

lung sowohl der Fähigkeiten der Beteiligten auf den betreffenden Gebieten als auch des Bedarfs der Universitäten Rechnung getragen werden. Allerdings ist die Verlängerung befristeter Arbeitsverträge zur Deckung eines **Bedarfs**, der faktisch kein zeitweiliger, sondern im Gegenteil ein **ständiger** und dauerhafter ist, nicht iSv § 5 Nr 1 lit a der Rahmenvereinbarung gerechtfertigt. Befristete Arbeitsverträge dürfen daher nicht zum Zweck einer ständigen und dauerhaften Wahrnehmung, und sei es auch in Teilzeit, von Lehraufgaben, die normalerweise zur Tätigkeit des festen Lehrkörpers gehören, verlängert werden.

§ 20

Kündigung

(1) Ist das Dienstverhältnis ohne Zeitbestimmung eingegangen oder fortgesetzt worden, so kann es durch Kündigung nach folgenden Bestimmungen gelöst werden.

(2) Mangels einer für den Angestellten günstigeren Vereinbarung kann der Dienstgeber das Dienstverhältnis mit Ablauf eines jeden Kalendervierteljahres durch vorgängige Kündigung lösen. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Wochen und erhöht sich nach dem vollendeten zweiten Dienstjahr auf zwei Monate, nach dem vollendeten fünften Dienstjahr auf drei, nach dem vollendeten fünfzehnten Dienstjahr auf vier und nach dem vollendeten fünfundzwanzigsten Dienstjahr auf fünf Monate.

(3) Die Kündigungsfrist kann durch Vereinbarung nicht unter die im Absatz 2 bestimmte Dauer herabgesetzt werden; jedoch kann vereinbart werden, daß die Kündigungsfrist am Fünfzehnten oder am Letzten eines Kalendermonats endigt.

(4) Mangels einer für ihn günstigeren Vereinbarung kann der Angestellte das Dienstverhältnis mit dem letzten Tage eines Kalendermonats unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist lösen. Diese Kündigungsfrist kann durch Vereinbarung bis zu einem halben Jahr ausgedehnt werden; doch darf die vom Dienstgeber einzuhaltende Frist nicht kürzer sein als die mit dem Angestellten vereinbarte Kündigungsfrist.

(5) Ist das Dienstverhältnis nur für die Zeit eines vorübergehenden Bedarfes vereinbart, so kann es während des ersten Monats von beiden Teilen jederzeit unter Einhaltung einer einwöchigen Kündigungsfrist gelöst werden.

[IdF BGBl I 2017/153]

Literatur

Binder, Eine fehlerhafte Kündigung, DRdA 1980, 231; *ders*, Arbeitsvertragslösung durch juristische Personen öffentlichen Rechts und Fehler im Organisationsablauf, RdW 1991, 113; *Dunzl*, Zur Änderungskündigung, FS Floretta (1983) 357;

Holzer, Irrtumsanfechtung bei zeitwidriger Kündigung im Arbeitsverhältnis, JBl 1985, 82; *ders*, Hinausgeschobener Kündigungstermin, ZAS 1994, 26 (EAnm); *Karl*, Anfechtung einer Änderungskündigung wegen Sozialwidrigkeit, DRdA 2000, 263; *Lovrek*, Die Eventualkündigung im Arbeitsrecht und ihre prozessualen Folgen, FS Bauer/Maier/Petrag (2004) 261; *Mayer-Maly*, Arbeitsrecht I: Individualarbeitsrecht (1987); *Mosler*, Austritt wegen Gesundheitsgefährdung – eine Analyse der neueren Rechtsprechung, DRdA 1990, 195; *ders*, Selbstkündigung des AN bei Austrittsgrund, DRdA 1993, 222 (EAnm); *Rauch*, Die sittenwidrige Kündigung, ASoK 2014, 292; *Reissner*, Wesen des Arbeitsvertrags – Erschwerung des Kündigungsrechts – Begriff der Konkurrenzklausel, ZAS 1994, 128 (EAnm); *ders*, Vertragswidrigkeit der Kündigung – Sittenwidrigkeit von Kündigungen – Verhältnis von allgemeinem Kündigungsschutz und Sittenklausel, ZAS 1995, 61 (EAnm); *ders*, Eine unfreiwillige Urlaubsverlängerung, DRdA 1995, 524; *Resch*, Grenzen privatautonomer Dispositionen über das Auflösungsrecht des Arbeitnehmers, ZAS 1991, 4; *ders*, Grenzen für Vertragsklauseln über den Rückersatz von Ausbildungskosten, DRdA 1993, 19; *ders*, Nichtigke Kündigung oder Entlassung nach Whistle Blowing, ecolex 2014, 451; *A. Ritzberger-Moser*, Änderungskündigung, in *Reissner/Herzog* (Hrsg), Arbeits- und sozialrechtliche Strategien zur Krisenbewältigung (2010) 199; *Rotter*, Betriebsrat, Ehrenamt und Änderungskündigung, ASoK 1996, 4; *Ruß*, Die einvernehmliche Auflösung von Arbeitsverhältnissen (2016); *Schrank*, Möglichkeiten und Grenzen der einseitigen Berichtigung zeitwidriger Kündigungen, FS Strasser (1983) 309; *W. Schwarz*, Zeitwidrige Kündigung und Wissenserklärung im Arbeitsrecht, ÖJZ 1984, 617; *ders*, Der OGH hat recht! ÖJZ 1995, 201; *Strasser*, Zur Problematik der sogenannten Änderungskündigung, DRdA 1988, 1; *Wachter*, Die einvernehmliche Lösung des Arbeitsverhältnisses, FS Floretta (1983) 433; *J. Winkler*, Zur Gestaltung von Kündigungsterminen im Arbeitsverhältnis, ecolex 1999, 788.

