

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

## AKÜ – Sozialwidrige Kündigung<sup>1</sup>

### KOMPAKT AUF EINEN BLICK

*Grundsätzlich kann ein auf unbestimmte Zeit abgeschlossenes Arbeitsverhältnis unter Einhaltung von Frist und Termin ohne Angaben von Gründen gekündigt werden. Dieser Grundsatz wird durch betriebsverfassungsrechtliche Kündigungsbeschränkungen unterbrochen.*

*Eine dieser Kündigungsbeschränkungen ist die Anfechtungsmöglichkeit einer Kündigung wegen Sozialwidrigkeit. Eine Sozialwidrigkeit liegt vor, wenn die Kündigung bei objektiver Betrachtung nicht notwendig war bzw. wenn der AG bei der Auswahl des zu Kündigenden soziale Gesichtspunkte zu wenig berücksichtigt hat. Diese Kündigungsbeschränkungen sollten insbesondere bei Einstellung älterer Arbeitnehmer berücksichtigt werden.*

*Im Folgenden soll ein kurzer Überblick geboten werden, ob und unter welchen Voraussetzungen im Bereich der Überlassung eine Anfechtung aus diesem Grund möglich ist.*

<sup>1</sup> Vgl. Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen<sup>8</sup> (2013); Wolligger in ZellKomm<sup>2</sup> § 105 ArbVG Rz 137 ff; Trost in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 105 Rz 232 ff.

Verfasser: Rechtsanwalt Dr. Georg BRUCKMÜLLER  
Branchenanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser, Lektor Donau-Universität Krems

Trotz sorgfältiger Bearbeitung wird für die Ausführungen keine Gewähr übernommen.  
Nur für Mitglieder der Berufsgruppe der Arbeitskräfteüberlasser zum internen Gebrauch bestimmt.  
Jegliche andere Art der Verbreitung und Vervielfältigung nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Fachverbandes der  
Gewerblichen Dienstleister zulässig. gewerbliche.dienstleister@wko.at; 05 90900 3260

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

**?** **1. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
„Können meine Mitarbeiter eine Kündigung anfechten? Wo ist geregelt, dass ein AN eine Kündigung wegen Sozialwidrigkeit anfechten kann?“

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
„Die Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit ist in § 105 ArbVG (Arbeitsverfassungsgesetz) sowie in § 15 Abs. 3 bis 6 AVRAG (Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz) geregelt.“

Die Bestimmung im ArbVG ist ausschließlich auf BR (Betriebsrat)-pflichtige Unternehmen/Betriebe anzuwenden. § 15 Abs. 3 bis 6 AVRAG umfasst die Kleinstbetriebe.“

*HINWEIS: „Darauf, ob ein BR errichtet ist oder nicht, kommt es hingegen nicht an.“*

**?** **2. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
„Welche Voraussetzungen muss ein Unternehmen erfüllen damit eine BR-Pflicht besteht und § 105 ArbVG anzuwenden ist?“

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
„Eine BR-Pflicht entsteht, wenn ein Betrieb auf Dauer mindestens 5 stimmberechtigte AN beschäftigt. Nur in diesem Fall ist § 105 ArbVG anzuwenden.“

Sind weniger AN im Betrieb tätig, handelt es sich um einen "Kleinstbetrieb", § 105 ArbVG kommt nicht zur Anwendung. Eine Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit kann sich grundsätzlich auch aus § 15 Abs. 3 bis 6 AVRAG ergeben, da diese Bestimmung auch bei Kleinstbetrieben anzuwenden ist.

