

1. Beendigungsarten allgemein

Die österreichische Rechtsordnung ist gekennzeichnet von unterschiedlichen Arten der Beendigung von Dienstverhältnissen. Im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen bedarf nicht jede Art der Beendigung eines tatsächlichen Beendigungsgrundes. Ein wichtiger Beendigungsgrund ist nur bei einer sofortigen Auflösung aus wichtigem Grund erforderlich, unabhängig davon, von welcher Seite das Dienstverhältnis beendet wird. Kündigungen bedürfen demnach – zumindest in einem ersten Schritt – keiner Kündigungsgründe, außer es handelt sich um besonders bestandgeschützte Arbeitnehmergruppen, wo einschlägige gesetzliche Bestimmungen besondere Kündigungsgründe normieren, ohne deren Vorliegen überhaupt keine Auflösung möglich ist.

Im Wesentlichen werden die folgenden Beendigungsformen unterschieden:

- Rücktritt vom Arbeitsvertrag
- Auflösung während der Probezeit
- Ablauf der Befristung
- Kündigung durch den Arbeitgeber/Arbeitnehmer
- Entlassung
- Vorzeitiger Austritt
- Einvernehmliche Beendigung
- Pensionsantritt des Arbeitnehmers
- Betriebsauflösung
- Tod des Arbeitnehmers
- Tod des Arbeitgebers

In den nachfolgenden Unterkapiteln soll in einem ersten Schritt ein kurzer Überblick über diese wesentlichen Beendigungsformen, Formvorschriften sowie den Ausspruch und Zugang der Erklärung gegeben werden. Detailfragen zu den jeweiligen Beendigungsarten folgen dann in den weiteren Hauptkapiteln.

1.1. Formvorschriften

Sofern gesetzlich, durch Kollektivvertrag oder einzelvertragliche Regelungen nicht explizit etwas anderes vorgeschrieben ist, gilt im Bereich des Arbeitsrechtes und somit auch bei Arbeitsvertragsauflösungen das Prinzip der **Formfreiheit**. Sofern keine besonderen Formvorschriften bestehen, kann eine einseitige Beendigungserklärung auch konkludent im Sinne des § 863 ABGB erfolgen. Um von einer schlüssigen Beendigungserklärung ausgehen zu können, ist es notwendig, dass das Verhalten absolut zweifelsfrei als Beendigungserklärung gedeutet werden kann.

Rein das Fernbleiben des Arbeitnehmers vom Dienst ist nur bei Hinzukommen weiterer Umstände wie beispielsweise der Rückgabe des Büroschlüssels und dem

1. Beendigungsarten allgemein

sofortigen Verlangen von Arbeitspapieren (oder auch einem Dienstzeugnis) als schlüssiger Austritt zu qualifizieren.¹

1.2. Einseitige Willenserklärungen

Bei Rücktrittserklärungen, Kündigungen, Entlassungen und dem vorzeitigen Austritt handelt es sich um einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärungen. Für deren Rechtswirksamkeit ist **keine Zustimmung** des Erklärungsempfängers erforderlich. Ein Ausspruch ist somit auch gegen den Willen der jeweils anderen Arbeitsvertragspartei zulässig. Voraussetzung ist lediglich ein rechtswirksamer Zugang. Für den Zugang trägt der Erklärende die Beweislast. Kommt es nicht zu einem Zugang der Beendigungserklärung, liegt keine Rechtswirksamkeit der Beendigung vor, das Dienstverhältnis besteht unverändert fort.²

1.2.1. Mündliche Auflösungserklärungen

Mündliche Auflösungserklärungen gehen sofort zu und entfalten somit auch sofort ihre Wirkung. Sofern es um zeitkritische Beendigungserklärungen geht – insbesondere, wenn ein gewisser Kündigungstermin eingehalten werden soll –, empfiehlt sich generell ein mündlicher Ausspruch unter Zeugen oder eine persönliche Übergabe der Beendigungserklärung. Möglich ist hier auch ein Telefonat unter Beisein einer weiteren Person, die den Ausspruch der Auflösungserklärung bezeugen kann.

Der Erhalt einer schriftlich übergebenen Beendigungserklärung sollte bestenfalls durch Unterschrift des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers schriftlich bestätigt werden. Verweigert der Arbeitnehmer die Annahme der Beendigungserklärung, sollte darüber ein schriftliches Protokoll erstellt werden, welches zumindest der Arbeitgeber und etwaige Zeugen unterfertigen sollten.