Übersicht

I.	Inhalte des § 20, Geltungsbereich, zwingende Wirkung.....	1–4
II.	Kündigung.....	5
A.	Abgrenzung von anderen Beendigungsarten.....	6–10
B.	Eigenschaften der Kündigung, Durchführung derselben.....	11, 12
1.	Einseitigkeit.....	13
2.	Empfangsbedürftigkeit.....	14–20
3.	Willenserklärung.....	21–24
4.	Form.....	25
5.	Begründungsfreiheit.....	26
6.	Kündigungszeiten.....	27–31
a)	Kündigungsfrist.....	32–34
b)	Kündigungstermin.....	35–37
c)	Vertragliche Gestaltung von Kündigungszeiten.....	38–44
d)	Zeitwidrige Kündigung.....	45–51
e)	Kündigungsgleichheitsgebot.....	52
7.	Unbillige Erschwerung des Kündigungsrechts des AN.....	53
8.	Einschränkungen des Kündigungsrechts des AG.....	54–58

9. Besondere Arten von Kündigungen.....	59
a) Teilkündigung.....	60, 61
b) Bedingte Kündigung	62–64
c) Änderungskündigung.....	65–70
III. Arbeitsverhältnis zum vorübergehenden Bedarf.....	71–75

I. Inhalte des § 20, Geltungsbereich, zwingende Wirkung

§ 20 regelt in den Abs 1–4 die Modalitäten der Kündigung eines Angestelltenverhältnisses (Rz 5 ff). Sein Abs 5 behandelt die erleichterte Lösbarkeit eines (kurzfristigen) Arbeitsverhältnisses, das nur für die Zeit eines vorübergehenden Bedarfs eingegangen wurde (Rz 71 ff). **1**

§ 20 gilt grundsätzlich für **Angestellte iSd G** (vgl §§ 1–5, Art II und VII). Kommt das AngG nicht zur Anwendung, so ist im Allgemeinen – insb mangels kollv Regelung – auf die Kündigungsregelungen der §§ 1159 ff ABGB zurückzugreifen. **2**

Mit BGBl I 2017/153 wurde eine bis 31.12.2017 geltende Einschränkung des **Kündigungsrechts** für Teilzeitbeschäftigte gestrichen. Voraussetzung für die für den AN verhältnismäßig günstigen Kündigungsbestimmungen des AngG war, dass die vereinbarte oder tatsächlich geleistete Arbeitszeit bezogen auf den Monat mindestens ein Fünftel des 4,3-fachen der durch G oder KollV vorgesehenen wöchentlichen Normalarbeitszeit ausmachte. Der Angestellte musste daher etwa im Falle einer wöchentlichen Normalarbeitszeit von 40 Stunden für mindestens 34,4 Stunden pro Monat verpflichtet gewesen sein bzw tatsächlich gearbeitet haben. Lag die Arbeitszeit unter diesem Mindestmaß, so waren (nur) die §§ 1159 ff ABGB heranzuziehen (Rz 2). Auf Abs 5 bzw die Arbeit für bloß vorübergehenden Bedarf bezog sich diese Bestimmung uE nach der Absicht des Gesetzgebers der Novelle BGBl 1992/833 nicht, womit diese Einschränkung für kurzfristige Beschäftigung ohnedies nicht gegeben war. **3**

Die mit BGBl I 2017/153 erfolgte Änderung fußt auf einer Anpassung an das Unionsrecht, da die Herausnahme von Teilzeitbeschäftigten aus dem Geltungsbereich des Kündigungsrechts des AngG eine (unmittelbare) Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten (bzw idR auch eine mittelbare Frauendiskriminierung) darstellte (allg vgl *Eichinger* in EAS B 4200 Rz 32 f mwN).