Zu beachten ist jedoch, dass § 15 AVRAG in den letzten Jahren seine Bedeutung verloren hat, weil diese Gesetzesbestimmung lediglich auf bestimmte (besonders frühe) Jahrgänge anzuwenden ist.“

*ACHTUNG: Gem. § 15 Abs. 3 AVRAG sind nur männliche AN der Jahrgänge 1935 bis 1942 (=79-72 Jahre) sowie weibliche AN der Jahrgänge 1940 bis 1947 (=74-67 Jahre) berechtigt, eine Kündigung wegen Sozialwidrigkeit anzufechten.*

**Anmerkung:**  
Eine Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit kommt aus diesem Grund eigentlich nur für AN in Betracht, welche in einem BR-pflichtigen Betrieb beschäftigt sind. Darauf, ob ein BR errichtet ist oder nicht, kommt es nicht an.

**?** **3. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
„Ich beschäftige 3 interne AN und durchschnittlich 100 überlassene AN. Besteht für mein Unternehmen eine BR-Pflicht?“

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
„Grundsätzlich ja, auch AN, die an Beschäftigterbetriebe überlassen werden, sind im Überlasserbetrieb „beschäftigt“. Da in Ihrem Unternehmen 103 AN beschäftigt sind, besteht eine BR-Pflicht. Die AN ihres Unternehmens können sich grundsätzlich auf § 105 ArbVG berufen. Auch dann wenn in Ihrem Unternehmen kein BR besteht.“

**?** **4. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
„Ich habe einen BR-pflichtigen Betrieb. Ich möchte einen AN kündigen, welchen ich seit 5 Monaten an einen Beschäftigter überlasse. Kann dieser AN die Kündigung wegen Sozialwidrigkeit anfechten?“

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
„Nein! Die Voraussetzung, dass ihr AN die Kündigung wegen Sozialwidrigkeit anfechten kann ist, dass er **bereits seit 6 Monaten im Überlasserbetrieb** beschäftigt ist (vgl. § 105 Abs. 3 Z 2 ArbVG).“

Der AN muss im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung - und nicht erst mit Ablauf der Kündigungsfrist - bereits sechs Monate dem Überlasserbetrieb angehören. Zeiten von Karenz, Urlaub, Krankheit sind in die Sechs-Monate-Frist einzurechnen.“

**?** **5. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
„Welche Voraussetzungen müssen vorliegen, dass eine Kündigung sozialwidrig ist?“

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
„Gem. § 105 ArbVG liegt eine sozialwidrige Kündigung

## Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

vor, wenn "**wesentliche Interessen des AN**" beeinträchtigt werden.

Was der Begriff "wesentliche Interessen" bedeutet, ist im Rahmen einer Auslegung festzustellen, da das Gesetz keine Definition enthält.

Nach Judikatur und Lehrmeinungen liegt eine wesentliche Interessensbeeinträchtigung vor, wenn dem betroffenen AN durch die Kündigung Nachteile drohen, welche größer sind als jene, welche mit einer Kündigung zwangsläufig verbunden sind. Es erfolgt sozusagen eine Interessenabwägung.

Bei der Beurteilung der Interessen des AN sind die gesamten wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse des AN zu berücksichtigen, wie zum Beispiel:

- Einkommen des AN
- Vermögen bzw. Ersparnisse des AN
- Sorgepflichten (Kinder, Ehegatten) des AN
- Schulden des AN
- Möglichkeit der Erlangung eines neuen, einigermaßen gleichwertigen Arbeitsplatzes
- Dauer der Betriebszugehörigkeit des AN
- Lebensalter des AN

Die soziale Rechtfertigung der Kündigung ist ausschließlich im Wege eines Vergleichs der **individuellen Situation des AN vor und nach der Kündigung** zu prüfen.“

### ACHTUNG:

- Die Beurteilung der Interessenabwägung ist stets einzelfallbezogen.
- Im Prozess hat der AN die wesentliche Interessensbeeinträchtigung aufgrund der Kündigung zu behaupten und zu beweisen.