1.2.2. Schriftliche Auflösungserklärungen

Für den Zugang einer schriftlichen Beendigungserklärung reicht es aus, wenn die Willenserklärung in den Machtbereich des Erklärungsempfängers gelangt ist. Es kommt nicht darauf an, ob der Adressat die Beendigungserklärung auch tatsächlich erhalten hat. Entscheidend ist lediglich, dass diesem die Möglichkeit zukommt, die Beendigungserklärung zur Kenntnis zu nehmen.³ Der Zugang tritt objektiv dann ein, wenn die Erklärung in die persönliche Sphäre des Erklärungsempfängers gelangt und dieser die Erklärung zur Kenntnis nimmt bzw nehmen könnte. Als persönliche Sphäre gilt dabei jener Bereich, in dem der Erklärungsempfänger eine gewisse Einflussnahme auf das weitere Schicksal der Erklärung hat.

¹ OLG Wien 17.9.2008, 7 Ra 74/08s.

² RIS-Justiz RS0028555; RS0080174; *Gisch*, Beweislast für den Zugang einer Kündigungserklärung, ZVers 2020, 60.

³ RIS-Justiz RS0014076.

1.2. Einseitige Willenserklärungen

Ein Zugang unter Abwesenden wird auch dann angenommen, wenn bei Betrachtung der subjektiven Situation von Erklärendem und Erklärungsempfänger das Unterbleiben des Zugangs dem Empfänger erheblich vorwerfbar ist und dieser die Zustellung vereitelt. In diesen Konstellationen wird der Zugang fingiert. Nach der Rechtsprechung sind darunter Fälle zu subsumieren, in denen sich der Empfänger der Erklärung dieser absichtlich wider Treu und Glauben entzieht.

Beispiele aus der Rechtsprechung

Bei elektronischen Willenserklärungen zählt die Mailbox des Empfängers zu dessen Machtbereich, wenn er zu erkennen gegeben hat, dass er über diese E-Mail-Adresse erreichbar ist.⁴ Nach § 12 ECG gelten elektronische Willenserklärungen dann als zugegangen, wenn sie der Empfänger, für die sie bestimmt sind, unter gewöhnlichen Umständen abrufen kann. Eine elektronische Erklärung ist nicht bereits dann zugegangen, wenn sie faktisch abrufbar ist.⁵ Nach Ansicht des OGH soll die Wendung „unter gewöhnlichen Umständen“ in § 12 ECG sicherstellen, dass Erklärungen nur zu den üblichen Geschäftszeiten und nicht während der Urlaubszeit rechtswirksam zugehen. Jeder E-Mail-Empfänger, der sich zB im Urlaub befindet, hat auch die Möglichkeit, diesen Umstand (mittels E-Mail-Erklärung oder Abwesenheitsnotiz) seinem Geschäftspartner mitzuteilen. Im gegenständlichen Fall befand sich das Büro der beklagten Partei vom 23.12.2015 bis 6.1.2016 im Weihnachtsurlaub, was dem Arbeitnehmer als Absender des E-Mails mit seiner Beendigungserklärung auch bewusst war. Der Arbeitnehmer, der trotz Hinweis auf einen bevorstehenden Betriebsurlaub eine rechtsgeschäftliche Erklärung per E-Mail an den Arbeitgeber richtete, kann nach der im Allgemeinen Zivilrecht maßgeblichen Empfangstheorie nicht davon ausgehen, dass die Erklärung in diesem Zeitraum abgerufen wird. Der Zugang war daher bei Einlangen während der Zeit einer angekündigten Abwesenheit erst mit dem Beginn des nächsten Werktags anzunehmen, nach dem Betriebsurlaub. Dazu kam, dass der vom Arbeitgeber bekanntgegebene Betriebsurlaub in die übliche Urlaubszeit (Weihnachtszeit) fällt und auch von der Dauer her keineswegs als ungewöhnlich einzustufen ist. Daher konnte auch von einer Vereitelung des Zugangs der Kündigung wider Treu und Glauben ausgegangen werden.⁶

