

Krankenstände als Kündigungsgrund

BEITRAG. Die Rsp verlangt, dass ein AG, der lange Krankenstände als Kündigungsgrund heranzieht, zum Kündigungszeitpunkt eine Zukunftsprognose erstellt. Der AG trägt dabei das Risiko, wenn sich die von ihm erstellte Prognose im gerichtlichen Verfahren als unzutreffend erweist. Der Beitrag geht der Frage nach, ob den AG Nachforschungs- und den AN Mitwirkungsobliegenheiten treffen. **ecolex 2022/385**



Dr. **Kurt Wratzfeld** ist Rechtsanwalt und Partner der Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH. Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte war an einigen der hier besprochenen Verfahren beteiligt.
Mag. **Christian Amort** ist Rechtsanwaltsanwärter bei Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH.

A. Einleitung

Der OGH hat in einer E¹⁾ zum sog „Steuerschaden“ bei der Zahlung rückständigen Entgelts jüngst das Dilemma eines AG angesprochen, der eine Kündigung wegen hoher Krankenstände beabsichtigt. Das Dilemma folgt aus der Vorgabe der Rsp, dass der AG eine Prognose künftiger Krankenstände des für die Kündigung vorgesehenen AN zu erstellen hat. Der OGH räumt ein, dass der AG im Kündigungszeitpunkt nur eine Zukunftsprognose anstellen könne und selbst bei einer hinlänglich objektivierten Negativprognose nicht ausgeschlossen ist, dass sich im Prozess durch die Kunde eines Sachverständigen ein ausreichendes Leistungsvermögen des AN herausstellt.

B. Kündigungsgrund: Lange Krankenstände

1. Relevanz langer Krankenstände

Die Problematik, dass sich die hinlänglich objektivierete Prognose im Kündigungsanfechtungsprozess als unzutreffend erweist, ergibt sich insb, wenn der AG (wie im Anlassfall) die Kündigung eines Vertragsbediensteten auf einen Kündigungsgrund stützt, aber auch, wenn er eine sozial ungerechtfertigte („sozialwidrige“) Kündigung eines AN mit hohen Krankenständen rechtfertigen will:²⁾

Der Grundsatz der Kündigungsfreiheit im Arbeitsrecht³⁾ setzt zwar keinen Kündigungsgrund voraus; wenn aber eine sozialwidrige Kündigung mit personenbezogenen, betriebliche Interessen nachteilig berührenden Umständen gerechtfertigt

werden soll (§ 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG), kommen lange Krankenstände in Frage.⁴⁾

Begründet der AG eines Vertragsbediensteten, dessen Arbeitsverhältnis nur gekündigt werden kann, wenn ein Kündigungsgrund verwirklicht wurde, eine Kündigung mit der fehlenden gesundheitlichen Eignung des AN zur Erfüllung der Dienstpflichten⁵⁾, ist der Kündigungsgrund auch dann erfüllt, wenn der AN zwar grds für seine Arbeit körperlich geeignet ist, aber Krankenstände auftreten, die ihn laufend in einem weit über dem Durchschnitt liegenden Maß an der Arbeitsleistung hindern.⁶⁾

2. Zukunftsprognose

Die Zukunftsprognose hängt neben der Häufigkeit und Dauer der bisherigen Krankenstände auch wesentlich von der Art der Erkrankung ab.

Sollen lange Krankenstände eine sozialwidrige Kündigung oder die Kündigung wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung rechtfertigen, muss der AG im zeitlichen Zusammenhang mit dem

Kündigungszeitpunkt eine Zukunftsprognose über die weitere Arbeitsfähigkeit des betroffenen AN anstellen.⁷⁾ Entscheidend ist, dass ein verständiger und sorgfältiger AG bei objektiver Betrachtung berechtigt davon ausgehen kann, dass Krankenstände in erhöhtem Ausmaß mit hoher Wahrscheinlichkeit auch in Zukunft zu erwarten sind und die Kündigung als gerechte, den Umständen nach adäquate Maßnahme erscheinen lässt.⁸⁾ Eine ungünstige Prognose kann etwa aus der anhaltend steigenden Zahl der Krankheitstage bei regelmäßigen Krankenständen oder aus einer objektivierten Verschlechterung des Grundleidens abgeleitet werden.⁹⁾ Bei der Beurteilung ist zu berücksichtigen, dass in der Vergangenheit aufgetretene Krankenstände, die für die künftige Einsatzfähigkeit des AN nicht unbedingt aussagekräftig sind, weil die zugrundeliegende Krankheit überwunden wurde, nicht als persönlicher Kündigungsrechtfertigungsgrund herangezogen werden können.¹⁰⁾

¹⁾ OGH 27. 1. 2022, 9 ObA 6/22f; vgl. *Wratzfeld*, Steuerschaden bei Zahlung von rückständigem Entgelt, *ecolex* 2009, 981.

