© **FM Forum Business Solutions GmbH**
A-1200 Wien, Dresdner Straße 45
E-Mail: kundenservice@forum-media.at

Entlassungsanfechtung

Vorbemerkungen
Die Entlassungsanfechtung ist eine Klage auf Aufhebung einer ausgesprochenen Entlassung gem §§ 105, 106 ArbVG. Dieses Muster behandelt den in der Praxis öfter vorkommenden Fall der Entlassung wegen Untreue sowie die Entlassungsanfechtung aufgrund von Sozialwidrigkeit und das vom Arbeitgeber fälschlich angenommene Aussprechen eines Entlassungsgrundes.

Gebühreneinzug: gebührenbefreit
Über Konto: …
Bei der … Bank

Rechtsanwalt Mag. Karl Kämpfer
Kolingasse 15
1090 Wien

per WebERV

An das
Arbeits- und Sozialgericht Wien
Wickenburggasse 8
1080 Wien

Wien, am 30.11.2014

Klagende Partei:	Friedrich Fleißig Sommergasse 20 1190 Wien
Vertreten durch:	Mag. Karl Kämpfer Kolingasse 15 1090 Wien AVR Code: R…
Beklagte Partei:	Schinden und Schaffen AG Plattensteinergasse 3 1220 Wien
Wegen:	Entlassungsanfechtung (JN EUR 5.000,–/GGG EUR 750,–/RATG EUR 5.000,–)

Klage

2-fach
6 Beilagen

In umseits näher bezeichneter Rechtssache hat der Kläger Rechtsanwalt Mag. Karl Kämpfer mit seiner Vertretung beauftragt. Durch seinen ausgewiesenen Vertreter erhebt der Kläger folgende

Klage

Der Kläger und die beklagte Partei standen seit 34 Jahren in einem Dienstverhältnis. Das Dienstverhältnis wurde am 01.02.1980 eingegangen und auf unbestimmte Dauer abgeschlossen. Der Kläger verrichtete Sekretariatsaufgaben für die beklagte Partei. Die Arbeitszeit des Klägers war Montag bis Freitag von 08:00–16:00 Uhr. Der gewöhnliche Arbeitsort war in der Plattensteinergasse 3, A-1220 Wien. Die benötigten Arbeitsmittel wurden von der beklagten Partei zur Verfügung gestellt. Der Kläger bezog am Ende des Dienstverhältnisses ein fixes Einkommen von EUR 3.200,– brutto von der beklagten Partei.

Der Kläger war leitender Sekretär der beklagten Partei und hatte das Aufsehen über die gesamte Sekretariatsabteilung bestehend aus 5 Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen.

Der Kläger hat jedoch jedenfalls Arbeitnehmereigenschaft, da ihm keinerlei maßgeblicher Einfluss auf die Führung des Betriebes zukommt.

Beweis: Dienstvertrag vom 01.02.1980 Beilage ./A
Lohnzettel vom 31.08.2014 Beilage ./B
Zeugen
PV

Die beklagte Partei betreibt ein Bauunternehmen, das auf den Bau von Wasserkraftwerken spezialisiert ist. Der Kläger arbeitete in der Verwaltungszentrale der beklagten Partei. Die beklagte Partei ist ein Unternehmen, das aktuell 98 Arbeitnehmer beschäftigt. Somit ist gem § 40 ArbVG ein Betriebsrat einzurichten. Der Betriebsrat der Schinden und Schaffen AG besteht aus 4 gewählten Mitgliedern und wurde am 01.02.1983 eingerichtet.

Beweis: Betriebsvereinbarung vom 20.04.1983 Beilage ./C
Zeugen
PV

Die beklagte Partei sprach am 17.11.2014 vertreten durch die Geschäftsführerin Beate Biestig vor der gesamten Sekretariatsabteilung die Entlassung des Klägers aus. Die Entlassung wurde dem Kläger gegenüber mündlich verkündet, sowie mittels RSb-Brief zugestellt. Als wichtiger Grund wurde von der beklagten Partei Untreue angegeben. Der Kläger soll vorsätzlich und bewusst einen Auftrag zum Bau eines Wasserkraftwerkes in der Steiermark verschwiegen haben, wodurch der potentielle Auftraggeber den Auftrag dem Konkurrenzunternehmen Wasserbau AG erteilt habe.

Beweis: Schriftliche Entlassung vom 17.11.2014 Beilage ./D
Zeugen
PV

Der Betriebsrat wurde eine Woche nach erfolgter Entlassung von der beklagten Partei über die Entlassung des Klägers informiert. Der Betriebsrat gab keinerlei Stellungnahme ab. Der Kläger forderte den Betriebsrat am 26.11.2014 auf, die erfolgte Entlassung anzufechten. Der Betriebsrat blieb untätig, dadurch ging das Recht zur Anfechtung der Entlassung auf den Kläger über. Der Kläger ist somit aktivlegitimiert, die Entlassung anzufechten.

Beweis: Schriftliche Aufforderung zur Anfechtung der Entlassung vom 26.11.2014 Beilage ./E
Zeugen
PV

Der Kläger ist 54 Jahre alt und ist seit 34 Jahren bei der beklagten Partei angestellt. Der Kläger erfüllte seine Aufgaben immer gewissenhaft und stieg sehr schnell in der Hierarchie des Unternehmens auf. Er hatte bis zuletzt die Leitung der Sekretariatsabteilung inne und genießt hohes Ansehen in seiner Abteilung. Dem Kläger wurde am 20.03.2009 ein vorläufiges Dienstzeugnis ausgestellt, in dem seine Arbeit als höchst zufriedenstellend bezeichnet wird.