Der Arbeitnehmer oder auch der Arbeitgeber können durch Verzögerungen oder Verhinderungen der Annahme der Beendigungserklärung (zB Verweigern der Annahme oder Unterlassen der Behebung beim Postamt) die Rechtswirkungen der sofortigen Auflösung (Entlassung, Austritt) oder den Lauf der Kündigungsfrist nicht vereiteln bzw verzögern.⁷

Aus diesem Grund ist der Arbeitnehmer auch verpflichtet, dem Arbeitgeber eine aktuelle Wohnadresse oder einen allfälligen Umzug zu melden. Kommt der Arbeitnehmer dieser Meldepflicht nicht nach und scheitert die Zustellung der Beendigungserklärung an den Arbeitnehmer aus diesem Grund, gilt die Erklärung trotzdem als zugestellt (Zustellungsfiktion).⁸

⁴ OGH 25.3.2014, 9 Ob 56/13w.

⁵ ErlRV 817 BlgNR 21. GP 31.

⁶ OGH 31.8.2018, 6 Ob 152/18y.

⁷ OGH 16.6.1999, 9 ObA 114/99a; OGH 11.5.2006, 8 ObA 37/06h.

⁸ OGH 30.4.1997, 9 ObA 78/97d.

1. Beendigungsarten allgemein

Beispiele aus der Rechtsprechung

Rechnete ein Arbeitnehmer damit, dass der Arbeitgeber ihm noch im Dezember die Kündigung erklären wollte und schlugen durch die vom Arbeitnehmer geschaffene individuelle Situation (Einschalten des Anrufbeantworters beim Festnetzanschluss; Ausschalten der Hausklingelanlage) Versuche des Arbeitgebers fehl, ihm die Kündigung während seines – für den Arbeitgeber unvorhergesehenen – Krankenstandes zu erklären, so hat der Arbeitnehmer den Zugang der Kündigungserklärung wider Treu und Glauben verhindert.⁹ In diesem Fall wird die Zustellung mit jenem Zeitpunkt fingiert, in dem sie dem Empfänger unter gewöhnlichen Umständen zugegangen wäre.¹⁰

Bei Zustellung von Beendigungserklärungen mit der **Post** gilt Folgendes: Es trägt derjenige das Zustellungsrisiko, der sich dieser Art der Weiterleitung der Erklärung bedient hat. Wirft der Briefträger die Beendigungserklärung zu einer üblichen Zeit in den Postkasten des Erklärungsempfängers und entnimmt dieser das Schreiben, tritt der Zugang wie vom Erklärenden gewünscht ein. Kommt es durch betriebsinterne Probleme der Post erst zu einer Zustellung am nächsten oder übernächsten Tag, so geht die Beendigungserklärung auch erst entsprechend später zu. Gleiches gilt, wenn ein Briefträger das Schreiben so spät am Abend einwirft, dass der Arbeitnehmer die Briefe aus dem Postkasten erst am nächsten Tag beehrt. Zu beachten ist, dass bei unüblich später Zustellung ein Zugang trotzdem eintritt, wenn der Empfänger den Brief aus dem Postkasten holt und ihn tatsächlich liest. Bei der Frage des Zugangs einer Lösungserklärung kommt es auf den tatsächlichen Verlauf der Dinge an.¹¹ Faktisch führen derartige Konstellationen aber häufig zu Beweisproblemen für den Erklärenden, insbesondere dann, wenn Kündigungsfristen und -termine einzuhalten sind.

Wird die Beendigungserklärung per **Einschreiben** versandt, wird der Zugang angenommen, wenn diese vom Briefträger unmittelbar an den Erklärungsempfänger übergeben wird. Ist der Erklärungsempfänger abwesend und wird der Brief bei der Postfiliale hinterlegt, ist eine Behebung zumeist erst am nächsten Tag möglich. In diesen Fällen geht die Beendigungserklärung verzögert (mit dem nächsten Tag) zu.

Beendigungserklärungen per **E-Mail** oder **SMS** können ebenso zugehen, wenn der Erklärungsempfänger die elektronische Nachricht tatsächlich abrufen kann. Ist dieser nicht in der Lage, einen Laptop oder sein Mobiltelefon zu benutzen, kann es zu einer nicht vorwerfbaren Verzögerung der Zustellung kommen.¹² Ein E-Mail, eine SMS oder eine **WhatsApp-Nachricht** ist beweistechnisch daher ähnlich zu werten wie ein nicht eingeschriebener Brief. Die Beweislast für den Zugang trägt der Erklärende. Problematisch ist insbesondere, dass nach der Judikatur eine Absendebestätigung (Sendeprotokoll) kein Anscheinsbeweis für den Zugang einer

⁹ OGH 11.5.2006, 8 ObA 37/06h.

