

**Gerichtstyp**      **Datum**  
OGH                      20030423

**Geschäftszahl**  
90bA223/02p

#### **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in  
Arbeits- und  
Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des  
Obersten  
Gerichtshofes Dr. Maier als Vorsitzenden und die  
Hofräte des Obersten  
Gerichtshofes Dr. Spenling und Dr. Hopf sowie die  
fachkundigen  
Laienrichter Mag. Dr. Thomas Keppert und Ulrike Kargl  
als weitere  
Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei  
Dr. Manfred  
K\*\*\*\*\*, Pensionist, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Helge  
Doczekal,  
Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei  
Wirtschaftskammer  
Österreich, Wiedner Hauptstraße 63, 1045 Wien,  
vertreten durch Dr.  
Bernhard Hainz ua, Rechtsanwälte in Wien, wegen  
Kündigungsanfechtung  
(EUR 21.801,85), infolge Revision der klagenden Partei  
gegen das  
Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als  
Berufungsgericht in Arbeits-  
und Sozialrechtssachen vom 3. Juli 2002, GZ 10 Ra  
188/02v-20, womit  
das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom  
20. Februar  
2002, GZ 13 Cga 78/01m-13, bestätigt wurde, in  
nichtöffentlicher  
Sitzung zu Recht erkannt:

#### **Spruch**

Der Revision wird nicht Folge gegeben.  
Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei  
die mit EUR  
1.189,44 (darin enthalten EUR 198,24 USt) bestimmten  
Kosten des  
Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

#### **Text**

Entscheidungsgründe:

#### **Rechtssatz**

Eine wesentliche Aktenwidrigkeit (§ 503 Z 3 ZPO) liegt  
nicht vor;  
diese Beurteilung bedarf keiner Begründung (§ 510 Abs  
3 Satz 3 ZPO).  
Im Übrigen hat das Berufungsgericht die  
Sozialwidrigkeit der zurecht  
als Kündigung qualifizierten Versetzung des im 64.  
Lebensjahr  
stehenden Klägers (ON 8, AS 29) in den dauernden  
Ruhestand (vgl  
Marhold, RdW 1986, 275; ZAS 1998/13 [Tomandl]; RIS-  
Justiz RS0030344)  
zutreffend verneint, sodass auf dessen Begründung  
verwiesen werden

kann (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO). Ergänzend ist den Ausführungen des Revisionswerbers Folgendes entgegenzuhalten: Soweit der Revisionswerber erstmals behauptet, die Beklagte habe ihm einen Verzicht auf die Anwartschaft der Pragmatisierung "abgenötigt", handelt es sich um eine unzulässige Neuerung (§ 504 Abs 2 ZPO). Die Behauptung, das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien wäre wegen Unzulässigkeit des Verzichts gar nicht kündbar gewesen, steht nicht nur diametral zum Begehren auf Kündigungsanfechtung, das eine nach zivilrechtlichen Grundsätzen rechtsgültige Kündigung des Arbeitgebers voraussetzt (Strasser/Jabornegg, ArbVG<sup>3</sup> § 105 Anm 2), sondern auch zum erstinstanzlichen Klagevorbringen. Darin verwahrte sich der Kläger stets dagegen, jemals pragmatisiert gewesen zu sein, sondern berief sich darauf, dass "jederzeitige Kündbarkeit" bestanden habe (ON 8, AS 31).

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Kündigung sozial ungerechtfertigt ist (§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG), muss vorerst ohne Rücksicht auf andere Anfechtungsvoraussetzungen und ohne Koppelung mit anderen Tatbeständen oder Tatbestandsmerkmalen geprüft werden, ob durch sie wesentliche Interessen des betroffenen Arbeitnehmers beeinträchtigt werden. Für diese Umstände ist der anfechtende Arbeitnehmer behauptungs- und beweispflichtig (Arb 10.755; Arb 10.771; DRdA 1992/53 [Mosler]; RdW 2002/364 mwN; 8 ObA 177/02s; RIS-Justiz RS0051640, RS0051746). Eine solche Beeinträchtigung wesentlicher, Sozialwidrigkeit begründender Interessen konnte der Kläger nicht dartun.