Der Kläger hat 4 Kinder im Alter von 7, 10, 14 und 16 Jahren. Die Frau des Klägers ist 2010 verstorben. Der Kläger bezieht nur Einkünfte aus seiner Tätigkeit bei der beklagten Partei. Der Kläger hat keinerlei sonstiges nennenswertes Vermögen. Die Entlassung wäre daher in höchstem Maße sozial ungerechtfertigt.

Der von der beklagten Partei behauptete Entlassungsgrund ist nicht gegeben. Der Kläger leugnet nicht, einen Fehler gemacht zu haben, jedoch wurde der Auftrag dem Arbeitgeber keineswegs bewusst und vorsätzlich verschwiegen. Es

handelte sich vielmehr um eine Unachtsamkeit des Klägers. Der Auftrag kam per Post und wurde dem Kläger mit mehreren anderen Unterlagen, unter anderem sehr viel Werbung, auf den Schreibtisch gelegt. Der Kläger hat in einer Unachtsamkeit den Auftrag mit anderen unwichtigen Schreiben und der Werbung geschreddert. Man kann dem Kläger hier keinesfalls Schädigungsabsicht vorwerfen. Es handelt sich hierbei um den ersten Fehler des Klägers in seiner 34-jährigen Beschäftigungszeit bei der beklagten Partei.

Beweis: Dienstzeugnis vom 20.03.2009 Beilage ./F
Zeugen
PV

Die Entlassung wurde zu Unrecht ausgesprochen, da die klagende Partei keinerlei Entlassungsgrund gesetzt hat. Weiters ist die klagende Partei schon mindestens 6 Monate bei der beklagten Partei beschäftigt und wäre die Kündigung in höchstem Maße sozial ungerechtfertigt.

Das Arbeits- und Sozialgericht Wien ist zuständig, da sich der Sitz der Schinden und Schaffen GmbH im 22. Wiener Gemeindebezirk befindet und sich der Streit auf diesen Betrieb bezieht. Daher fällt diese Streitigkeit in den Sprengel des Arbeits- und Sozialgerichts Wien.

Auf Grundlage der obigen Ausführungen begehrt die klagende Partei folgendes

Urteil:

1. Die durch die beklagte Partei am 17.11.2014 ausgesprochene Entlassung des Klägers wird für rechtsunwirksam erklärt.
2. Die beklagte Partei ist schuldig, die Prozesskosten binnen 14 Tagen zuhanden des Klagevertreters zu zahlen.

Friedrich Fleißig

Anmerkungen:

1
Gegenstand dieses Musters ist die Anfechtung einer ungerechtfertigten Entlassung, bei gleichzeitigem Vorliegen eines verpönten Kündigungsmotives. Ziel der Klage ist es, eine von einem Arbeitgeber in ungerechtfertigter Weise ausgesprochene Entlassung zu bekämpfen und zu bewirken, dass das Dienstverhältnis fortgesetzt wird. Sofern die Voraussetzung einer Anfechtung, siehe dazu sogleich im Folgenden, nicht vorliegen, verbleibt dem – auch zu Unrecht – Entlassenen nur die Möglichkeit, Schadenersatzansprüche geltend zu machen.

Wird der Klage stattgegeben, führt das zur sofortigen Weiterführung des Arbeits- bzw Dienstverhältnisses. Weiters hat der Arbeit- bzw Dienstgeber dem zu Unrecht Entlassenen all jenes zu ersetzen, das der zu Unrecht Entlassene in der Zeit, in der das Arbeits- bzw Dienstverhältnis beendet war, verdient hätte.

Gebühreneinzug: gebührenbefreit
Über Konto: …
Bei der … Bank

2
Die Bemessungsgrundlage beträgt gem §16 Abs1 lit a GGG bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten EUR 750,–, soweit kein Geldbetrag Gegenstand der Klage ist. Arbeitsrechtliche Streitigkeiten sind gem Tarifpost 1 Anm 8 GGG bis zu einem Streitwert von EUR 1.450,– gebührenfrei. Die Berechtigung zum Gebühreneinzug könnte entfallen.

per WebERV
An das
Arbeits- und Sozialgericht Wien
Wickenburggasse 8
1080 Wien

3
Zum Briefkopf siehe „Schriftsatz – Grundmuster“.

4
Zur Eingabe per WebERV siehe „Schriftsatz – Grundmuster.

5
Aus Gründen der Übersichtlichkeit empfiehlt sich die Angabe des Datums auf der ersten Seite jedes Schriftsatzes.

6
Gem § 3 ASGG besteht eine ausschließliche Zuständigkeit der Landesgerichte als Arbeits- und Sozialgericht. Für den Gerichtsprengel Wien besteht eine ausschließliche Zuständigkeit des Arbeits- und Sozialgerichts Wien.

7
Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 4 Abs 1 ASGG. Es kann vom Kläger das Gericht, in dessen Sprengel der Dienstnehmer seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt der Entlassungserklärung hatte, das Unternehmen seinen Sitz hat, regelmäßig wenigstens ein Teil der Arbeit zu leisten war, das Entgelt zu zahlen war oder bei grenzüberschreitender Entsendung oder Arbeitskräfteüberlassung aus EWR-Mitgliedstaaten die Arbeit zu leisten war, angerufen werden.

Es würde den Intentionen des Gesetzes widersprechen, würde in einer Arbeitsrechtssache, die vom Arbeitnehmer anhängig gemacht worden ist und für die er den Gerichtsstand nach § 4 Abs 1 Z 1 lit a ASGG in Anspruch genommen hat, über Antrag des Arbeitgebers die ausschließlich in dessen Interesse gelegene Delegierung des für dessen Wohnsitz oder Aufenthalt zuständigen Gerichts verfügt werden (RIS-Justiz RS0046357).

8
Gem § 9 Abs 1 ASGG kann in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch Parteienvereinbarung die sachliche Zuständigkeit nicht, die örtliche Zuständigkeit nur für einen bestimmten einzelnen Rechtsstreit geändert werden. Schiedsklauseln sind zudem gem § 9 Abs 2 ASGG unwirksam.