¹⁰ OGH 26.4.1995, 9 ObA 55/95.

¹¹ *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 20 AngG Rz 28.

¹² *Reissner* in *ZellKomm*³ § 20 AngG Rz 28.

1.2. Einseitige Willenserklärungen

E-Mail oder einer SMS ist.¹³ In der Praxis empfiehlt sich daher zumindest bei E-Mail-Versand die Anforderung einer Empfangs- oder Lesebestätigung vom Empfänger.

1.2.3. Zustellung in besonderen Fällen

Im Nachstehenden soll ein Überblick über besondere Fälle der Zustellung und damit verbundene Problemstellungen gegeben werden:

1.2.3.1. Zustellung im Krankenstand

Grundsätzlich können auch Dienstverhältnisse von im **Krankenstand** befindlichen Arbeitnehmern rechtskonform beendet werden. Es besteht kein allgemeines Kündigungsverbot im Krankenstand.¹⁴ Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit der Beendigungserklärung ist jedoch die Geschäftsfähigkeit des Erklärungsempfängers. Ist dieser im Zeitpunkt der Zustellung der Beendigungserklärung infolge eines psychischen oder physischen Gebrechens geschäftsunfähig, ist die Beendigungserklärung rechtsunwirksam und auch nicht durch rückwirkende Bestätigung sanierbar.¹⁵

Befindet sich der Arbeitnehmer während des Krankenstands im Krankenhaus, ist eine Zustellung der Beendigungserklärung dorthin erforderlich. Die Beendigungserklärung gilt nicht bereits mit dem Zeitpunkt der Übernahme durch das Krankenhauspersonal als zugestellt, sondern erst dann, wenn sie nach Weiterleitung durch das Personal so in den Machtbereich des Erklärungsempfängers gelangt, dass unter gewöhnlichen Umständen mit der Kenntnisnahme gerechnet werden kann. Das ist erst der Fall, wenn die Beendigungserklärung dem Empfänger ausgehändigt oder auf andere Art so für ihn zurückgelassen wird, dass dieser die Möglichkeit hat, davon Kenntnis zu nehmen. Im Krankenhaus kann dies etwa durch Deponierung am Nachtkästchen oder in einem allenfalls für die Patienten eines Zimmers oder einer Station bestimmten Postfach geschehen.¹⁶ Eine Zustellung an die Wohnadresse ist in diesem Fall nicht ausreichend, sofern der Arbeitgeber darüber in Kenntnis ist, dass sich der Arbeitnehmer im Krankenhaus befindet.

Praxistipp

Grundsätzlich sind Zustellungen im Krankenstand aus Sicht der Praxis besonders sorgfältig zu planen und sollten immer auch soziale Aspekte berücksichtigt werden. Eine postalische Zustellung ist bei einem Krankenhausaufenthalt eher nicht empfehlenswert, sondern empfiehlt sich vielmehr eine Zustellung des Beendigungsschreibens mittels eines Boten oder eines anderen Arbeitnehmers bzw durch den Vorgesetzten. Auch eine Zustellung durch einen Rechtsanwalt wäre möglich. Die Übergabe der Beendigungserklärung ist in diesem Fall vom jeweiligen Boten zu dokumentieren.

¹³ OGH 29.11.2007, 2 Ob 108/07g.

¹⁴ Karl in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, Angestelltengesetz (2017) § 20 Rz 59.

¹⁵ Ua OGH 1.12.1999, 9 ObA 284/99a.

¹⁶ OGH 26.4.1995, 9 ObA 55/95.

