechtungserfolg genügen bleibt aber einzelfallabhängig und jedenfalls mit einer gewissen Unsicherheit behaftet.

b) Geschlecht

Nicht nur die Höhe des Einkommens, auch das Geschlecht kann unter Umständen eine Beeinträchtigung der Anfechtungschancen mit sich bringen: Wenn bei der Betrachtung der wirtschaftlichen Gesamtsituation betroffener Arbeitnehmerinnen auch das Einkommen des Ehegatten zur Beurteilung heranzuziehen ist, so ergibt sich daraus, wie der OGH selbst erkannte, ein Diskriminierungsproblem aufgrund des Geschlechts.[39] Da Männer statistisch regelmäßig höhere Einkommen als Frauen erzielen, sind letztere bei der Berücksichtigung des Ehegatteneinkommens für die Beurteilung der Interessensbeeinträchtigung benachteiligt. *Eichinger* hat zutreffend argumentiert, dass trotz der umsichtigen Ausführungen des OGH in dieser Entscheidung und seiner Betonung, das Ehegatteneinkommen sei nur als „ein Kriterium“ unter mehreren anzusehen, der Verdacht einer ungerechtfertigten mittelbaren Diskriminierung bestehen bleibe.[40] Dies ist umso mehr zu unterstreichen, als völlig unklar bleibt, wie die Forderung des OGH „das Einkommen der Ehegatten gekündigter Arbeitnehmerinnen im Rahmen der Gesamtprüfung der Sozialwidrigkeit abstellend auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles zu gewichten“ zu erfüllen sein sollte. Das hat das Höchstgericht selbst in

---

[38] RIS-Justiz RS0107822. Allerdings hat der OGH in den betreffenden Entscheidungen letztlich jeweils eine Interessensabwägung zu Ungunsten der ArbeitnehmerInnen vorgenommen.
[39] OGH 19.12.2001, 9 ObA 174/01f.
[40] Eichinger, Berücksichtigung des Ehegatteneinkommens beim Kündigungsschutz: Mittelbare Frauendiskriminierung?, RdW 2002, 347.

einer nachfolgenden Entscheidung unter Beweis gestellt, in der es selbst – nach Referierung der aufgestellten Grundsätze einer „gewichtenden Betrachtungsweise“ – eine hohe Abfertigung des Ehegatten und dessen hohes Einkommen als offenkundig entscheidend für die Nichtbeeinträchtigung wesentlicher Interessen der Arbeitnehmerin betrachtete.[41] Auch eine dritte Gelegenheit, diese Frage der Auslegung des Europarechts, wie von *Eichinger* gefordert, dem EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens vorzulegen, ließ der OGH jüngst verstreichen, indem er, ohne näher darauf einzugehen, der Klägerin entgegenhielt, dass eine Berufung auf eine mittelbare Diskriminierung in ihrem Fall verfehlt sei, zumal ihr Einkommen „keineswegs massiv niedriger sei, als das ihres Ehegatten“.[42]

c) Pensionsalter

Eine weitere Einschränkung bei der Bewertung der Interessensbeeinträchtigung kann sich auch aus Pensionsansprüchen älterer ArbeitnehmerInnen ergeben. Zwar spricht der OGH in ständiger Rechtsprechung aus, dass bei Erreichen des Regelpensionsalters und Anspruch auf Regelpension der Kündigungsschutz nicht generell und jedenfalls auszuschließen sei, doch müsse ein strenger Maßstab angelegt werden.[43] Nur in Ausnahmefällen, etwa bei besonders kurzen Versicherungszeiten, nicht aber bei einem der statistischen „Norm“ entsprechenden Versicherungsverlauf, sei von einer nicht ausreichenden Absicherung von ArbeitnehmerInnen durch die öffentliche Pension auszugehen,[44] wobei Leistungen aus einer Betriebspension eine wesentliche Interessensbeeinträchtigung noch unwahrscheinlicher machen. So einsichtig diese Argumentation für Fälle ist, bei denen aufgrund einer ASVG-Höchstpension und einer Betriebspension ein Einkommensausfall netto nur wenige Prozentpunkte ausmacht, so beachtlich ist auch *Tinhofers* Einwand, dass durch die Pensionsreformen des letzten Jahrzehnts die öffentlichen Pensionen in geringerem Ausmaß zur Erhaltung des Lebensstandards geeignet sein werden. Daher schließe auch eine Alterspension dann eine wesentliche Interessensbeeinträchtigung nicht aus, wenn der Versicherungsverlauf nicht durch besonders lange Zeiten der

[41] OGH 16.12.2005, 9 ObA 153/05y.
[42] OGH 22.04.2010, 8 Oba 23/10f.
[43] RIS-Justiz RS0119456.
[44] OGH 20.10.2004, 8 ObA 53/04h.