Nach § 9 Abs 2 ASGG iVm § 40 TAG können betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten nach § 50 Abs 2 ASGG auch im Anwendungsbereich des TAG nicht einem Schiedsgericht übergeben werden. Wird das Klagebegehren auf § 105 Abs 3 ArbVG gestützt und damit begründet, dass die Beklagte eine Kündigung eines unbefristeten Dienstverhältnisses ausgesprochen hätte, ist trotz Vorliegens einer Schiedsvereinbarung für Streitigkeiten aus dem Dienstvertrag die Zuständigkeit des Arbeits- und Sozialgerichtes gegeben (RIS-Justiz RS0133660).

Klagende Partei:	Friedrich Fleißig Sommergasse 20 1190 Wien
Beklagte Partei:	Schinden und Schaffen AG Plattensteinergasse 3 1220 Wien

9
Zu den allgemeinen Erfordernissen der Parteienbezeichnung siehe „Schriftsatz – Grundmuster“.

10
Zur Bedeutung der exakten Parteienbezeichnung im Detail siehe Muster „Klage (Allgemein, Leistung, lang)“.

11
Die Aktivlegitimation zur Anfechtung einer Entlassung kommt primär dem Betriebsrat zu, sofern ein Betriebsrat eingerichtet ist. Wäre ein Betriebsrat zu errichten, besteht ein solcher jedoch nicht, kann der Arbeitnehmer selbst innerhalb von 2 Wochen nach Zugang der Entlassung diese selbst anfechten (siehe im Detail dazu Punkt 24).

Vertreten durch:	Mag. Karl Kämpfer Kolingasse 15 1090 Wien AVR Code: R…

12
Zur Angabe des Verfahrensvertreters siehe „Schriftsatz – Grundmuster“.

Wegen:	Entlassungsanfechtung (JN EUR 5.000,–/GGG EUR 750,–/RATG EUR 5.000,–)

13
Gem § 16 Abs 1 GGG ist die Bemessungsgrundlage nach GGG EUR 750,–. Bei Unterlassung der Bewertung des Streitgegenstandes gilt gem § 56 Abs 2 JN ein Streitwert iHv EUR 5.000,–. Sofern keine besondere Bewertung nach RATG erfolgt, ist der Streitwert gem § 4 RATG nach § 56 JN zu bewerten.

Klage

2-fach
6 Beilagen

14
Die Klage sollte stets auf der ersten Seite so bezeichnet werden, um die Verarbeitung zu vereinfachen.

15
Zur Angabe der Anzahl an Ausfertigungen im WebERV siehe „Schriftsatz – Grundmuster“.

In umseits näher bezeichneter Rechtssache hat der Kläger Rechtsanwalt Mag. Karl Kämpfer mit seiner Vertretung beauftragt. Durch seinen ausgewiesenen Vertreter erhebt der Kläger folgende

Klage

16
Der Klagevertreter sollte sich in der Klage stets zunächst auf die erteilte Vollmacht berufen. Diese Berufung ersetzt gem § 30 Abs 2 ZPO auch den urkundlichen Nachweis der Vollmacht. In 1. Instanz können sich Parteien auch selbst vertreten. Zudem sind im Verfahren nach ASGG die besonderen Vertretungsregelungen des § 40 ASGG, insbesondere „qualifizierte Personen“, zu beachten.

Grundsätzlich ist für Rechtsstreitigkeiten, in denen kein absoluter Anwaltszwang herrscht, die Kündigung oder der Widerruf der Vollmacht gegenüber Gericht und Gegenpartei erst mit der Mitteilung an sie wirksam. Wenngleich also im Innenverhältnis das Vollmachtsverhältnis durch Kündigung oder Widerruf im Zeitpunkt der Willenserklärung erlischt, ist der Eintritt der Wirkungen gegenüber Gericht und Gegenpartei von deren Benachrichtigung abhängig. Das Gericht hat, auch wenn ihm auf andere Weise Widerruf oder Kündigung der Vollmacht zur Kenntnis gelangt sind, bis zum Einlangen des Schriftsatzes den bisherigen Bevollmächtigten als voll befugten Parteienvertreter zu behandeln (§ 36 Abs 1 ZPO; EvBl 1976/68; EvBl 1963/451; ZBl 1937/707). Im bezirksgerichtlichen Verfahren könnte der Schriftsatz auch durch gerichtliches Protokoll ersetzt werden, wenn die Partei nicht durch Rechtsanwälte vertreten ist (§ 434 Abs 1 ZPO; EvBl 1964/228). Diese auch in Arbeitsrechtssachen und Sozialrechtssachen geltende Verfahrensbesonderheit ist allerdings ausgeschlossen, wenn die Partei durch eine qualifizierte Person vertreten ist (§§ 39 Abs 2 Z 2, 40 Abs 1 ASGG) (RIS-Justiz RS0109541).

Der Kläger und die beklagte Partei standen seit 34 Jahren in einem Dienstverhältnis. Das Dienstverhältnis wurde am 01.02.1980 eingegangen und auf unbestimmte Dauer abgeschlossen. Der Kläger verrichtete Sekretariatsaufgaben für die beklagte Partei. Die Arbeitszeit des Klägers war Montag bis Freitag von 08:00–16:00 Uhr. Der gewöhnliche Arbeitsort war in der Plattensteinergasse 3 1220 Wien. Die benötigten Arbeitsmittel wurden von der beklagten Partei zur Verfügung gestellt. Der Kläger bezog am Ende des Dienstverhältnisses ein fixes Einkommen von EUR 3.200,– brutto von der beklagten Partei.