1. Beendigungsarten allgemein

1.2.3.2. Zustellung bei Geschäftsunfähigkeit

Ist der Arbeitnehmer derart schwer erkrankt, dass eine **Geschäftsunfähigkeit** vorliegt (zB bei einem Schlaganfall oder einem Patienten im Koma), ist besondere Vorsicht geboten. Eine wirksame Zustellung an einen Arbeitnehmer im Koma scheitert an der mangelnden Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers. In diesem Fall kann die Kündigung nur dann wirksam zugehen, wenn der Arbeitnehmer sie tatsächlich zur Kenntnis nimmt oder sich unter normalen Umständen von ihrem Inhalt Kenntnis verschaffen könnte. Ist dies aufgrund des Gesundheitszustandes nicht möglich, ist eine wirksame Zustellung nur an einen Erwachsenenvertreter möglich. Der Arbeitgeber muss in diesem Fall beim Bezirksgericht des Wohnortes des Arbeitnehmers die Bestellung eines Erwachsenenvertreters anregen. Ein tatsächliches Recht auf Bestellung gibt es nicht. Kommt es über Anregung zur Bestellung eines Erwachsenenvertreters, kann der Arbeitgeber die Beendigungserklärung (zB schriftliche Kündigung) an den Erwachsenenvertreter rechtswirksam zustellen.¹⁷

1.2.3.3. Zustellung im Urlaub

Hinsichtlich Zugang von Beendigungserklärungen während des **Urlaubes** gilt Folgendes: Generell ist im Einzelfall zu prüfen, ob insbesondere eine Kündigung während des Urlaubes überhaupt rechtswirksam ausgesprochen werden kann. Nach der Rechtsprechung sind Kündigungen während des Urlaubes nicht rechtswirksam und zeitwidrig, wenn der Erholungszweck des Urlaubes beeinträchtigt wird.¹⁸ Zu den Rechtsfolgen der zeitwidrigen Kündigung ist auf die Ausführungen unter Kapitel 2.2.5 zu verweisen. Als zeitwidrig gilt eine Kündigung während des Urlaubes insbesondere dann, wenn die Kündigungsfrist sehr kurz ist, zB 14 Tage oder noch kürzer.

Die Kündigung steht dann mit dem Erholungszweck des Urlaubes in einem expliziten Widerspruch, da der Arbeitnehmer angehalten ist, während des Urlaubes eine neue Arbeitssuche zu beginnen. Dem Erholungszweck wird nicht entsprochen, wenn der Arbeitgeber beispielsweise nur eine sehr kurze Kündigungsfrist einzuhalten hat, da der Arbeitnehmer in einer solchen Situation zumeist gezwungen ist, sich während seines Urlaubs auf Arbeitssuche zu begeben. Insbesondere bei Arbeitern stellte sich dieses Problem in der Vergangenheit aufgrund einer Vielzahl an vertraglich festgelegten kurzen Kündigungsfristen zwischen ein und zwei Wochen. Durch die Angleichung der Kündigungsfristen zwischen Arbeitern und Angestellten per 1.7.2021 sollte diese Problematik jedoch etwas entschärft worden sein. Ist die vom Arbeitgeber einzuhaltende Frist ausreichend lange, sodass der Arbeitnehmer nicht gezwungen ist, schon während des Urlaubs eine neue Arbeitsstelle zu suchen, sollte eine Kündigung während des Urlaubs wohl nicht als zeitwidrig qualifiziert werden, da sie dem Urlaubszweck nicht zuwiderläuft.

¹⁷ Sabara, Zustellung von Beendigungserklärungen, ARD 6404/7/2014.

¹⁸ OGH 16.3.1988, 9 ObA 16/88.

1.2. Einseitige Willenserklärungen

Ab einer Kündigungsfrist von zumindest zwei bis drei Monaten kann angenommen werden, dass der Ausspruch einer Kündigung auch während desurlaubes zulässig ist, weil der Erholungszweck in diesem Fall nicht gefährdet erscheint.¹⁹

- Der OGH hat klargestellt, dass die Angleichungsregelung des § 1159 ABGB ausschließlich auf echte Dienstverhältnisse anwendbar ist und nicht auf freie Dienstverhältnisse. Für freie Dienstnehmer können kürzere Kündigungsfristen vereinbart werden; eine analoge Anwendung des § 1159 ABGB scheidet mangels planwidriger Lücke aus. Im konkreten Fall wurde eine beidseitige Kündigungsfrist von vier Wochen als nicht unangemessen kurz beurteilt (OGH 27.2.2025, 8 ObS 4/24g).

Für den Ausspruch einer Entlassung gelten diese Ausführungen aufgrund des Unverzüglichkeitsgrundsatzes natürlich nicht.