Das Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung wesentlicher Interessen iSd § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG hat die Funktion, den Kündigungsschutz jenen Arbeitnehmern zu gewähren, die auf ihren Arbeitsplatz zur Sicherung ihres Lebensunterhaltes angewiesen sind (ARD 4966/3/98; wbl 1999/369). Bei der Untersuchung der Frage, ob durch die Kündigung eine Beeinträchtigung wesentlicher Interessen eintritt, ist die gesamte wirtschaftliche und soziale Lage des Arbeitnehmers einzubeziehen (Karl, Die sozial ungerechtfertigte

Kündigung 51; Arb  
10.755; wbl 1999/369; RIS-Justiz RS0051741, RS0051806  
ua). Eine  
finanzielle Schlechterstellung allein genügt für die  
Tatbestandsmäßigkeit nicht; es sei denn, dass sie ein  
solches Ausmaß  
erreicht, dass sie eine fühlbare, ins Gewicht fallende  
Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage zur Folge  
hat, ohne dass  
aber schon eine soziale Notlage oder eine  
Existenzgefährdung  
eintreten müsste (Arb 10.755; infas 1992, A 5; wbl  
1999/369;  
RIS-Justiz RS0051753). Gewisse Schwankungen der  
Einkommenslage muss  
allerdings jeder Arbeitnehmer im Lauf seines  
Arbeitslebens hinnehmen  
(vgl Kuderna, DRdA 1975, 9 [12]; DRdA 1992/53 [Mosler]  
mwN ua). Dass  
die Beendigung des Arbeitsverhältnisses den  
gekündigten Arbeitnehmer  
nicht mehr an weiteren Gehaltserhöhungen (zB  
Biennalsprüngen)  
teilhaben lässt, ist eine Folge der Auflösung, zumal  
der Gekündigte  
auch kein Gehalt mehr von seinem Arbeitgeber bezieht.  
Mit jeder Kündigung können auch gewisse soziale  
Nachteile für den  
Arbeitnehmer verbunden sein. Soll ihnen Relevanz  
zukommen, müssen  
Umstände vorliegen, die die Kündigung über das normale  
Maß hinaus für  
den Arbeitnehmer nachteilig machen (vgl wbl 1999/369;  
RIS-Justiz  
RS0051727). Solche Umstände liegen hier jedoch nicht  
vor. Eine  
"gesellschaftliche Minderachtung" von Beziehern einer  
vorzeitiger  
Alterspension wegen langer Versicherungsdauer nach §  
253b ASVG ist  
entgegen der Annahme des Revisionswerbers nicht  
notorisch; eine  
derartige Betrachtung entbehrt auch jeder Grundlage  
(vgl zur  
gesellschaftlichen Akzeptanz DRdA 1992/53 [Mosler];  
DRdA 1994/20  
[Trost]).  
Wie die Vorinstanzen richtig erkannten, kommt für den  
bereits im 64.  
Lebensjahr stehenden Kläger ein Arbeitsplatzwechsel  
nicht mehr in  
Frage. Das Berufungsgericht hat auch richtig erkannt  
und gewürdigt,  
dass ältere Arbeitnehmer kraft ausdrücklicher  
Anordnung des  
Gesetzgebers besonders geschützt sind und dass bei  
ihnen nach § 105  
Abs 3 vorletzter Satz ArbVG bei der Prüfung der  
sozialen  
Rechtfertigung der Kündigung ein besonders strenger  
Maßstab anzulegen  
ist (Gahleitner in Cerny/Gahleitner/