Der Kläger war leitender Sekretär der beklagten Partei und hatte das Aufsehen über die gesamte Sekretariatsabteilung bestehend aus 5 Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen.

Der Kläger hat jedoch jedenfalls Arbeitnehmereigenschaft, da ihm keinerlei maßgeblicher Einfluss auf die Führung des Betriebes zukommt.

17
In der Entlassungsanfechtung ist vorzubringen, dass ein Arbeits- bzw Dienstverhältnis zwischen der beklagten Partei und dem Kläger besteht. Nachdem im gegenständlichen Fall das verpönte Motiv einer Sozialwidrigkeit geltend gemacht wird, ist vorzubringen, dass das Dienstverhältnis zum Zeitpunkt der ungerechtfertigten Entlassung zumindest 6 Monate bestanden hat (vgl § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG).

Bei der Beurteilung des Anfechtungsgrundes des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG ist auf den Zeitpunkt der durch die angefochtene Kündigung herbeigeführten Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Konkretisierungszeitpunkt) abzustellen (RIS-Justiz RS0051772).

Bei der Beurteilung des Anfechtungsgrundes des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG ist unter Anlegung eines objektiven Maßstabes primär zu prüfen, ob wesentliche Interessen des gekündigten – seit wenigstens sechs Monate beschäftigten – Arbeitnehmers beeinträchtigt sind. Für diese Umstände ist der anfechtende Kläger behauptungspflichtig und beweispflichtig (RIS-Justiz RS0051746).

Sowohl bei der Beurteilung der Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitnehmers als auch der Betriebsbedingtheit der Kündigung muss die künftige Entwicklung der Verhältnisse nach der Kündigung und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses herangezogen werden. Diese sind in die Beurteilungsgrundlage einzubeziehen, wenn sie mit der angefochtenen Kündigung noch in einem sachlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen. Eine erst nach Anfechtung der Kündigung, aber noch vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, erfolgte Postenausschreibung durch den Arbeitgeber ist daher bei der Entscheidung jedenfalls zu berücksichtigen (RIS-Justiz RS0051785).

18
Weiters ist vorzubringen, dass dem Kläger Arbeitnehmereigenschaft zukommt. Hier ist einerseits entscheidend, die wesentlichen Merkmale eines Arbeit- bzw Dienstnehmers anzuführen. Diese sind die persönliche Abhängigkeit (Einordnung in den Betrieb, Weisungsgebundenheit, disziplinäre Verantwortung usw), weiters die wirtschaftliche Abhängigkeit, sowie Anspruch auf Entgelt.

Es ist außerdem aufzuzeigen, dass der Kläger nicht unter eine der Ziffern des § 36 Abs 2 ArbVG zu subsumieren ist, da ihm ansonsten keine Arbeitnehmereigenschaft mehr zukommen würde.

Keine Arbeitnehmer gem § 36 Abs 2 ArbVG sind:

1. in Betrieben einer juristischen Person, die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist
2. leitende Angestellte, denen maßgebender Einfluss auf die Führung des Betriebes zusteht
3. Personen, die vorwiegend zu ihrer Erziehung, Behandlung, Heilung oder Wiedereingliederung beschäftigt werden, sofern sie nicht aufgrund eines Arbeitsvertrages beschäftigt sind
4. Personen, die im Vollzug einer verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verwahrungshaft, Untersuchungshaft, Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehenden vorbeugenden Maßnahme beschäftigt werden
5. Personen, deren Beschäftigung vorwiegend durch religiöse, karitative oder soziale Motive bestimmt ist, sofern sie nicht aufgrund eines Arbeitsvertrages beschäftigt sind
6. Personen, die zu Schulungs- und Ausbildungszwecken kurzfristig beschäftigt werden

Der Geschäftsführer einer GmbH ist zu einer Klage nach den §§ 105, 106 ArbVG nicht legitimiert; hinsichtlich des Arbeitnehmerbegriffes des II. Teils des ArbVG, der die gesetzliche Betriebsverfassung behandelt, ist nämlich nicht vom allgemeinen Arbeitnehmerbegriff auszugehen, wie er von Lehre und Rechtsprechung aufgrund des § 1151 ABGB entwickelt wurde, sondern von dem davon abweichenden Begriff des § 36 ArbVG (RIS-Justiz RS0050959).

Maßgeblich ist vor allem die Entscheidungsbefugnis im personellen Bereich, weil sie den Interessengegensatz zu den übrigen Belegschaftsmitgliedern bewirkt, der der Ausnahmebestimmung des § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG zugrunde liegt (RIS-Justiz RS0053034).

Bei den Arbeitgeberfunktionen, die die Unterstellung unter den Begriff des leitenden Angestellten rechtfertigen können, steht der Einfluss auf die Eingehung und Auflösung von Arbeitsverhältnissen im Vordergrund. Maßgeblich ist aber auch die Ingerenz in Gehaltsfragen, bei Vorrückungen, bei der Urlaubseinteilung, bei der Anordnung von Überstunden, bei der Ausübung des Direktionsrechtes und bei der Aufrechterhaltung der Disziplin im Betrieb. Völlige Weisungsfreiheit ist hingegen nicht erforderlich und kann mit Rücksicht auf die aus der Sicht des Arbeitsvertragsrechtes gegebene Arbeitnehmereigenschaft auch des leitenden Angestellten nicht verlangt werden (RIS-Justiz RS0050979).

Als leitender Angestellter im Sinne dieser Gesetzesbestimmung ist vor allem ein Arbeitnehmer anzusehen, der durch seine Position an der Seite des Arbeitgebers und durch Ausübung von Arbeitgeberfunktionen in einen Interessengegensatz zu anderen Arbeitnehmern geraten kann. Auch wenn der Einfluss des Angestellten auf eine Betriebsabteilung eingeschränkt ist, kann er in die Interessensphären anderer Arbeitnehmer eingreifen und in einen Interessengegensatz zu diesen geraten (RIS-Justiz RS0051002).