Berufsunterbrechung gekennzeichnet ist.[45] Zuletzt entschied der OGH, dass auch eine Kündigung zu einem Zeitpunkt, zu dem erst eine Korridorpension, die mit markanten Abschlägen verbunden ist, nicht sozial ungerechtfertigt sei, wenn der Arbeitnehmer mit seinem Einkommen alle Lebenshaltungskosten problemlos tragen könne.[46] Allerdings ist hier im Sinne der vom OGH betonten notwendigen Prüfung im Einzelfall tatsächlich im besonderen Maße eine genaue Abwägung vorzunehmen.

5. Rechtfertigung von Kündigungsmaßnahmen bei wesentlicher Interessensbeeinträchtigung

Im Fall einer wesentlichen Interessensbeeinträchtigung können Arbeitgeber eine Kündigung rechtfertigen, wenn in der Person des Arbeitnehmers gelegene Gründe dafür vorliegen; Der Gesetzgeber hat allerdings normiert, dass aus dem Lebensalter langjährig Beschäftigter herrührende in der Person gelegene Gründe, nur bei „erheblich nachteiliger" Berührung betrieblicher Interessen die Kündigung gestatten. Längere Krankenstände können grundsätzlich dennoch einen persönlichen Kündigungsgrund darstellen,[47] wobei allerdings der Blick auf künftig zu erwartende Krankenstände zu richten ist und ältere, lang beschäftigte Personen auch Anspruch auf Schonung im Betrieb haben.[48]

Betriebsbedingte Kündigungen unterliegen insofern einer Beschränkung, als der Arbeitgeber unternehmerische Entscheidungen, die zu Kündigungen führen, vor Gericht als geeignet darlegen muss. Welche Maßnahmen er zur betrieblichen Rationalisierung trifft, bleibt ihm allerdings selbst überlassen. Sind sowohl Interessen von ArbeitnehmerInnen, als auch des Arbeitgebers berührt, so hat das Gericht diese Interessen abzuwägen.[49]

6. Zwischenresümee

Die Möglichkeit der Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit stellt zweifellos das wichtigste Instrument für ältere ArbeitnehmerInnen dar, sich gegen eine

---

[45] *Tinhofer*, Der Soziale Kündigungsschutz, ZAS 2008/8 (56).
[46] OGH 22.08.2012, 9 ObA 54/12z.
[47] RIS-Justiz RS0051801.
[48] RIS-Justiz RS0051157.
[49] *Wolligger*, ZellKomm² § 105 ArbVG Rz 220 ff.

Kündigung zur Wehr zu setzen. Die Wirksamkeit geht sicherlich weit über das tatsächlich genutzte Maß hinaus, da ein mit einer Anfechtung verbundener Rechtsstreit auch für Arbeitgeber ein gewisses Risiko darstellt. Trotz gewisser auf ältere ArbeitnehmerInnen zugeschnittene Schutzverstärkungen, bleiben aber durchaus relevante Schutzdefizite bestehen.

7. Kündigungsschutz durch Vorschriften zur Altersdiskriminierung

Angesichts der angesprochenen Schutzlücken im Bereich der Sozialwidrigkeitsanfechtung kommt dem durch Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie geschaffenen Verbot der Altersdiskriminierung besonderes Interesse zu. § 17 Abs 1 Z 7 GlBG normiert ein Verbot der Diskriminierung bei der Beendigung u.a. auch aufgrund des Alters. Der Begriff der Beendigung wird vom OGH weit ausgelegt: Auch einvernehmliche Auflösungen können diskriminierend sein, wenn entsprechende Angebote an einen zur Diskriminierung geeigneten Personenkreis adressiert oder entsprechender Druck ausgeübt wird.[50] § 20 GlBG übernimmt die Ausnahmebestimmung des Art 6 der Richtlinie, derzufolge eine Ungleichbehandlung keine Altersdiskriminierung darstellt, wenn die Ungleichbehandlung objektiv und angemessen ist, durch ein legitimes Ziel, insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung, gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sind. Eine Diskriminierung durch Kündigung oder vorzeitige Beendigung berechtigt nach § 26 Abs 7 alle dem GlBG unterliegenden ArbeitnehmerInnen zur Anfechtung, wobei *Eichinger* zuzustimmen ist, die im Sinne eines umfassenden Rechtsschutz dafür plädiert, eine Anfechtung trotz des unklaren Wortlauts des § 26 GlBG auch bei einvernehmlicher Auflösung zuzulassen.[51]