§ 40 sieht vor, dass die Regelungen des § 20 **Abs 2–5 einseitig zwingend** zu Gunsten des AN sind (s Rz 38 ff sowie allg § 40 Rz 1 ff, 13, 28 ff). § 20 Abs 1, der eine definierend-programmatische Abgrenzung von befristetem und unbefristetem Arbeitsverhältnis enthält, ist in der Aufzählung des § 40 nicht genannt. Grund dafür ist, dass sich derartige Norminhalte nur schwer in das typisch zivil- bzw arbeitsvertragsrechtliche Schema von zwingendem und dispositivem Recht bringen lassen. **4**

II. Kündigung

- 5 § 20 regelt in seinen Abs 1–4 nicht nur einige Fragen zur grundlegenden Beendigungsart der Kündigung (dazu Rz 11 ff, insb Rz 27 ff), sondern am Rande auch andere Beendigungsarten und deren Abgrenzung zur Kündigung (s Rz 6 ff).

A. Abgrenzung von anderen Beendigungsarten

- 6 § 20 Abs 1 spricht von Dienstverhältnissen, die „ohne Zeitbestimmung“ eingegangen oder fortgesetzt worden sind, und schränkt seine folgenden Bestimmungen somit auf Dienstverhältnisse ohne Zeitbestimmung ein. Das **Arbeitsverhältnis mit durch Befristung oder Bedingung begrenzter Dauer** ist in § 19 geregelt (zu den Begriffen Befristung und Bedingung vgl *Reissner* in *ZellKomm*³ § 19 AngG Rz 8, 48 ff). Ist demnach eine Befristungs- oder Bedingungsklausel vereinbart, so ist die Kündigung grundsätzlich ausgeschlossen (s § 19 Rz 30 ff). Ein solches Arbeitsverhältnis endet durch Eintritt des in der Klausel in Bezug genommenen Ereignisses automatisch. Allerdings kann auch für ein auf bestimmte Zeit eingegangenes Arbeitsverhältnis die Möglichkeit einer Kündigung vereinbart werden, sofern die zwingenden Bestimmungen über die Kündigung eingehalten werden sowie die Dauer der Befristung und die Möglichkeit einer Kündigung in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen (stRsp; zB OGH 9 ObA 21/13y, DRdA 2014, 64 = ARD 6337/5/2013; allg dazu § 19 Rz 33 ff).
- 7 Die Kündigung ist – wie die vorzeitige Lösung aus wichtigem Grund (zu dieser Rz 8 sowie allg § 25 Rz 5 ff) – ein einseitiger Beendigungsakt und in dieser Hinsicht von der **einvernehmlichen Lösung** des Dienstverhältnisses durch einen **Aufhebungsvertrag** abzugrenzen. Die einvernehmliche Lösung ist vom Willen beider Vertragspartner getragen (zur Abgrenzung von der einvernehmlichen Verkürzung oder Verlängerung der Kündigungsfrist nach Kündigung durch den AN Rz 30). Es bedarf also **übereinstimmender, fehlerfreier Willenserklärungen**, das Arbeitsverhältnis zu beenden (*Wachter*, FS Floretta 435 ff; *Ruß*, Einvernehmliche Auflösung 36 ff; OGH 8 ObA 34/05s, ARD 5660/9/2006; 9 ObA 56/14x, RdW 2014/734, 663; OLG Innsbruck 13 Ra 3/10d, ZAS-Judikatur 2011/12, 28; ASG Wien 22 Cga 177/12b, ARD 6377/6/2013; zur Aufhebung einer einvernehmlichen Lösung wegen Ausübung rechtswidrigen Drucks iSd § 870 ABGB s OGH 8 ObA 37/16y, DRdA-Infas 2016/153, 260). **Mangelnde Geschäftsfähigkeit** kann zu einer fehlerhaften Willenserklärung führen (vgl zB OGH 8 ObA 223/95, DRdA 1996/18, 224 [*Dullinger*]).