Ähnlich wie beim Zugang der Beendigungserklärung während des Krankenstandes können sich auch bei urlaubsbedingter Abwesenheit Zustellungsprobleme ergeben. Es ist immer im Einzelfall zu prüfen, ob eine Zugangsfiktion angenommen werden kann oder nicht. Die diesbezügliche Rechtsprechung ist teils sehr individuell und von Fall zu Fall unterschiedlich. Grundsätzlich kann der Arbeitgeber die Beendigungserklärung an die ihm zuletzt bekanntgegebene Wohnadresse des Arbeitnehmers senden. Ist der Arbeitgeber aber darüber in Kenntnis, dass der Arbeitnehmer im Urlaub nicht an der Wohnadresse ist – beispielsweise bei Auslandsaufenthalt – und musste der Arbeitnehmer aufgrund der konkreten Umstände nicht mit einer Kündigung rechnen, gilt eine während desurlaubes zugestellte Beendigungserklärung erst zu jenem Zeitpunkt als zugegangen, in dem die Erklärung dem Arbeitnehmer tatsächlich zugekommen ist – also erst im Zeitpunkt der **Rückkehr aus dem Urlaub**.²⁰

In den meisten Fällen wird ein Arbeitnehmer mit einer Kündigung im Urlaub nicht rechnen müssen, außer es gab bereits vor Urlaubsantritt Gespräche bzw Verfehlungen von Seiten des Arbeitnehmers. Hat der Arbeitnehmer beispielsweise einen Entlassungsgrund verwirklicht, geht die Unmöglichkeit der Kenntnisaufnahme bei urlaubsbedingter Abwesenheit zu seinen Lasten.²¹

Beispiele aus der Rechtsprechung

Eine schriftliche Kündigung gilt als zugestellt, wenn sich der Arbeitnehmer unter normalen Umständen von ihrer Kenntnis verschaffen kann. Sofern der Arbeitnehmer am Tag des Zustellversuches nicht zu Hause war, weil er unmittelbar von seinem Arbeitsplatz seinen Urlaub angetreten hat und danach direkt im Anschluss eine Dienstreise angetreten hat, wird die Zustellung erst mit der Behebung des Schreibens am ersten Werktag nach der Rückkehr von der Dienstreise wirksam.²²

¹⁹ Karl in AngG § 20 Rz 54.

²⁰ Bleyer/Lindmayr/Sabara, Lexikon Personalrecht & Betriebsrecht 2021²³ (2021) 845.

²¹ LG Wien 24.4.1998, 10 Ra 79/98 f; 18.2.2002, 22 Cga 35/01d.

²² OGH 25.2.2004, 9 ObA 147/03p.

1. Beendigungsarten allgemein

1.2.3.4. Zustellung bei Inhaftierung

Wird der Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber festgenommen und befindet sich in **Haft**, so ist eine Zustellung an die Anschrift der jeweiligen Haftanstalt vorzunehmen. Auch in diesem Fall gilt – wie beim Krankenhausaufenthalt –, die Beendigungserklärung erst dann als zugestellt, wenn diese tatsächlich an den Erklärungsempfänger übergeben wurde. Weiß der Arbeitgeber somit von einem Gefängnisarrest – weil der Arbeitnehmer beispielsweise am Betriebsgelände festgenommen wurde –, ist eine Zustellung an die Wohnadresse nicht rechtswirksam, mangels Möglichkeit des Arbeitnehmers, vom Schreiben Kenntnis zu erlangen bzw. dieses bei der Postfiliale zu beheben.²³ Voraussetzung einer solchen Zustellung ist natürlich, dass der Arbeitgeber darüber Kenntnis hat, in welcher Haftanstalt sich der Arbeitnehmer befindet. Es empfiehlt sich daher, jene Person, die die Arbeitsverhinderung meldet (entweder den Arbeitnehmer selbst, Angehörige oder eine von diesem beauftragte Person), dahin gehend zu befragen, in welcher Haftanstalt der Arbeitnehmer untergebracht ist, widrigenfalls eine Zustellung scheitert.