Durch das Verbot der Altersdiskriminierung scheint eine Personalpolitik von Unternehmen, die ältere ArbeitnehmerInnen gezielt und systematisch aus einem aktiven Beschäftigungsverhältnis drängen, in Frage gestellt. Allerdings bieten die

---

[50] OGH 29. 8. 2011, 9 Ob A 63/11x.

[51] *Eichinger*, Keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei Auflösungsvereinbarung mit pensionsberechtigter 61-jähriger Arbeitnehmerin, ASoK 2011, 450 (453).

Rechtfertigungsgründe einen nicht unerheblichen Spielraum für die NormsetzerInnen, auch wenn der EuGH rhetorisch „hohe Anforderungen“[52] an die Rechtfertigungsgründe stellt.

Die Frage, welche Rolle das Erreichen des Pensionsalters für eine Beendigung durch den Arbeitgeber spielen dürfe, beschäftigte den EuGH erstmals grundlegend in der *Rs Palacios de la Villa*[53]. Die im Ausgangssachverhalt im Kollektivvertrag vorgesehene und gesetzlich erlaubte Bestimmung, bei Erreichung des Pensionsalters und gegebenem Pensionsanspruch vom Arbeitgeber zwangsweise in den Ruhestand versetzt zu werden, stelle zwar eine unmittelbare Ungleichbehandlung aufgrund des Alters dar. Sie sei aber richtlinienkonform durch Ziele der Beschäftigungspolitik gerechtfertigt, um am Arbeitsmarkt Platz für Jüngere zu schaffen, und auch angemessen und geeignet, um diese Ziele zu erreichen.

In der *Rs Rosenbladt*[54] wurden dem EuGH weitergehende Rechtsfragen in einem, für diesen Zusammenhang besonders interessanten, Ausgangssachverhalt vorgelegt: Frau Rosenbladt war als teilzeitbeschäftigte Reinigungskraft tätig, aufgrund einer Tarifvertragsbestimmung wurde das Dienstverhältnis mit Erreichen des Rentenatrittsalters automatisch beendet. Trotz gesetzlicher Einschränkung ist dabei auf die die tatsächliche Rentenhöhe, die im vorliegenden Fall aufgrund langer Teilzeitphasen sehr niedrig war, kein Bedacht zu nehmen. Das vorlegende Gericht thematisierte u.a. auch, ob diese Maßnahme tatsächlich geeignet sei, beschäftigungspolitische Ziele zu erreichen, da die angesprochene Bestimmung keine Ersatzbeschäftigung jüngerer ArbeitnehmerInnen erforderlich mache. Zudem sei fraglich, ob die vorgebrachten beschäftigungspolitischen Zwecke bestehen, zumal diese Bestimmung seit Jahrzehnten unverändert geblieben sei, obwohl sich die Arbeitsmarktlage dramatisch verändert habe. Der EuGH teilte diese Bedenken nicht, bzw. ging er auf den letztgenannten Punkt gar nicht näher ein. Er erkannte in solchen Altersklauseln einen legitimen gesellschaftlichen Konsens über die Arbeitsteilung zwischen den Generationen.

Die vom vorlegenden Gericht angesprochenen Fragen erscheinen aber umso berechtigter, als hier quasi die argumentative Umkehr der ansonsten in

---

[52] EuGH 05.03.2007, Rs C-388/07, Age Concern, Slg 2009, I-01569.
[53] EuGH 16.10.2007, Rs C-411/05, Palacios de la Villa, Slg 2007, I-08531.
[54] EuGH 12.10.2010, Rs C-45/09, Rosenbladt, Slg 2010, I-09391.