Hat ein Abteilungsleiter Dispositionsbefugnisse bezüglich der Arbeitsverhältnisse der ihm unterstellten Mitarbeiter - Begründung und Auflösung von Dienstverhältnissen, Vereinbarung des Gehalts im Rahmen eines vorgegebenen Budgets, Entscheidung darüber, in welchen Bereichen die Arbeitnehmer eingesetzt werden - dann ist er leitender Angestellter im Sinne dieser Gesetzesbestimmung (RIS-Justiz RS0051011).

Die beklagte Partei betreibt ein Bauunternehmen, das auf den Bau von Wasserkraftwerken spezialisiert ist. Der Kläger arbeitete in der Verwaltungszentrale der beklagten Partei. Die beklagte Partei ist ein Unternehmen, das aktuell 98 Arbeitnehmer beschäftigt. Somit ist gem § 40 ArbVG ein Betriebsrat einzurichten. Der Betriebsrat der Schinden und Schaffen AG besteht aus 4 gewählten Mitgliedern und wurde am 01.02.1983 eingerichtet.

Beweis: Betriebsvereinbarung vom 20.04.1983 Beilage ./C
Zeugen
PV

Der Anfechtende muss beweisen, dass die Kündigung wesentliche Interessen des Gekündigten beeinträchtigt. Im Rahmen der Prüfung dieses Tatbestandsmerkmales ist auch das Einkommen des Ehegatten zu berücksichtigen und die Sozialwidrigkeit der Kündigung zu verneinen, wenn in Anbetracht des hohen Einkommens des Ehegatten durch den Wegfall des erheblich niedrigeren Einkommens des Gekündigten eine fühlbar ins Gewicht fallende Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Gekündigten nicht zu besorgen ist (RIS-Justiz RS0051845).

19
Wesentlich ist, dass es sich beim Arbeitgeber um einen Betrieb gem § 34 Abs1 ArbVG handelt, sowie dass ein Betriebsrat errichtet ist bzw zu errichten wäre, da nur in einem Betrieb, in dem ein Betriebsrat besteht oder zumindest zu errichten wäre, der allgemeine Kündigungs- bzw Entlassungsschutz gem ArbVG besteht. Wie bereits eingangs angeführt, steht einem zu Unrecht entlassenen Arbeitnehmer nur die Möglichkeit zur Erhebung von Schadenersatzansprüchen offen.

Gem § 40 ArbVG ist in jedem Betrieb ein Betriebsrat zu errichten, in dem dauernd mindestens fünf stimmberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt werden. Wie oben schon erwähnt, kommt die Befugnis, eine Entlassung anzufechten, primär dem Betriebsrat zu. Sollte in einem an sich betriebsratspflichtigen Betrieb jedoch kein Betriebsrat bestehen, ist der Arbeitnehmer selbst berechtigt, innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach Zugang der Entlassung, diese vor Gericht anzufechten.

Die beklagte Partei sprach am 17.11.2014 vertreten durch die Geschäftsführerin Beate Biestig vor der gesamten Sekretariatsabteilung die Entlassung des Klägers aus. Die Entlassung wurde dem Kläger gegenüber mündlich verkündet, sowie mittels RSb-Brief zugestellt. Als wichtiger Grund wurde von der beklagten Partei Untreue angegeben. Der Kläger soll vorsätzlich und bewusst einen Auftrag zum Bau eines Wasserkraftwerkes in der Steiermark verschwiegen haben, wodurch der potentielle Auftraggeber den Auftrag dem Konkurrenzunternehmen Wasserbau AG erteilt habe.

Beweis: Schriftliche Entlassung vom 17.11.2014 Beilage ./D
Zeugen
PV

20
Die Entlassungsanfechtung setzt eine nach zivilrechtlichen Grundsätzen rechtsgültige Entlassung voraus. Es ist daher zu bescheinigen, dass die Entlassung von einer dazu berechtigten Person ausgesprochen wurde sowie, dass die Entlassung dem Kläger ordnungsgemäß zugegangen ist. Nach zivilrechtlichen Grundsätzen braucht es außerdem einen wichtigen Grund, um ein Dauerschuldverhältnis fristlos einseitig aufzulösen.

Der Arbeitgeber hat allerdings den Grund der Entlassung nicht sofort zu benennen. Es ist ausreichend, den Entlassungsgrund spätestens bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung bekannt zu geben. Es können auch weitere, vor der Entlassung vorgelegene, Entlassungsgründe, welche dem Arbeitgeber erst nach ausgesprochener Entlassung bekannt werden, im Verfahren nachgereicht werden.

21
Beachte: Die Entlassung ist an keine Form gebunden. Das heißt, die Fristen zur Entlassungsanfechtung beginnen in unserem Fall mit Ausspruch der Kündigung am 17.11.2014 zu laufen.

Der Betriebsrat wurde eine Woche nach erfolgter Entlassung von der beklagten Partei über die Entlassung des Klägers informiert. Der Betriebsrat gab keinerlei Stellungnahme ab. Der Kläger forderte den Betriebsrat am

26.11.2014 auf, die erfolgte Entlassung anzufechten. Der Betriebsrat blieb untätig, dadurch ging das Recht zur Anfechtung der Entlassung auf den Kläger über. Der Kläger ist somit aktivlegitimiert, die Entlassung anzufechten.

Beweis: Schriftliche Aufforderung zur Anfechtung der Entlassung vom 26.11.2014 Beilage ./E
Zeugen
PV

22
In der Entlassungsanfechtung ist anzuführen, dass der Betriebsrat der Entlassung allenfalls rechtzeitig widersprochen hat und der Dienstnehmer den Betriebsrat zur Anfechtung aufgefordert hat. Sollte das Recht zur Anfechtung auf den Arbeit- bzw Dienstnehmer übergegangen sein, ist darzustellen, weshalb die Aktivlegitimation auf den Arbeit- bzw Dienstnehmer übergegangen ist.