²⁾ Darauf verweist auch *Marhold-Weinmeier*, Ex-post-Beurteilung statt Zukunftsprognose über die weitere Dienstfähigkeit? ASoK 2018, 248 (251); OGH 9 Ob A 137/17 p, DRdA 2019, 137 (*Bachhofer*); differenzierend *Eypeltauer*, Kündigungsgrund der Dienstunfähigkeit und lange Krankenstände als Rechtfertigungsgrund für die Kündigung – eine Antinomie? *ecolex* 2019, 898. Übersicht bei: *Bachhofer*, Der lange Krankenstand als Kündigungsgrund in der Rechtsprechung, DRdA-InfA 2020, 53. Zur Rechtfertigung als personenbezogener Kündigungsgrund: *Rauch*, Kündigung während und wegen Krankenständen, ASoK 2015, 16; *Enzelsberger*, Beendigung und Krankenstand – Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen Krankenstands, *ecolex* 2009, 196. Zur mittelbaren Diskriminierung wegen mit einer Behinderung im Zusammenhang stehenden Krankheit vgl. OGH 9 ObA 165/13z *ecolex* 2014, 898.

³⁾ *Wolligger* in *Neumayr/Reissner*, ZelliKomm³ § 105 ArbVG Rz 1; RIS-Justiz RS0128404.

⁴⁾ *Wolligger* in *Neumayr/Reissner*, ZelliKomm³ § 105 ArbVG Rz 189; RIS-Justiz RS0051801; RS0051785 (T 6); OGH 9 ObA 117/21b, ARD 6789/9/2022 (*Lindmayr*).

⁵⁾ ZB § 32 Abs 2 Z 2 VB; § 42 Abs 2 Z 2 Wr. VBO; § 53 Abs 2 Z 2 Oö. LVBG.

⁶⁾ RIS-Justiz RS0081880.

⁷⁾ *Schrank* in *Tomandl* (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz (9. Lfg 2012) zu § 105 ArbVG Rz 177.

⁸⁾ *Wolligger* in *Neumayr/Reissner*, ZelliKomm³ § 105 ArbVG Rz 198; OGH 9 ObA 117/21b ARD 6789/9/2022 (*Lindmayr*).

⁹⁾ *Wolligger* in *Neumayr/Reissner*, ZelliKomm³ § 105 ArbVG Rz 197.

¹⁰⁾ *Wolligger* in *Neumayr/Reissner*, ZelliKomm³ § 105 ArbVG Rz 198.

Die Zukunftsprognose hängt damit außer von Häufigkeit und Dauer der bisherigen Krankenstände auch wesentlich von der Art der Erkrankung samt deren Ursache und der zumutbaren Krankenbehandlung ab. Bei dieser Beurteilung darf auch die Art der Erkrankung samt deren Ursache und die daraus ableitbare gesundheitliche Situation des AN und Eignung für die Erfüllung der Dienstpflichten in der Zukunft nicht außer Betracht bleiben. Setzt sich der in Ansehung des Rechtfertigungsgrundes beweispflichtige AG mit diesen Fragen nicht auseinander, so trägt er das Risiko, dass sich seine Prognose bei Anlegung eines objektiven Maßstabs als unrichtig erweist.¹¹⁾

3. Ungleiche Entscheidungsgrundlagen

Im Kündigungsanfechtungsverfahren prüfen die Gerichte, ob die (ex ante) im Kündigungszeitpunkt vom AG angestellte Zukunftsprognose zutrifft, (ex post) anhand von medizinischen Sachverständigengutachten.¹²⁾ Die gerichtliche Nachprüfung erfolgt daher idR auf einer breiteren Sachverhaltsgrundlage, als jener, die dem AG zur Erstellung seiner Prognose zur Verfügung steht, was zu dem eingangs genannten Dilemma führt, dass die vom AG erstellte Prognose zwar objektiv nachvollziehbar für künftige hohe Krankenstände spricht, Gerichte aber – gestützt auf SV-Gutachten – im Kündigungsanfechtungsverfahren zu einem anderen Ergebnis gelangen.¹³⁾