Kundtner/Preiss/Schneller, ArbVG  
Bd 3<sup>2</sup> § 105 Erl 56; ARD 4966/3/98; RIS-Justiz  
RS0052008). Diese  
Regelung begründet jedoch entgegen der Auffassung des  
Revisionswerbers nicht schon automatisch die  
Sozialwidrigkeit der  
Kündigung eines älteren Arbeitnehmers. Es muss  
vielmehr in jedem  
Einzelfall geprüft werden, ob der Arbeitnehmer des  
Kündigungsschutzes  
bedarf (Karl aaO 50). Wie auch bereits ausgeführt, ist  
stets die  
Gesamtsituation des gekündigten Arbeitnehmers zu  
berücksichtigen.  
Dabei fällt beim Kläger vor allem ins Gewicht, dass er  
ab der  
Versetzung in den dauernden Ruhestand nach der  
anzuwendenden  
Pensionsordnung der Beklagten Anspruch auf eine  
Pensionsleistung der  
Beklagten in der Höhe von 80 % seines letzten  
Bruttomonatsbezuges von  
ATS 105.197,40 sowie Anspruch auf eine (anrechenbare)  
vorzeitige  
Alterspension bei langer Versicherungsdauer nach §  
253b ASVG hat. Der  
Kläger ist damit finanziell abgesichert (DRdA 1992/53  
[Mosler] unter  
Berufung auf Tomandl, ZAS 1984, 203 [207 f]; vgl auch  
DRdA 1997,  
406); er ist nicht auf seinen Arbeitsplatz zur  
Sicherung seines  
Lebensunterhaltes angewiesen.  
Einen gewissen Einkommensverlust nimmt der Gesetzgeber  
für den Fall  
der Pensionierung bewusst in Kauf, wobei es nicht nur  
um die  
Berücksichtigung jener Ersparnisse geht, die sich  
durch das  
Unterbleiben der Arbeitsleistung an sich ergeben,  
sondern auch um das  
Äquivalent für den Wegfall der Arbeitsbelastung. Dem  
Kläger mag zwar  
ab der Versetzung in den dauernden Ruhestand die bis  
dahin von der  
Beklagten bezahlte Prämie für eine  
Zusatzkrankenversicherung sowie  
ein nicht pensionsfähiger Zuschlag zum Bezug entgangen  
sein,  
andererseits erhielt er aber von der Beklagten eine  
Abfertigung in  
der Höhe des Zwölffachen des letzten Monatsbezuges  
(vgl Beil ./4),  
deren fruchtbringende Anlage diesen Verlust  
ausgleichen oder  
jedenfalls deutlich mildern kann (vgl DRdA 1992/53  
[Mosler]). Nach  
den getroffenen Feststellungen der Tatsacheninstanzen  
ist sohin davon  
auszugehen, dass der Kläger unter Einbeziehung seiner  
gesamten  
Lebensverhältnisse seine Lebenshaltungskosten auch

nach Wegfall des  
früheren Aktivbezuges aus der Pension decken kann  
(Karl aaO 51).  
Zusammenfassend werden sohin durch die gegenständliche  
Versetzung in  
den dauernden Ruhestand keine wesentlichen Interessen  
des Klägers iSd  
§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG beeinträchtigt. Erst aber, wenn  
der  
Grundtatbestand der Sozialwidrigkeit der Kündigung  
gegeben ist und  
auch ein Ausnahmetatbestand iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit a  
und b ArbVG  
vorliegt, treten die Interessen des Arbeitnehmers und  
des  
Arbeitgebers notwendigerweise in eine Wechselwirkung.  
Liegt schon der  
Grundtatbestand nicht vor, ist die Kündigung also  
nicht sozial  
ungerechtfertigt, kommt es entgegen der Ansicht des  
Revisionswerbers  
nicht zu einer Interessenabwägung etwa mit  
betrieblichen  
Erfordernissen (Arb 10.771; DRdA 1992/53 [Mosler] ua).  
Feststellungsmängel liegen daher insoweit nicht vor.  
Abschließend weist der Revisionswerber richtig darauf  
hin, dass  
erklärter Zweck der Richtlinie 2000/78/EG des Rates  
vom 27. November  
2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die  
Verwirklichung  
der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf die  
Bekämpfung der  
Diskriminierung auch wegen des Alters ist (Art 1),  
ohne dass  
allerdings hieraus unmittelbar etwas für seinen  
Prozessstandpunkt zu  
gewinnen wäre:  
Sieht man davon ab, dass der Kläger in erster Instanz  
Tatsachen weder  
geltend noch glaubhaft machte, die das Vorliegen einer  
Diskriminierung aus dem Grunde des Alters (Art 2 Abs  
2) vermuten  
lassen (Art 10 Abs 1), so wäre auch zu beachten, dass  
nicht schon  
jede Ungleichbehandlung wegen des Alters eine verpönte  
Diskriminierung sein muss, weil Art 6 der Richtlinie  
eine ganze Reihe  
von Rechtfertigungsgründen vorsieht, aus denen eine  
Ungleichbehandlung wegen des Alters gerechtfertigt  
sein kann (vgl  
Schmidt/Senne, RdA 2002, 80 [89]; Thüsing, ZfA 2001,  
397 [408 ff];  
ders, NZA 2001, 1061 [1063 f]; Urlesberger, ZAS 2001,  
72 [74]; Weber,  
AuR 2002, 401 [402 f]; Wiedemann/Thüsing, NZA 2002,  
1234 [1237 ff]  
ua). Da der Kläger in erster Instanz keine  
Diskriminierung geltend  
machte, unterblieb auch die Erörterung allfälliger  
Rechtfertigungsgründe.  
Anzumerken ist noch, dass die Richtlinie 2000/78/EG am