23
Beachte: Die Aufforderung des Arbeit- bzw Dienstnehmers zur Anfechtung der Entlassung durch den Betriebsrat ist an keinerlei Form gebunden.

24
Gem § 106 ArbVG hat der Betriebsinhaber den Betriebsrat von jeder Entlassung unverzüglich zu verständigen und innerhalb von drei Arbeitstagen nach erfolgter Verständigung auf Verlangen des Betriebsrates mit diesem die Entlassung zu beraten.

25
Stimmt der Betriebsrat der Entlassung zu, ist der entlassene Arbeit- bzw Dienstnehmer berechtigt, die Entlassung vor Gericht anzufechten, jedoch kann die Entlassung nicht aufgrund des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG wie hier, wegen Sozialwidrigkeit, angefochten werden.

Eine Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des Arbeitnehmers ist bereits gegeben, wenn durch die Kündigung eine bloß finanzielle Schlechterstellung verursacht wird; es muss die Kündigung nicht mehr die Existenzgrundlage durch dauernde Arbeitslosigkeit gefährden. Schon der Verlust eines wesentlichen Vorteils aus dem Arbeitsverhältnis rechtfertigt auf Seiten des Arbeitnehmers den Schutz nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG und zwar auch dann, wenn der Lebensunterhalt des Gekündigten anderwärts ausreichend gesichert ist (RIS-Justiz RS0051727).

26
Widerspricht der Betriebsrat der Entlassung ausdrücklich, kann er auf Verlangen des entlassenen Arbeit- bzw Dienstnehmers die Entlassung innerhalb einer Woche vor Gericht anfechten. Unterlässt der Betriebsrat trotz Aufforderung des entlassenen Arbeit- bzw Dienstnehmers die Entlassungsanfechtung, so ist der entlassene Arbeit- bzw Dienstnehmer berechtigt, innerhalb von zwei Wochen nach Ablauf der einwöchigen Anfechtungsfrist des Betriebsrates, die Entlassung anzufechten.

27
Gibt der Betriebsrat keine Stellungnahme innerhalb der einwöchigen Frist des § 105 Abs 1 ArbVG ab, geht das Recht, die Entlassung anzufechten, auf den entlassenen Arbeit- bzw Dienstnehmer über.

Der Kläger ist 54 Jahre alt und ist seit 34 Jahren bei der beklagten Partei angestellt. Der Kläger erfüllte seine Aufgaben immer gewissenhaft und stieg sehr schnell in der Hierarchie des Unternehmens auf. Er hat nun die Leitung der Sekretariatsabteilung inne und genießt hohes Ansehen in seiner Abteilung. Dem Kläger wurde am 20.03.2009 ein vorläufiges Dienstzeugnis ausgestellt, in dem seine Arbeit als höchst zufriedenstellend bezeichnet wird

Der Kläger hat 4 Kinder im Alter von 7, 10, 14 und 16 Jahren. Die Frau des Klägers ist 2010 verstorben. Der Kläger bezieht nur Einkünfte aus seiner Tätigkeit bei der beklagten Partei. Der Kläger hat keinerlei sonstiges nennenswertes Vermögen. Die Entlassung wäre daher in höchstem Maße sozial ungerechtfertigt.

Der von der beklagten Partei behauptete Entlassungsgrund ist nicht gegeben. Der Kläger leugnet nicht, einen Fehler gemacht zu haben, jedoch wurde der Auftrag dem Arbeitgeber keineswegs bewusst und vorsätzlich verschwiegen. Es handelte sich vielmehr um eine Unachtsamkeit des Klägers. Der Auftrag kam per Post und wurde dem Kläger mit mehreren anderen Unterlagen, unter anderem sehr viel Werbung, auf den Schreibtisch gelegt. Der Kläger hat in einer Unachtsamkeit den Auftrag mit anderen unwichtigen Schreiben und der Werbung geschreddert. Man kann dem Kläger hier keinesfalls Schädigungsabsicht vorwerfen. Es handelt sich hierbei um den ersten Fehler des Klägers in seiner 34-jährigen Beschäftigungszeit bei der beklagten Partei.

Beweis:	Dienstzeugnis vom 20.03.2009 Beilage ./F Zeugen PV

28
Eine Entlassung kann nur bei Vorliegen eines verpönten Motives angefochten werden. Liegt nur ein Entlassungsgrund vor, aber kein verpöntes Motiv, kann die Entlassung nicht erfolgreich angefochten werden und dem zu Unrecht Entlassenen verbleibt lediglich ein Anspruch auf Schadenersatz aus ungerechtfertigter Entlassung (vgl § 29 AngG bzw § 1162b ABGB).

Die Entlassung kann beim Gericht angefochten werden, wenn die Entlassung (auch)

1. wegen des Beitrittes oder der Mitgliedschaft des Arbeitnehmers zu Gewerkschaften;
2. wegen seiner Tätigkeit in Gewerkschaften;
3. wegen Einberufung der Betriebsversammlung durch den Arbeitnehmer;
4. wegen seiner Tätigkeit als Mitglied des Wahlvorstandes, einer Wahlkommission oder als Wahlzeuge;
5. wegen seiner Bewerbung um eine Mitgliedschaft zum Betriebsrat oder wegen einer früheren Tätigkeit im Betriebsrat;
6. wegen seiner Tätigkeit als Mitglied der Schlichtungsstelle;
7. wegen seiner Tätigkeit als Sicherheitsvertrauensperson, Sicherheitsfachkraft oder Arbeitsmediziner oder als Fach- oder Hilfspersonal von Sicherheitsfachkräften oder Arbeitsmedizinern;
8. wegen der bevorstehenden Einberufung des Arbeitnehmers zum Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zuweisung zum Zivildienst;
9. wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung von vom Arbeitgeber infrage gestellten Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis durch den Arbeitnehmer;
10. wegen seiner Tätigkeit als Sprecher gem § 177 Abs 1

erfolgt ist.