Dem Unterfertigen eines Kündigungsschreibens kommt – wie dem bloßen Schweigen – kein Erklärungswert zu. Aus der bloßen Unterfertigung kann nicht gefolgert werden, dass der von der Kündigung Betroffene damit sein Einverständnis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses iS einer einver-

nehmlichen Lösung gibt. Im Zweifel ist sie nur als Empfangsbestätigung zu werten (OGH 9 ObA 155/97b, DRdA 1997, 506), grundsätzlich kommt ihr wie dem Schweigen allein kein Erklärungswert zu. Auch das „Akzeptieren“ oder „Hinnehmen“ einer Kündigung bzw einer auf Lösung gerichteten Äußerung des AG stellt gem § 914 ABGB keine Willenserklärung des AN in Richtung einer einvernehmlichen Lösung dar (vgl ASG Wien 31 Cga 34/06f, ARD 5741/1/2007; 8 Cga 177/06s, ARD 5765/1/2007).

Arbeitet eine AN über einen von ihr gesetzten Kündigungsstermin hinaus weiter, ist entscheidend, ob der rechtsgeschäftliche Wille lediglich auf Abänderung des Endtermins der einseitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den AN gerichtet war oder auch eine Änderung des Auflösungsgrundes des durch die Kündigung bereits in das Auflösungsstadium versetzten Arbeitsverhältnisses eintreten sollte. Im folgenden Fall konnte die AG zB davon ausgehen, dass die AN die Kündigung zurücknehmen und diese zu einem späteren Termin aussprechen wollte: Die AN war als Kindergärtnerin beschäftigt und fügte dem Kündigungsschreiben bei, sie bleibe gerne bis zum Ende des Kindergartenjahres. Dies bekräftigte sie insoweit, als sie nach Kenntnis des Kündigungsstermins erklärte, dass sie bei richtiger Kenntnis der Rechtslage zu einem späteren Termin und nicht mitten während des Kindergartenjahres gekündigt hätte. Da die AG dieses Angebot angenommen hat, hat sich die Einigung der Parteien nur auf eine Verschiebung des Termins bezogen. Ausgehend davon blieb es aber bei der AN-Kündigung (OGH 9 ObA 97/11x, infas 2012 A 6).

Äußert ein Angestellter den Wunsch, sofort gekündigt zu werden, und setzt daraufhin der AG ein Schreiben auf, in welchem dem AN mitgeteilt wird, dass das Arbeitsverhältnis „mit 16.10.2003 gelöst“ und die „Kündigungsfrist im Einvernehmen mit 14 Tagen festgelegt“ werde (zu letzterer Gestaltung s gleich unten), so ist dies eine (zeitwidrige) AG-Kündigung und keine einvernehmliche Lösung (OLG Wien 10 Ra 127/08g, ARD 6002/1/2009).

Die Ankündigung des AG, den AN zu kündigen, sollte er nicht einer einvernehmlichen Lösung zustimmen, ist für sich genommen nicht zu beanstanden (OGH 9 ObA 157/07i, infas 2008 A 30; zu ähnlichen Situationen im Zusammenhang mit vom AG gewünschten Vertragsänderungen vgl Rz 66 f, zur Drohung im Zusammenhang mit AN-Kündigungen Rz 21).

Während die Kündigung das „natürliche“, das „ordnungsgemäße“ einseitige Ende eines Dauerschuldverhältnisses darstellt, ist die **vorzeitige Lösung aus wichtigem Grund** eine einseitige Art der Beendigung, die quasi unvorhergesehen und überraschend gesetzt wird. Der zentrale Unterschied zur Kündigung liegt darin, dass bei der vorzeitigen Lösung jedenfalls ein **Grund** für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Raum steht, und zwar in der Form, dass sich der Lösende auf einen wichtigen Grund zur Beendigung stützt oder

zumindest stützen will (dazu § 25 Rz 18 ff; zur Abgrenzung von AN-Kündigung und Austritt OGH 4 Ob 115/80, DRdA 1983/7, 104 [Fitz] = ZAS 1982/11, 91 [Jabornegg]; OLG Wien 8 Ra 43/09s, ARD 5984/7/2009; OLG Innsbruck 13 Ra 31/09w, ZAS-Judikatur 2010/102, 218). Aus der Definition des wichtigen Grundes, in deren Mittelpunkt die Unzumutbarkeit jedweder Vertragsfortsetzung steht, folgt, dass eine vorzeitige Lösung aus wichtigem Grund in aller Regel **fristlos** erfolgen muss (s § 25 Rz 40 ff, insb 42 ff). Durch das Fehlen einer Lösungsfrist unterscheidet sich diese Beendigungsart wiederum von der Kündigung, welche zumeist mit der Einhaltung von Fristen und Terminen verbunden ist (s Rz 27 ff).