Pensionsdebatten vorgetragenen Argumentationsketten erfolgt. Wird bei der Frage der Anhebung des Pensionsantrittsalters vorgebracht, dass ein höheres Antrittsalter die Arbeitsmarktchancen Jüngerer nicht zwangsläufig berühre und aufgrund der demographischen Entwicklung vernachlässigbar sei,[55] wird andererseits eine Beendigung von Arbeitsverhältnissen bei Erreichung des Pensionsalters zum Ausdruck des „gesellschaftlichen Konsens über die Arbeitsteilung zwischen den Generationen."

In der *Rs Prigge*[56] erkannte der EuGH eine nicht gerechtfertigte Altersdiskriminierung in der vom Tarifvertrag gedeckten Kündigung männlicher Piloten mit 60 Jahren aus Gründen der Flugsicherheit. Nur sozialpolitische Ziele seien zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung geeignet. Ob darüber hinaus eine Korrektur der Rosenbladt-Entscheidung angebahnt wurde,[57] ist allerdings zu bezweifeln. Dies umso mehr, als der EuGH in der *Rs Hörnfeldt*[58] eine Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung bei Auflösung nach Vollendung des 67. Lebensjahres das tatsächliche Bestehen eines Rentenanspruchs gar nicht behandelte.

Vom EuGH unbehandelt blieb bislang die Frage, ob auch bei Erreichen einer vorzeitigen Alterspension eine zur Auflösung d es Dienstverhältnis ermächtigende Tarifvertrags- oder Gesetzesnorm eine Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung aus sozialpolitischen Erwägungen vorliegen kann. Der OGH hat dies in einer rezenten Entscheidung bejaht.[59] Er gab dem Revisionsbegehren des beklagten ORF statt und verwies das Verfahren zurück in die erste Instanz, um zu prüfen, ob die von dem Beklagten durchgeführte Kündigungen tatsächlich erforderlich waren. Auch der VwGH entschied zuletzt, dass eine Ruhestandsversetzung eines Universitätsprofessors mit 65 ex lege durch die Ziele der Verjüngung und stärkere Beachtung gleicher Geschlechterverhältnisse gerechtfertigt sei.[60]

Vom EuGH noch nicht geklärt ist, ob die bisher angesprochenen Rechtfertigungsgründe nicht nur für die Beurteilung von Normen, sondern auch für

---

[55] *Pratl*, Jahrbuch Sozialversicherungsrecht 2012 168.
[56] EuGH 13.09.2011, Rs C-447/09, Prigge, Slg 2011, I-08003.
[57] *Wachter*, Piloten: Mit 60 Jahren ist noch nicht Schluss, Jahrbuch Altersdiskriminierung 2012, 149 (156).
[58] EuGH 05.07.2012, Rs C-141/11, Hörnfeldt, Slg 2012, I-00000.
[59] OGH 12.08.2013, 9 ObA 113/12a.
[60] VwGH 28. 1. 2013, 2010/12/0168.

betriebliche Beendigungsmaßnahmen herangezogen werden können. *Eichinger* sieht in den Ausnahmebestimmungen des GlBG eine Rechtfertigungsmöglichkeit, wenn der Arbeitgeber andere Motive als das Alter für eine Kündigung beweisen kann und meint, der Arbeitgeber könne dafür u.a. auch jene sozial- und beschäftigungspolitischen Motive vorbringen, die auch dem nationalen Normensetzer eine Ungleichbehandlung gestatte.[61] Auch wenn Wachters Einwänden dagegen im Grunde zu folgen ist,[62] spricht einiges dafür, dass der EuGH in Zukunft eher in die von Eichinger skizzierte Richtung entscheiden könnte.

8. Zwischenresümee

Das Verbot der Altersdiskriminierung ist nicht zwangsläufig ein „zahnloser Papiertiger"[63], es stellt aber auch keinen umfassenden Bestandsschutz für ältere ArbeitnehmerInnen sicher. Durch die EuGH-Judikatur gedeckt scheint grundsätzlich die Praxis zu sein, bei Erreichen eines Anspruchs aus einer Alterspension das Dienstverhältnis aufzulösen, und zwar auch dann, wenn das Regelpensionsalter noch nicht vorliegt. In diesen Konstellationen erscheint die Sozialwidrigkeitsanfechtung sogar als das stärkere Rechtschutzinstrument, da der OGH dabei eine Prüfung der erheblichen Interessensbeeinträchtigung in Fällen eines atypischen Versicherungsverlaufs vorgibt.