Die Kündigungsgründe des § 105 Abs 3 Z 2 lit a und b ArbVG schließen als negatives Anfechtungstatbestandsmerkmal die Annahme einer ansonsten, nämlich wegen Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des Arbeitnehmers, sozial ungerechtfertigten Kündigung aus. Sie setzen aber das Vorliegen einer durch die Kündigung bewirkten Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des Arbeitnehmers voraus (ansonsten wäre ja die Kündigung von vornherein nicht sozialwidrig) und berechtigen den Betriebsinhaber, ungeachtet dieser sozialen Auswirkungen zur Kündigung. Die Verwirklichung eines Ausnahmetatbestandes hebt sohin die Sozialwidrigkeit der Kündigung auf (RIS-Justiz RS0051929).

29
Die verpönten Motive sind wie oben aufgezählt in § 105 Abs 3 Z1 ArbVG abschließend aufgezählt. Gem § 105 Abs 5 ArbVG hat der Arbeit- bzw Dienstnehmer das verpönte Motiv nur glaubhaft zu machen. Die Anfechtungsklage ist jedoch abzuweisen, wenn bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein anderes vom Arbeitgeber glaubhaft gemachtes Motiv für die Kündigung ausschlaggebend war.

Macht der Arbeitnehmer glaubhaft, dass die Benachteiligung auf das verpönte Motiv zurückzuführen ist, dann ist eine unzulässige Benachteiligung anzunehmen, sofern nicht der Arbeitgeber glaubhaft macht, dass ein anderes Motiv mit höherer Wahrscheinlichkeit ausschlaggebend war (RIS-Justiz RS0052037).

Für die Anfechtung von Kündigungen genügt es, dass das verpönte Motiv für die Kündigung wesentlich ist; es ist nicht notwendig, dass das Motiv ausschließlicher Beweggrund ist (RIS-Justiz RS0051661).

War eine Arbeitgeberin als unmittelbare Adressatin der COVID-19-Notmaßnahmenverordnung verpflichtet, Arbeitnehmern ohne Vorliegen eines negativen Testergebnisses (bzw einer der in der Verordnung statuierten Ausnahmen) das Betreten der Betriebsstätte zu verwehren, ergibt sich auch mittelbar für den Arbeitnehmer die Verpflichtung, sich den kostenlos angebotenen Tests zu unterziehen, um seinen arbeitsvertraglichen Pflichten nachkommen zu können. Wird aufgrund der unberechtigten Verweigerung der aufgrund der Verordnung zur Erfüllung

der Arbeitspflicht notwendigen Tests das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber beendet, liegt dieser Beendigung kein verpöntes Motiv zugrunde (RIS-Justiz RS0133973).

30
Sofern der Entlassungsgrund bekannt ist, sollten bereits in der Klage Gründe dazu geliefert werden, aus denen der behauptete Entlassungsgrund nicht gegeben ist. In unserem Beispiel ist der behauptete Entlassungsgrund die vorsätzliche Schädigung des Arbeit- bzw Dienstgebers. Es ist darauf zu achten zumindest ein Tatbestandselement des behaupteten Entlassungsgrundes unglaubhaft zu machen. In diesem Beispiel wurde der Vorsatz, den es für den behaupteten Entlassungsgrund benötigt, versucht als Unachtsamkeit darzustellen, was zum Nichtbestehen dieses Entlassungsgrundes führen würde. Allerdings ist es nicht zu empfehlen, sich ausschließlich auf die subjektive Tatseite zu beschränken.

31
Sollte kein verpöntes Motiv für die Entlassung ausschlaggebend sein, besteht ein weiterer Anfechtungsgrund. Dieser ist gegeben, wenn der Arbeit- bzw Dienstnehmer keinen Entlassungsgrund gesetzt hat, bereits 6 Monate im Betrieb beschäftigt ist und die Entlassung unter Berücksichtigung aller Umstände sozial ungerechtfertigt ist.

Gem § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG ist eine Kündigung bzw Entlassung sozial ungerechtfertigt, die wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt, es sei denn, der Betriebsinhaber erbringt den Nachweis, dass die Kündigung bzw Entlassung

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.

Beachte: Gem § 106 Abs 2 ArbVG ist eine Anfechtung aufgrund Sozialwidrigkeit nicht möglich, sollte der Betriebsrat innerhalb einer Frist von einer Woche der Entlassung ausdrücklich zugestimmt haben.

Bei Prüfung der Interessenbeeinträchtigung sind alle sozialen Umstände zueinander in Beziehung zu setzen. Der Arbeitnehmer ist vor allem auf ein laufendes Einkommen zur Aufrechterhaltung seiner Existenz und seiner Sorgeberechtigten angewiesen. Daher ist der Arbeitnehmer nicht verhalten, zugunsten des Arbeitgebers den Vermögensstamm zur Vermeidung von finanziellen Einbußen anzugreifen, sondern ist auf diesen nur insoweit Bezug zu nehmen, als er Erträge und damit laufendes Einkommen bringt (RIS-Justiz RS0110944).

Bei der Untersuchung, ob durch die Kündigung eine Beeinträchtigung wesentlicher Interessen eintritt, ist 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 (RIS-Justiz RS0051703).