2. 12. 2000,  
dem Tage ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der EG  
(Art 20; ABl Nr L  
303), in Kraft trat und an die Mitgliedstaaten  
gerichtet ist (Art  
21). Der Revisionswerber berücksichtigt bei seinen  
Überlegungen nicht  
ausreichend, dass diese Richtlinie (sofern nicht von  
einem  
Mitgliedstaat hinsichtlich der Diskriminierungsgründe  
des Alters oder  
der Behinderung noch eine Zusatzfrist von weiteren  
drei Jahren in  
Anspruch genommen wird) erst bis zum 2. 12. 2003 (Art  
20) - also bis  
zu einem mehr als zwei Jahre nach der Beendigung  
seines  
Arbeitsverhältnisses (1. 10. 2001) liegenden Zeitpunkt  
- durch die  
Erlassung der erforderlichen Rechts- und  
Verwaltungsvorschriften in  
das nationale Recht umzusetzen ist. Eine unmittelbare  
Anwendung der  
Richtlinie scheidet aber nach der Rechtsprechung des  
EuGH aus,  
solange die Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen ist;  
diese Wirkung  
entsteht erst am Ende des festgesetzten Zeitraums  
(EuGH 5. 4. 1979,  
Rs 148/78, Ratti, Slg 1979, 1629; EuGH 3. 3. 1994, Rs  
C-316/93,  
Vaneetveld, Slg 1994, I-763; Streinz aaO Rz 402 ua).  
Der  
Mitgliedstaat darf allerdings während der  
Umsetzungsfrist keine  
Vorschriften erlassen, die geeignet sind, die  
Erreichung des in der  
Richtlinie vorgeschriebenen Ziels bei Ablauf der  
Umsetzungsfrist  
ernstlich in Frage zu stellen (EuGH 18. 12. 1997, Rs  
C-129/96,  
Wallonie ASBL, Slg 1997, I-7411; Hetmeier in Lenz, EG-  
Vertrag<sup>2</sup> Art  
249 Rz 11; Nettesheim in Grabitz/Hilf, EGV Art 249 Rz  
138; Streinz  
aaO Rz 393c; Thun-Hohenstein/Cede, Europarecht<sup>3</sup> 189  
ua). Derartige  
wird vom Revisionswerber aber ohnehin nicht behauptet.  
Die Frage der richtlinienkonformen Auslegung  
nationalen Rechts stellt  
sich hier nicht (vgl zum Problem der Auslegung  
vor/nach Ablauf der  
Umsetzungsfrist Streinz aaO Rz 393a, 393b ua). Auf den  
besonderen  
Kündigungsschutz älterer Arbeitnehmer nach § 105 Abs 3  
vorletzter  
Satz ArbVG wurde im vorliegenden Fall ohnehin Bedacht  
genommen.  
Dieser besondere Kündigungsschutz verbietet (indirekt)  
nicht nur jede  
Diskriminierung aus dem Grunde des Alters, sondern  
gebietet gerade

bei älteren Arbeitnehmern bei der Prüfung, ob eine Kündigung sozial ungerechtfertigt ist, die besondere Berücksichtigung des Umstands einer vieljährigen ununterbrochenen Beschäftigungszeit im Betrieb sowie die wegen des höheren Lebensalters zu erwartenden Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess (vgl Art 7 Abs 1 der RL ["Positive und spezifische Maßnahmen"]; vgl für das deutsche Recht Leuchten, NZA 2002, 1254 [1259 f]; Schmidt/Senne aaO 88; Wiedemann/Thüsing aaO 1240 ff ua).

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 41, 50 Abs 1 ZPO.

**Anmerkung**

E69733

9ObA223.02p

**Dokumentnummer**

JJT/20030423/OGH0002/009OBA00223/02P0000/000