Von großer Bedeutung scheint vor allem die bislang unbeantwortet gebliebene Frage, ob die den nationalen Normgebern eingeräumten Spielräume zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen auch den Arbeitgebern gegeben sind und in welchem Ausmaß davon in Fällen Gebrauch gemacht werden dürfte, in denen das Pensionsalter noch nicht erreicht wäre. Sollte dem Arbeitgeber die Möglichkeit zur Rechtfertigung gegeben werden, so wären aber im Zuge der Rechtfertigungsprüfung auch die berührten wesentlichen Interessen von arbeitnehmerInnen zu berücksichtigen. Eine Schutzniveauerhöhung daraus würde dabei allerdings wohl nur für jene ArbeitnehmerInnen resultieren, die bislang nicht dem ArbVG unterliegen.

---

[61] *Eichinger*, ASOK 2011, 459 f.
[62] *Wachter*, Österreichische Judikatur zur Altersdiskriminierung im Jahr 2011, Jahrbuch Altersdiskriminierung 2012, 37.
[63] *Wachter*, Das Verbot der Altersdiskriminierung – Ein „zahnloser Papiertiger"?, Jahrbuch Altersdiskriminierung 2011, 188 (208).

9. Geschlechterdiskriminierung bei ungleichem Pensionsantrittsalter

Deutlich weitreichender scheint in diesem Zusammenhang die Entscheidung des EuGH in der Rs Kleist[64]. Der OGH hatte ein Revisionsverfahren der PVA gegen die Kündigungsanfechtung ausgesetzt und dem EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahren die Frage vorgelegt,[65] ob eine Bestimmung der Dienstordnung für Ärzte und Dentisten der Sozialversicherung, die eine Kündigung bei Erreichen des Frauenregelpensionsalters von 60 Jahren vorsah, eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstelle. Der EuGH bejahte diese Frage: Die sozialrechtliche Besserstellung von Frauen im öffentlichen Pensionsrechts dürfe nicht mit der arbeitsrechtlichen Kündigung vermischt werden. Die Kündigung stelle eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar, die Bestimmung musste demnach unangewendet bleiben. In einer jüngst ergangenen Entscheidung hat der EuGH sogar festgestellt, dass eine Befristung, die vor dem EU-Beitritt aufgrund einer ähnlich gelagerten Bestimmung vertraglich vereinbart wurde, eine unmittelbare Diskriminierung darstellt.[66]

In der bereits angesprochenen Entscheidung zum Verständnis einer einvernehmlichen Auflösung als diskriminierender Beendigung hat der OGH die weitreichenden Folgen dieser Entscheidung allerdings insofern einzuschränken versucht, als eine Beendigung durch einvernehmliche Auflösung dann nicht diskriminierend sei, wenn er gleichzeitig auch mit gleichaltrigen pensionsberechtigten Männern eine Beendigung vereinbare.[67]

Trotz dieser Einschränkung scheint diese Judikaturlinie das schärfste Instrument zu sein, das das Antidiskriminierungsrecht jedenfalls Frauen, die das Pensionsalter erreichen, bereitstellt, um eine im Raum stehende Kündigungsabsicht des Arbeitgebers abzuwehren.

10. Rechtliche Zusammenfassung

Auch nach der innerstaatlichen Umsetzung des Verbots der Altersdiskriminierung erscheint die Anfechtung nach §105 Abs 3 ArbVG als stärkste Waffe von

---

[64] EuGH 18.11.2010, Rs C-356/09, Kleist, Slg 2010, I-11939.
[65] OGH 04.08.2009, 9 ObA 163/08y.
[66] EuGH 12.09.2013, Rs C-614/11, Kuso, Slg 2013, I-00000.
[67] OGH 29.08.2011, 9 ObA 63/11x.

ArbeitnehmerInnen, ihren Arbeitsplatz gegen eine drohende Kündigung zu verteidigen. Die erforderliche Berücksichtigung wesentlicher Interessen von ArbeitnehmerInnen und die altersspezifischen Einschränkungen der Möglichkeiten des Arbeitgebers, eine wesentliche Interessensbeeinträchtigung zu rechtfertigen, stellen in vielen Einzelfällen ein durchaus wirksames Instrument dar und lassen darüber hinaus bei vielen Arbeitgebern ein erhöhtes Problembewusstsein entstehen.