Einige OGH-E scheinen eine Lösung anzudeuten: Das Risiko, dass sich die Prognose bei Anlegung eines objektiven Maßstabs als unrichtig erweist, trifft den AG, der sich mit der Art der Erkrankung samt deren Ursachen und der zumutbaren Krankenbehandlung *gar nicht auseinandersetzt* – etwa indem er *gar keine Nachforschungen* anstellt.¹⁴⁾ In einer E¹⁵⁾ hat das HöchstG angedeutet, dass der AG (im Geltungsbereich der Wr. VBO) versuchen könne, durch *Befragung des AN an die relevanten Informationen für eine die Kriterien der Rsp berücksichtigende Zukunftsprognose zu gelangen*; zudem habe der OGH zu den personenbedingten Kündigungsgründen nach § 105 Abs 3 ArbVG bereits klargestellt, dass den Bemühungen des AG um Aufklärung der Krankenstandursachen und der Mitwirkung des AN daran Bedeutung zukommen könne. In jener E¹⁶⁾ ging es darum, ob der AG bei einer Kündigung wegen langer Krankenstände im Hinblick auf eine allenfalls verbliebene (partielle) Dienstfähigkeit des AN seiner sozialen Gestaltungspflicht entsprochen hat. Der OGH führte aus, dass iZm krankheitsbedingten Ausfällen, die auf eine allg Minderung des Gesundheitszustands zurückzuführen seien, der (grds behauptungs- und beweispflichtige) AG aber auch *auf eine gewisse Mitwirkung des AN angewiesen* sei, da *nur dieser die eigene Leistungsfähigkeit beurteilen* könne. Anders als bei objektiv betriebsbedingten Kündigungen sei *im Rahmen des personenbezogenen Kündigungsgrundes erhöhter Krankenstände die Leistungsfähigkeit vom AG nach Maßgabe der Angaben und Mitwirkung des AN zu beurteilen*. Damit ist die Frage angesprochen, ob der AG darauf hinwirken muss, dass er über ausreichende Informationen zur Erstellung der Prognose verfügt und inwieweit der AN dazu beizutragen hat.

C. Mitwirkung des AN an der Erstellung der Prognose

1. Mitwirkungsobliegenheit und Persönlichkeitsrechte des AN

Setzt sich der AG mit der Art der Erkrankung des AN samt deren Ursachen und der zumutbaren Krankenbehandlung ausei-

inander, berührt er zwangsläufig Persönlichkeitsrechte des AN, insb wenn der AG versucht, durch Befragung des AN an die relevanten Informationen für eine die Kriterien der Rsp berücksichtigende Zukunftsprognose zu gelangen. Denn der Gesundheitszustand gehört zweifellos zu dem durch das Recht auf Privatsphäre (§ 16 ABGB, Art 8 EMRK) geschützten höchstpersönlichen Lebensbereich.¹⁷⁾ Dieser stellt den Kernbereich der Privatsphäre dar, bei dem strittig ist, ob er überhaupt einer Eingriff rechtfertigenden Interessenabwägung zugänglich ist.¹⁸⁾ Eine Weisung des AG an den AN, relevante Informationen für eine Prognose offenzulegen, wäre (soweit sie Diagnosen umfasst) jedenfalls einer Interessenabwägung zu unterziehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Weisungen des AG, die die Persönlichkeitsrechte eines AN berühren, besonders heikel sind und bei der Interessenabwägung besondere Vorsicht geboten ist.¹⁹⁾ So wird ein relevantes Interesse des AG, die Art einer Krankheit des arbeitsunfähigen AN zu erfahren, weitgehend abgelehnt.²⁰⁾ Dementsprechend reicht es aus, wenn ein erkrankter AN seine Arbeitsverhinderung wegen Krankheit dem AG bekanntgibt. Die Krankheit selbst muss dabei weder benannt, noch müssen die körperlichen oder seelischen Beschwerden erklärt werden.²¹⁾ Daran ändert auch die Pflicht des AN, bei gesundheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit eine ärztliche Bestätigung beizubringen, nichts, denn diese hat keine Diagnose zu enthalten.²²⁾