Neben der reinen Zustellthematik ist der Arbeitnehmer jedoch im Falle eines Haftantrittes mit dessen Beginn mit dem Grund „*Ende Entgelt*“ von der Sozialversicherung abzumelden, weil dieser faktisch nicht mehr arbeitsbereit ist. Mangels Arbeitsbereitschaft ruht der Entgeltanspruch, es kann danach ohne finanziellen Aufwand für den Arbeitgeber bis zum 15. Tag der Haft zugewartet und dann die Entlassung ausgesprochen werden.²⁴

1.2.3.5. Zustellung bei vermissten oder verschollenen Arbeitnehmern

Bei **vermissten** oder **verschollenen Arbeitnehmern** ist ähnlich vorzugehen wie bei Arbeitnehmern im Koma. Der Arbeitgeber kann beim zuständigen Bezirksgericht am Wohnsitz des Arbeitnehmers die Bestellung eines Abwesenheitskurators anreden. Der Arbeitgeber kann dazu auch eine Person vorschlagen, die geeignet und bereit ist, diese Aufgabe zu übernehmen. Ist ein Abwesenheitskurator bestellt, so hat dieser die Aufgabe, den vermissten oder verschollenen Arbeitnehmer zu vertreten. Er muss seine Handlungen vom Gericht kontrollieren lassen und hat die Pflicht, den vermissten bzw. verschollenen Arbeitnehmer über seine Rechtshandlungen zu informieren, sobald dieser wieder auftaucht bzw. wenn der Aufenthaltsort bekannt wird. Wie bei der Haft kann ein Arbeitnehmer, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist, mit „*Ende Entgelt*“ von der Sozialversicherung abgemeldet werden, weil keine Arbeitsbereitschaft mehr vorliegt.²⁵

²³ OGH 26.4.1995, 9 ObA 55/95.

²⁴ Sabara, ARD 6404/7/2014.

²⁵ Sabara, ARD 6404/7/2014.

1.3. Rücktritt vom Arbeitsvertrag

Praxistipp

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich bei der Übermittlung von Beendigungserklärungen per E-Mail, SMS oder WhatsApp ebenso wie bei Arbeitnehmern im Urlaub, im Krankenhaus oder in Haft Zustellungsproblematiken ergeben können. In diesen Fällen ist es empfehlenswert, die Beendigungserklärung – sofern möglich – mündlich unter Anwesenheit von Zeugen auszusprechen, um etwaige Zustellprobleme sofort zu umgehen. Bei mündlichem Ausspruch ergeben sich auch keinerlei zeitliche Schwierigkeiten, weil die Erklärung sofort zugeht. In jedem Fall empfiehlt sich eine individuelle Prüfung in Abhängigkeit von der konkreten Sachverhaltskonstellation, um Risiken wie eine rechtswidrige oder verspätet zugegangene Beendigungserklärung von vornherein zu vermeiden. Derartige Risiken können sich nämlich auch finanziell in Form einer Kündigungsentschädigung auswirken.

1.3. Rücktritt vom Arbeitsvertrag

Ein Rücktritt vom Arbeitsvertrag kommt dann in Betracht, wenn dieser bereits rechtswirksam zustande gekommen ist, jedoch der Arbeitnehmer den Dienst tatsächlich noch nicht angetreten hat. Für einen derartigen Rücktritt kann es sowohl von Seiten des Arbeitgebers als auch des Arbeitnehmers unterschiedliche Gründe geben. Dem Arbeitgeber können beispielsweise nach Unterfertigung des Arbeitsvertrages Umstände bekannt werden, die den Dienstantritt beeinträchtigen, oder es kann schlicht und ergreifend nachträglich noch ein besserer Kandidat gefunden werden. Auch von Seiten des Arbeitnehmers ist es denkbar, dass dieser den Vertrag unterfertigt, aber danach ein besseres Angebot erhält oder persönliche Umstände den Dienstantritt vereiteln.

Gesetzliche Bestimmungen dazu finden sich allgemein in § 918 ff ABGB, für Angestellte in § 30 AngG, sondergesetzliche Bestimmungen in § 30f GAngG, § 15 HGHAngG, § 11 LAG und § 34 ff TAG. Nachdem die einzelnen gesetzlichen Regelungen unterschiedlich ausgestaltet sind, muss im Einzelfall immer geprüft werden, welcher Arbeitnehmergruppe der Arbeitnehmer angehört.