Nichtsdestotrotz bestehen auch erhebliche Defizite im Bestandsschutz: Dazu zählen wie bereits angesprochen die fehlende Möglichkeit von ArbeitnehmerInnen in Kleinbetrieben mit bis zu vier Beschäftigten eine Kündigung anzufechten; die Erschwerung für NiedrigverdienerInnen, eine Beeinträchtigung wesentlicher Interessen nachzuweisen; die bedeutsame Rolle von Sachverständigengutachten, deren Prognosen über die Vermittelbarkeit am Arbeitsmarkt nicht zwangsläufig mit der konkreten tatsächlichen Situation zusammenhängen muss . Schließlich ist nicht zu bestreiten, dass die Verteilung der Klags- und Beweispflicht zu Lasten der ArbeitnehmerInnen trotz der fehlenden Kostenersatzpflicht mit einer hohen psychischen Belastung aufgrund der ungeklärten Frage des Weiterbestehens des Arbeitsplatzes verbunden ist.
Die Regelungen über die Altersdiskriminierung stellen in ihrer bisherigen Auslegung mE eine eher unwesentliche Verbesserung der Rechtssituation dar. Anders wäre dies v.a. dann zu beurteilen, wenn der EuGH die Auffassung Wachters teilen würde, dass eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung aufgrund des Alters dem individuellen Arbeitgeber verwehrt bliebe.

Durchaus bedeutsam und von hoher Relevanz ist allerdings die Judikatur des EuGH zur verbotenen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts durch Kündigung bei Erreichung des früher gelegenen Pensionsantrittsalters von Frauen. Diese Entscheidung liefert ein durchaus brauchbares Instrument, diskriminierenden Kündigungsabsichten des Arbeitgebers entgegenzutreten.

11. Politische Ableitungen

Rechtspolitisch erscheint eine Ausweitung der Anfechtungsmöglichkeiten des § 105 ArbVg auf Beschäftigte in Kleinbetriebe jedenfalls wünschenswert und unkompliziert durch entsprechende Adaptierung des § 15 Abs 3 bis 6 AVRAG möglich. Ein besonderer Kündigungsschutz für ältere ArbeitnehmerInnen wird aufgrund der befürchteten negativen Auswirkungen in Form „vorgezogener" Kündigungen vor Erreichung der geschützten Altersgrenze bzw. die Nichtbeschäftigung Älterer durchaus auch skeptisch gesehen. Umgekehrt stellt sich allerdings die Frage, ob derartige Effekte sich wesentlich von der bereits heute oftmals beobachtbaren „Verabschiedung" älterer Beschäftigter unterscheiden würde. In diesem Zusammenhang werden zweifellos auch die Untersuchung der Auswirkung der gelockerten Kündigungsschutzbestimmungen für begünstigt Behinderte auf deren Teilnahme am Arbeitsmarkt Ansatzpunkte für eine solche Debatte liefern.

Fest steht aber zweifellos, dass eine Verbesserung des Bestandschutzes, ebenso wie die Verbesserung der Gesundheitsprävention am Arbeitsplatz nur einen Beitrag zu einem erhöhten Beschäftigungsniveau älterer ArbeitnehmerInnen leisten wird können.

Auch die schon heute bestehenden Förderinstrumente des AMS, die eine Beschäftigung älterer ArbeitnehmerInnen unterstützen, scheinen nicht geeignet zu sein, die Verwerfungen des Arbeitsmarkts auch nur annähernd auszugleichen. Eine Ausweitung dieser Maßnahmen auf Kosten der Versichertengemeinschaft erschiene mir nur bedingt vertretbar. Zur Finanzierung weitergehender arbeitsmarktpolitischer Initiativen erschiene es jedenfalls geboten, Arbeitgeber, die ältere ArbeitnehnmerInnen kündigen oder zur Beendigung drängen, mit spürbaren finanziellen Ausgleichszahlungen zu belegen.

Insgesamt ist es aber dringend erforderlich, die Situation älterer ArbeitnehmerInnen und die Gestaltung des Pensionssystems auch tatsächlich und nicht nur rhetorisch mit der Arbeitsmarktlage in Verbindung setzen. Allen Förderinstrumenten und dem Wissen über die wertvollen Ressourcen, die ältere ArbeitnehmerInnen bieten, zum Trotz werden am Rand des Arbeitsmarkts stehende Personen nur dann bessere

Chancen haben, wenn sich die Beschäftigungslage spürbar verbessert und durch eine vollbeschäftigungsnahe Situation der Zwang ergibt, Arbeitskräfte zu aktivieren, auf die Unternehmen derzeit gerne verzichten.