### ? 6. Arbeitskräfteüberlasser X:

„Stimmt es, dass bei einer Kündigung eines AN (55 Jahre) jedenfalls Sozialwidrigkeit vorliegt?“

### ! Dr. BRUCKMÜLLER:

„Nein. § 105 Abs. 3b ArbVG regelt die Kündigung von AN in einem höheren Lebensalter. Entsprechend dieser Be-

stimmung ist bei der Interessenabwägung das **hohe Alter des AN und eine vieljährige ununterbrochene Beschäftigungszeit** im (Überlasser)betrieb maßgebend.

Der Gesetzgeber verzichtete zwar bewusst auf eine bestimmte Altersgrenze bzw. Dauer der Betriebszugehörigkeit, legte aber fest, dass eine Kündigung wegen fortgeschrittenen Alters des AN nicht schlechthin eine Sozialwidrigkeit begründet. Es ist stattdessen immer die "Gesamtsituation" zu betrachten.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass für AN, die im Zeitpunkt ihrer Einstellung das **50. Lebensjahr vollendet** haben, der besondere Kündigungsschutz **erst ab Vollendung des zweiten Beschäftigungsjahres im Betrieb gilt.**“

### Beispiele aus der Judikatur:

#### AN schutzwürdig:

- 46-jähriger Filialleiter nach 30 Jahren im Betrieb, Einkommensverlust von 30 %
- 53-jähriger mit 12-jähriger ununterbrochener Beschäftigung im Betrieb

#### AN nicht schutzwürdig:

- 45-jährige Dolmetscherin mit 5-jähriger Betriebszugehörigkeit

### ? 7. Arbeitskräfteüberlasser X:

„Kann eine Kündigung wegen Sozialwidrigkeit angefochten werden, wenn der BR dieser Kündigung zugestimmt hat?“

### ! Dr. BRUCKMÜLLER:

„Nein! Hier ist § 105 Abs. 6 ArbVG zu beachten: Hat der Betriebsrat der beabsichtigten Kündigung innerhalb der in Abs. 1 genannten Frist **ausdrücklich zugestimmt**, so kann die Kündigung gemäß Abs. 3 Z 2 (=Sozialwidrigkeit) nicht angefochten werden.“

### ? 8. Arbeitskräfteüberlasser X:

„Ist eine Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit immer erfolgreich?“

### ! Dr. BRUCKMÜLLER:

„Nein. Gem. § 105 Abs. 3 Z 2 lit a bis b ArbVG kann eine

## Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

sozialwidrige Kündigung zulässig sein, wenn der AG den Nachweis erbringt, dass die Kündigung

- a. durch **Umstände, die in der Person des Arbeitnehmers** gelegen sind und die **betrieblichen Interessen nachteilig berühren** oder
- b. durch **betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen**, begründet ist.

Der AG hat die Möglichkeit auf diese zwei "Ausnahmetatbestände" (Betriebsbedingtheit bzw. persönliche Gründe) zu verweisen.

Ist also eine Sozialwidrigkeit gegeben und liegt einer dieser Ausnahmetatbestände vor, hat eine Abwägung der wechselseitigen Interessen stattzufinden. Überwiegen die (betrieblichen) Interessen des AG ist die Kündigung zulässig und somit rechtswirksam.“

### Anmerkung:

Durch das Vorliegen betrieblicher oder persönlicher Kündigungsgründe wird die Sozialwidrigkeit nicht völlig aufgehoben, sondern es erfolgt letztlich immer eine **Interessenabwägung**.

### ? 9. Arbeitskräfteüberlasser X:

„Wann liegen persönliche Kündigungsgründe vor, die eine sozialwidrige Kündigung zulässig machen?“

### ! Dr. BRUCKMÜLLER:

„Die persönlichen Kündigungsgründe können Gründe sein, welche an sich bereits für eine Entlassung ausreichen (z.B. Arbeitsverweigerung, disziplinarische Probleme).