Voraussetzung für eine rechtswirksame Rücktrittserklärung ist generell, dass der Arbeitsvertrag bereits wirksam zustande gekommen ist, eine der Vertragsparteien den Vertrag aber anschließend nicht erfüllt und es somit zu keinem Dienstantritt kommt. Der Vertragsabschluss kann in diesem Fall mündlich oder schriftlich erfolgt sein, je nachdem, ob der anwendbare Kollektivvertrag oder gewisse Sondergesetze besondere Formvorschriften vorsehen. Sofern der Arbeitnehmer den Dienst nicht antritt oder der Arbeitgeber diesen überhaupt nicht zum Dienst zulässt, kann die jeweilige Vertragspartei vom Arbeitsvertrag zurücktreten. Mit dem Rücktritt vom Vertrag wird der Arbeitsvertrag rückwirkend beseitigt.²⁶ Dazu ist die Abgabe einer Rücktrittserklärung erforderlich, bei der es sich um eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung handelt (vgl Ausführungen dazu unter Kapitel 1.1).

26 Mazal/Risak in Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar Rz 106.

1. Beendigungsarten allgemein

Diese bedarf keiner bestimmten Form und kann somit auch schlüssig erklärt werden. Sie muss jedoch den Willen erkennen lassen, den Arbeitsvertrag tatsächlich zu beenden. Wenn der Arbeitnehmer nur mitteilt, erkrankt zu sein, ist daraus kein eindeutiger Beendigungswille ableitbar, da es in diesem Fall auch möglich wäre, dass der Arbeitnehmer nur verspätet den Dienst antritt.²⁷ Um Beweisprobleme zu vermeiden, empfiehlt sich trotz mangelndem generellen Schriftformgebot immer eine schriftliche Rücktrittserklärung. Sollte dies zeitlich nicht möglich sein, kann der Rücktritt auch mündlich erklärt werden, wobei dies unter Zeugen erfolgen sollte und ein entsprechendes Protokoll darüber zu erstellen ist.

1.3.1. Rücktritt bei Angestellten

§ 30 AngG regelt die einzelnen Fallkonstellationen für Angestellte, § 31 AngG die entsprechenden Rechtsfolgen. Beide Bestimmungen kommen zeitlich gesehen nur zwischen Abschluss des Dienstvertrages und der vereinbarten Aufnahme der dienstvertraglichen Tätigkeit zur Anwendung. Nimmt der Arbeitnehmer den Dienst nicht auf, oder lässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht zum Dienst zu, steht der jeweils anderen Vertragspartei das Rücktrittsrecht zu. Durch einen erklärten Rücktritt wird der Dienstvertrag rückwirkend beseitigt.²⁸

In § 30 Abs 1 und 2 sind vier Rücktrittstatbestände für den Arbeitgeber normiert:

1.3.1.1. Rücktritt vom Fixgeschäft

Der erste Rücktrittstatbestand für den Arbeitgeber ist auf Fixgeschäfte anwendbar. Der Arbeitgeber kann vom Vertrag zurücktreten, wenn der Arbeitnehmer an einem fixierten Tag nicht erscheint. In diesem Fall ist es unerheblich, warum der Arbeitnehmer den Dienst nicht angetreten hat. Auch ein etwaiges Verschulden ist irrelevant. Strittig ist, ob die Dauer der Verzögerung eine Rolle für den Rücktritt spielt. Nach der Rechtsprechung reicht es aus, wenn der Arbeitnehmer am vereinbarten Tag den Dienst nicht antritt.²⁹ Nicht ausreichend wäre, wenn der Arbeitnehmer nur zu spät kommt. Erforderlich ist vielmehr, dass er an dem ganzen vereinbarten Tag den Dienst nicht antritt. Ein Verzug unter einem Tag begründet somit keinen Rücktritt nach § 30 Abs 1 AngG.

In der Literatur wird demgegenüber vertreten, dass es auf die Art der vereinbarten Arbeitsleistung ankommt. In gewissen Konstellationen – beispielsweise bei einem Mitarbeiter einer Tagung oder auch einem Vortragenden – kann auch eine Verspätung unter einem Tag zur Wertlosigkeit der Arbeitsleistung für den Arbeitgeber führen.³⁰ Dieser Fall ist wohl selten anwendbar. Voraussetzung ist nämlich,

²⁷ Sabara, Der Rücktritt vom Arbeitsvertrag vor Dienstantritt, ARD 6514/5/2016.

²⁸ Pfeil in ZellKomm³ § 31 AngG Rz 2.

²⁹ OGH 14.7.1955, 4 Ob 47/55; RIS-Justiz RS0028184.

³⁰ Haider in AngG² § 30 Rz 8.