Vor einer durch Krankenstände indizierten Kündigungsentscheidung überwiegt allerdings das Interesse des AG an der notwendigen Information zur Prognoseerstellung das Geheimhaltungsinteresse des AN: Denn einerseits liegt es im Interesse des AN, dass seine, durch Krankenstände nicht gerechtfertigte Kündigung unterbleibt und andererseits kommen die Krankenstandsgründe im Kündigungsanfechtungsprozess zwangsläufig zur Sprache, sodass deren Geheimhaltung vor der Kündigungsentscheidung bloß auf eine zeitliche Verzögerung hinausliefe. Angesichts der hohen Bedeutung des Rechts auf Wahrung der Privatsphäre kann es sich bei der Mitwirkung des AN aber nur um eine Obliegenheit handeln. Verweigert der AN die Auskunftserteilung, verletzt er also keine Dienstpflicht.

¹¹⁾ Schrank in Tomandl (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz (9. Lfg 2012) zu § 105 ArbVG Rz 148; RIS-Justiz RS0110154; 8 ObA 53/11v DRdA 2012, 240 mwN; 9 ObA 70/18m ecolex 2019, 73 mwN.

¹²⁾ Marhold-Weinmeier, Ex-post-Beurteilung statt Zukunftsprognose über die weitere Dienstfähigkeit? ASoK 2018, 248 (251) mit begründeter Kritik. OGH 27. 1. 2022, 9 ObA 6/22f.

¹³⁾ Wolligger in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 105 ArbVG Rz 198; Schrank in Tomandl (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz (9. Lfg 2012) zu § 105 ArbVG Rz 177; OGH 27. 1. 2022, 9 ObA 6/22f; 29. 7. 2020, 9 ObA 53/20i; 29. 9. 2020, 9 ObA 68/2020w.

¹⁴⁾ Schrank in Tomandl (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz (9. Lfg 2012) zu § 105 ArbVG Rz 177; OGH 27. 1. 2022, 9 ObA 6/22f; 8 ObA 53/11v DRdA 2012, 240; ohne Einschränkung aber OGH 29. 7. 2020, 9 ObA 53/20i; 29. 9. 2020, 9 ObA 68/2020w.

¹⁵⁾ OGH 8 ObA 68/18k ARD 6654/9/2019.

¹⁶⁾ OGH 9 ObA 137/17p ecolex 2018, 658 = DRdA 2019/12 (Bachhofer); offenbar relativierend OGH 29. 7. 2020, 9 ObA 53/20i.

¹⁷⁾ Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 16 ABGB Rz 9; RIS-Justiz RS0122148.

¹⁸⁾ RIS-Justiz RS0008990.

¹⁹⁾ RIS-Justiz RS0029841 [T 4].

²⁰⁾ Drs in ZellKomm³ § 8 AngG Rz 75 mwN; Melzer-Azodanloo in Löschnigg, AngG I § 8 Rz 263f mwN.

²¹⁾ OGH 21. 3. 2018, 9 ObA 105/17g.

²²⁾ OGH 9 ObA 77/20v DRdA 2021/52 (Majoros) mwN; krit Mazal, Ärztliche Bestätigung bei Krankenstand, RdW 1989, 273.

2. Folgen für die Kündigungsanfechtung

Unterlässt der AG Nachforschungen, trägt er nach der Rsp das Risiko, dass sich die Prognose künftiger Krankenstände bei Anlegung eines objektiven Maßstabs als unrichtig erweist; insoweit besteht also auch für den AG eine Obliegenheit, aber keine Rechtspflicht. Erfüllen sowohl der AG seine Nachforschungsobliegenheit, als auch der AN seine Mitwirkungsobliegenheit, wird eine Kündigungsanfechtung erfolgreich sein, wenn der AG aus den erteilten Informationen den falschen Schluss gezogen hat. Kommt zwar der AG seiner Nachforschungsobliegenheit nach, entspricht aber der AN nicht seiner Mitwirkungsobliegenheit, indem er keine, unvollständige oder unrichtige Informationen erteilt, wird im Kündigungsanfechtungsprozess die Prognose des AG nach Maßgabe der Angaben und Mitwirkung des AN zu beurteilen sein. Angesichts der Vielfalt der Sachverhalte wird es zwar auf den Einzelfall ankommen, wie die Mitwirkung des AN zu beurteilen ist; eine objektive (ex post) Beurteilung scheidet in dem Fall, dass der AG seiner Nachforschungsobliegenheit entsprochen hat, uE allerdings aus.