Darüber hinaus kommen auch Umstände in Betracht, die nicht auf einem Verschulden des AN beruhen (außerordentlich häufige bzw. lange Krankenstände, erhebliche Leistungsmängel).“

### Judikatur-Beispiele:

- sexuelle Belästigung eines anderen AN
- Arbeitsverweigerung
- überdurchschnittliche und lange Krankenstände + **negative Zukunftsprognose** von z.B. 126 Tagen bzw. 8 Monaten.

*ACHTUNG: Bei Kündigung wegen langer Krankenstände ist stets auch die zukünftige Prognose der Krankenstände des AN zu berücksichtigen!*

### ? 10. Arbeitskräfteüberlasser X:

„Was ist im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung unter betriebsbedingten Gründen zu verstehen?“

### ! Dr. BRUCKMÜLLER:

„Eine betriebsbedingte Kündigung bezieht sich auf betriebsbezogene Umstände, welche entweder von außen resultieren oder im Überlasserbetrieb selbst liegen. In der Arbeitskräfteüberlassung liegen betriebsbedingte Gründe etwa dann vor, wenn z.B. der Beschäftigte die überlassene Arbeitskraft nicht mehr benötigt bzw. den Austausch der überlassenen Arbeitskraft verlangt.“

### ? 11. Arbeitskräfteüberlasser X:

„Ein Beschäftigter kündigt den Überlassungsvertrag oder stellt mir Mitarbeiter wegen mangelnder Auslastung wieder zurück. Ist deswegen eine sozialwidrige Kündigung gerechtfertigt?“

### ! Dr. BRUCKMÜLLER:

„Hier ist zu beachten, dass eine betriebsbedingte Kündigung nur dann gerechtfertigt ist, wenn im "gesamten Betrieb" kein Bedarf für den betroffenen AN besteht.

Im Bereich der **Arbeitskräfteüberlassung** heißt "**gesamter Betrieb**" folgendes:

Laut Obersten Gerichtshof hat der Überlasser grundsätzlich **alle** Möglichkeiten zur Weiterbeschäftigung auszuschöpfen. Der Überlasser hat zu prüfen, inwieweit die zu kündigende Arbeitskraft im eigenen Betrieb (1) oder in einem anderen Beschäftigterbetrieb beschäftigt werden kann (2). Darüber hinaus hat der Überlasser festzustellen, ob die Arbeitskraft auch bereit ist andere Tätigkeiten, etwa im Betrieb des Überlassers, auszuüben (3). Ist dies der Fall, hat der Überlasser der Arbeitskraft auch Arbeitsplätze über diese "anderen" Tätigkeiten anzubieten.

Diese Verpflichtung des AG Maßnahmen zu setzen (Versetzung, Lohnkürzung) wird als soziale Gestaltungspflicht

## Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

bezeichnet. Ein Überlasserbetrieb kann eine sozialwidrige Kündigung wegen betriebsbedingten Gründen nur rechtfertigen, wenn er seiner sozialen Gestaltungspflicht umfassend entsprochen hat. Diese Pflicht des Überlassers ist **sehr weitreichend** (vgl. OGH in 9 ObA 233/98z). Im Prozess hat der Überlasser den Nachweis der Einhaltung dieser sozialen Gestaltungspflicht zu erbringen.“

**TIPP:** „Ich rate daher einem Überlasser, genau zu dokumentieren, wie und wodurch er seiner Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung des zu kündigenden AN nachgekommen ist.“

**ACHTUNG:** *Der Überlasser hat daher grundsätzlich alle Möglichkeiten auszuschöpfen um seine bisherigen AN weiter zu beschäftigen.*

### ? 12. Arbeitskräfteüberlasser X:

„Ich beschäftigte 8 Außendienstmitarbeiter. Muss ich einem zu kündigenden Außendienstmitarbeiter einen Posten im Back-Office (Innendienst) anbieten?“

### ! Dr. BRUCKMÜLLER:

„Ja. Die Realisierung der (oben genannten) sozialen Gestaltungspflicht setzt voraus, dass einem Außendienstmitarbeiter ein freier Arbeitsplatz im Überlasserbetrieb angeboten wird. Sie müssen als Arbeitgeber bereits vor der Kündigung aktiv ihre soziale Gestaltungspflicht berücksichtigen, sofern eine allfällige sozialwidrige Kündigung wegen betrieblichen Interessen als zulässig erachtet werden soll.