Das Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung wesentlicher Interessen ist nur dann erfüllt, wenn die durch die Kündigung bewirkte finanzielle Schlechterstellung ein solches Ausmaß erreicht, dass sie eine fühlbare, ins Gewicht fallende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage zur Folge hat, ohne dass aber eine soziale Notlage oder eine Existenzgefährdung eintreten müsste (RIS-Justiz RS0051753).

In die Untersuchung, ob wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt sind, ist die gesamte wirtschaftliche und soziale Lage des Arbeitnehmers einzubeziehen, sodass (im vorliegenden Fall) insbesondere die Veränderung der Einkommensverhältnisse, das Fehlen von Sorgepflichten, die Kreditbelastung, der Gesundheitszustand, das Lebensalter und die Auswirkung der Kündigung auf die Bemessungsgrundlage der zu erwartenden Pension, aber auch die Höhe der Abfertigung zu berücksichtigen sind (RIS-Justiz RS0051741).

32
Die soziale Ungerechtigkeit bietet ein relativ breites Spektrum an Argumentationsmöglichkeiten. Es ist aufzuzeigen,

dass wesentliche Interessen des Arbeit- bzw Dienstnehmers durch die Entlassung beeinträchtigt werden. Man sollte sich in diesem Punkt darauf spezialisieren, die wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeit- bzw Dienstnehmers zu erläutern und dadurch aufzuzeigen, dass die Entlassung den Kläger wirtschaftlich sehr hart treffen würde und seine Existenz gefährden könnte. Kriterien sind die Anzahl der Kinder, etwaige andere Unterhaltspflichten, ein anderes Einkommen des Entlassenen, das Einkommen des Ehegatten sowie die realistische Einschätzung der Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt usw.

Die Entlassung wurde zu Unrecht ausgesprochen, da die klagende Partei keinerlei Entlassungsgrund gesetzt hat. Weiters ist die klagende Partei schon mindestens 6 Monate bei der beklagten Partei beschäftigt und wäre die Kündigung in höchstem Maße sozial ungerechtfertigt.

Bei Lösung der Frage, ob eine Kündigung sozial ungerechtfertigt ist, muss vorerst ohne Rücksicht auf andere Anfechtungsvoraussetzungen und ohne Koppelung mit anderen Tatbeständen oder Tatbestandsmerkmalen geprüft werden, ob durch sie wesentliche Interessen der betroffenen Arbeitnehmer beeinträchtigt werden (RIS-Justiz RS0051640).

33
Es empfiehlt sich, am Ende der Ausführungen noch einmal den Anfechtungsgrund anzuführen und zusammenzufassen, um es leichter zu machen, den Argumentationen folgen zu können.

Gem § 5 Abs 2 ASGG ist das Arbeits- und Sozialgericht Wien zuständig, da sich der Sitz der Schinden und Schaffen GmbH im 22. Wiener Gemeindebezirk befindet und sich der Streit auf diesen Betrieb bezieht. Daher fällt diese Streitigkeit in den Sprengel des Arbeits- und Sozialgerichts Wien.

34
Gem § 5 Abs 2 ASGG ist für die im § 50 Abs 2 ASGG genannten Rechtsstreitigkeiten nur das Gericht örtlich zuständig, in dessen Sprengel sich der Betrieb befindet, auf den sich die Rechtsstreitigkeit bezieht.

Auf Grundlage der obigen Ausführungen begehrt die klagende Partei folgendes

Urteil:

1. Die durch die beklagte Partei am 17.11.2014 ausgesprochene Entlassung der klagenden Partei wird für rechtsunwirksam erklärt.

35
Zum Klagebegehren im Allgemeinen siehe Muster „Klage (Allgemein, Leistung, lang)“.

36
Gibt das Gericht der Entlassungsanfechtung statt, so ist die Entlassung rechtsunwirksam. Der Arbeit- bzw Dienstgeber hat das Arbeitsentgelt sowie alle sonstigen Leistungen, die der Kläger in der Zeit erhalten hätte, nachzuzahlen. Der Arbeit- bzw Dienstnehmer ist verpflichtet, seinen Dienst umgehend wieder aufzunehmen.

37
Das Verlangen des betroffenen Arbeitnehmers auf Anfechtung kann bereits vor Beginn der Anfechtungsfrist gestellt werden, es muss nur mit dem Kündigungsfall in einem zeitlichen und rechtlichen Zusammenhang stehen; hiebei ist als Verlangen auf Anfechtung auch das an den Betriebsrat gerichtete Ansuchen des Arbeitnehmers zu werten, ihm die Anfechtung der trotz Widerspruch des Betriebsrates erklärten Kündigung zu übertragen (RIS-Justiz RS0102517).

38
Liegt kein „konzernbezogenes Arbeitsverhältnis“ vor, besteht keine Verpflichtung des Arbeitgebers, die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers, dessen Arbeitsplatz wegfällt, konzernweit zu prüfen (Abgehen von 9 ObA 310/93) (RIS-Justiz RS0124832).

39
Dem Arbeitnehmer ist die Berufung auf § 879 ABGB bei allen nunmehr unter § 105 Abs 3 Z 1 und 2 ArbVG fallenden (materiellen) Anfechtungssachverhalten grundsätzlich verwehrt. § 879 ABGB bleibt aber jedenfalls für Arbeitnehmer, die nicht unter den Geltungsbereich des ArbVG fallen, voll anwendbar. Der Sittenwidrigkeit von Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften kommt nämlich eine so allgemeine und fundamentale Bedeutung zu, dass es nicht zulässig erscheint, ein privatrechtliches Grundprinzip durch die kollektivrechtliche Konstruktion des Kündigungsschutzes vollkommen zu substituieren. Soweit nicht der Gesetzgeber den Schutz gegen Motivkündigungen besonders geregelt

hat und diese Regeln nicht wenigstens analog anzuwenden sind, muss daher der Rückgriff auf § 879 ABGB gewährleistet sein (RIS-Justiz RS0018163).