Schlussstrich

Kündigt ein AG wegen langer Krankenstände, hat er im Kündigungszeitpunkt eine Zukunftsprognose über die weitere Arbeitsfähigkeit des AN zu erstellen. Entscheidend ist, dass ein verständiger und sorgfältiger AG bei objektiver Betrachtung berechtigt davon ausgehen kann, dass auch zukünftig mit hoher Wahrscheinlichkeit Krankenstände in erhöhtem Ausmaß auftreten werden. Das Risiko, dass sich die Prognose bei Anlegung eines objektiven Maßstabs ex post im Kündigungsanfechtungsprozess allerdings als unrichtig erweist, trifft den AG - zumindest, wenn er sich mit der Art der Erkrankung samt deren Ursachen und der zumutbaren Krankenbehandlung *gar nicht auseinandersetzt*. Offen ist, ob der AG Nachforschungen anzustellen hat bzw anstellen darf, da er dabei zwangsläufig Persönlichkeitsrechte des AN berührt. Spiegelbildlich stellt sich die Frage der Mitwirkung des AN an der Prognoseerstellung, da er grundsätzlich nicht verpflichtet ist, den Grund seiner Erkrankungen offenzulegen. UE besteht für den AN die Obliegenheit, an der Prognoseerstellung des AG mitzuwirken. Wenn der AG seiner Nachforschungsobliegenheit entsprochen hat, wird das Ergebnis der Nachprüfung der Prognose im Kündigungsanfechtungsprozess davon abhängen, ob bzw in welchem Umfang der AN an ihrer Erstellung mitgewirkt hat; eine Ex-post-Überprüfung scheidet in diesem Fall uE aber aus.

RECHTSPRECHUNG

Bearbeitet von Wolfgang Mazal

Unrichtige Wissenserklärung ist keine Willenserklärung

ecolex 2022/386

§§ 859, 863 ABGB

OGH 30. 3. 2022, 8 ObA 94/21p

Wissenserklärung; Willenserklärung; Vertrauenslehre

Eine erkennbar unrichtige Wissenserklärung kann nicht als Willenserklärung qualifiziert werden.

Sachverhalt:

In einem an die MA gerichteten Schreiben informierte die Gf über den Inhalt des letzten KV-Abschlusses. Da der Inhalt des Schreibens vom Inhalt des KV abwich, vertrat die AN-Seite die Auffassung, es liege eine einzelvertraglich bindende Erklärung des AG vor. Der OGH analysierte den Inhalt des Schreibens detailliert und erkannte, dass die fehlerhafte Wissenserklärung nicht als Willenserklärung verstanden werden durfte.

Entscheidungsgründe:

Eine Willenserklärung liegt vor, wenn die Äußerung auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet ist, also Rechte und Pflichten zu begründen, zu ändern oder aufzuheben. Bei einer Wissenserklärung geht es demgegenüber darum, dass die eine Partei der anderen oder beide Parteien übereinstimmend sich bloß ihre Vorstellungen über bestimmte Tatsachen mitteilen, jedoch keinen Willen dahin äußern, mit der Erklärung bestimmte Rechtsfolgen bewirken zu wollen. Ob eine Willenserklärung oder eine Wissenserklärung vorliegt, muss im Einzelfall anhand des Wortlauts der Erklärung und allfälliger näherer Umstände, wie im Zusammenhang stehender Erklärungen und/oder Verhaltensweisen der Beteiligten,

geprüft werden. Dabei ist nicht die subjektive Auffassung des Erklärenden oder der Wille der einen oder anderen Partei maßgeblich, sondern wie der Empfänger die Erklärung bei objektiver Betrachtungsweise verstehen musste (OGH 8 ObA 16/19 i [Pkt 1.1. und 1.2.] mwN).

Anmerkung:

In der ausführlichen Begründung legte der OGH unter Berufung auf seine bisherige Judikatur und die Lit dar, dass eine Wissenserklärung allein nur in bestimmten Konstellationen - etwa bei besonderer gesetzlicher Anordnung - weitergehende Rechtsfolgen auslöse.

Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal ist am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien tätig und Leiter des österr Instituts für Familienforschung an der Universität Wien.