Vor einer Kündigung ist daher eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Überlasserbetrieb zu suchen. Lehnt der Außendienstmitarbeiter dieses Angebot einer Back-Office-Tätigkeit ab, ist die Kündigung zulässig.“

**ACHTUNG:** *Der AG hat dem AN freie Arbeitsplätze im Betrieb anzubieten und ihm die Gelegenheit zur Umschulung und Einarbeitung zu geben oder durch Verringerung unzulässiger und vermeidbarer Überstunden eine Arbeitsmöglichkeit zu schaffen.*

#### Anmerkung:

Eine betriebsbedingte Kündigung ist insbesondere dann unzulässig, wenn die Kündigung nur dazu dient einen

AN durch einen anderen zu ersetzen (z.B. Austausch eines älteren gegen einen jüngeren AN).

### ? 13. Arbeitskräfteüberlasser X:

„Muss ich einem zu kündigenden Innendienstmitarbeiter einen Arbeitsplatz in einem Beschäftigterbetrieb anbieten?“

### ! Dr. BRUCKMÜLLER:

„Eine Judikatur zu dieser Frage ist nicht bekannt. Grundsätzlich ist ein Innendienstmitarbeiter nur für das „Back-office“, also ausschließlich für den Überlasserbetrieb eingestellt. Meines Erachtens hat der Überlasserbetrieb auch die Möglichkeit auszuschöpfen, den AN in einem Beschäftigterbetrieb einzusetzen. Eine gesicherte Meinung dazu gibt es noch nicht.“

### ? 14. Arbeitskräfteüberlasser X:

„Welche Folgen resultieren, wenn der BR im Zuge des Verständigungsverfahrens der beabsichtigten betriebsbedingten Kündigung ausdrücklich widerspricht?“

### ! Dr. BRUCKMÜLLER:

„Der **ausdrückliche Widerspruch** des BR gegen betriebsbedingte Kündigungen ist in § 105 Abs. 3c ArbVG geregelt: „Hat der Betriebsrat gegen eine Kündigung gemäß Abs. 3 Z 2 lit b ArbVG ausdrücklich Widerspruch erhoben, so ist die Kündigung des Arbeitnehmers sozial ungerechtfertigt, wenn ein Vergleich sozialer Gesichtspunkte für den Gekündigten eine größere soziale Härte als für andere Arbeitnehmer des gleichen Betriebes und derselben Tätigkeitssparte, deren Arbeit der Gekündigte zu leisten fähig und willen ist, ergibt.“

Liegen die Voraussetzungen des § 105 Abs. 3c ArbVG vor, so ist ein Sozialvergleich vorzunehmen. Dabei ist zu prüfen, inwieweit die Kündigung für den gekündigten AN eine größere soziale Härte darstellt als für andere AN des Betriebs derselben Tätigkeitssparte.“

#### Anmerkung:

Im Arbeitsprozess ist der Sozialvergleich nur auf Antrag des AN möglich. Argumentiert der klagende AN mit dem

# EXPERT 098

VERSION 01  
2015 - Jänner

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

Sozialvergleich, so muss er die Vergleichsperson namhaft machen und die beurteilungsrelevanten Umstände bei jeder Vergleichsperson anführen. Inwieweit ein Sozialvergleich auch bei BR-pflichtigen Betrieben durchzuführen ist, in welchen kein BR besteht, ist in der Lehre umstritten.

Verfasser: Rechtsanwalt Dr. Georg BRUCKMÜLLER  
Branchenanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser  
Lektor Donau-Universität Krems  
Kontakt: +43 (0)732 77 55 44-0