In stRsp (OGH 9 ObA 332/89, RdW 1990, 264; 9 ObA 93/90; 9 ObA 186/98p; 9 ObA 294/98w, ARD 5037/7/99; 9 ObA 110/16s, ARD 6527/7/2016) wird judiziert, dass der AG mit dem Ausspruch einer Kündigung angesichts eines entlassungsrelevanten Sachverhalts unwiderruflich darauf verzichtet, aus diesem Sachverhalt einen Entlassungsgrund abzuleiten. Die Annahme eines schlüssigen Verzichts ist in diesem Zusammenhang jedoch problematisch. Man wird eher davon auszugehen haben, dass der AG durch seine Vorgangsweise zum Ausdruck bringt, dass für ihn kein die Weiterbeschäftigung während der Kündigungszeit unzumutbar machender Grund vorliegt (so zu Recht *Karl in Marhold/G. Burgstaller/Preyer* § 20 Rz 19).

Anders gelagert ist der Fall, dass ein zur vorzeitigen Lösung aus wichtigem Grund Berechtigter diese Lösung in die äußere Form einer Kündigung kleidet und dies für die Gegenseite erkennbar ist (OGH 9 ObA 111/15m, DRdA-Infas 2016/198, 328 [Tinhof]). Laut OGH (9 ObA 158/92, DRdA 1993/22, 220 [Mosler]; 9 ObA 106/02g; 9 ObA 85/03w, ARD 5517/2/2004; 8 ObA 57/15z, ARD 6486/13/2016) liege in einem solchen Fall zwar eine Kündigung vor, die beendigungsbedingten Ansprüche gebührten jedoch wie bei einer begründeten vorzeitigen Auflösung. Zu Recht meint *Mosler* (DRdA 1990, 196 f; *ders.*, DRdA 1993, 222; ihm folgend *Karl in Marhold/G. Burgstaller/Preyer* § 20 Rz 20), dass durch die vorzeitige Lösung unter Fristsetzung das Bestehen des wichtigen Grundes in Frage gestellt scheint (allg dazu § 25 Rz 37 ff). Er will die gegenständliche Befristung der vorzeitigen Lösung daher vor allem im Falle von Dauerzuständen zulassen.

Wurde eine **Kündigung** ausgesprochen, so ist das Nachschieben von Entlassungsgründen auf diese Erklärung nicht möglich, weil sich der grundsätzliche Inhalt der Beendigungsart nicht mehr ändern kann (OGH 9 ObA 16/88, ZAS 1990/24, 193 [Grassl-Palten]).

- 9 Schließlich ist die **Lösung während der Probezeit**, die insb in § 19 Abs 2 geregelt ist, eine weitere Beendigungsform eigener Art und somit von der Kündigung zu unterscheiden (s § 19 Rz 44 ff).
- 10 Die **Lösung eines Arbeitsverhältnisses auf vorübergehenden Bedarf** ist in § 20 Abs 5 geregelt (s Rz 71 ff).

B. Eigenschaften der Kündigung, Durchführung derselben

Aus § 20 ergeben sich im Wesentlichen die im Falle der Kündigung einzuhaltenen zeitlichen Modalitäten (Rz 27 ff). Sofern nicht eine Befristungsklausel vereinbart wurde (s § 19 Rz 1, 30), kann das Arbeitsverhältnis von jedem der beiden Vertragspartner durch Kündigung beendet werden. Andere Begriffsinhalte sind aus allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen abzuleiten (Rz 13 ff). 11

Die Kündigung ist eine **einseitige** (Rz 13), **empfangsbedürftige** (Rz 14 ff) **Willenserklärung** (Rz 21 ff), die im Allgemeinen **formfrei** (Rz 25) und **ohne Angabe eines Grundes** (Rz 26) getätigt werden kann und rechtsgestaltend insofern wirkt, als sie das Arbeitsverhältnis idR nach Ablauf einer bestimmten **Kündigungszeit** (Rz 27 ff) zur Auflösung bringt (vgl zB OGH 4 Ob 23/75, Arb 9350). 12

Die vom AG vorgenommene **Versetzung in den Ruhestand** ist rechtlich als Kündigung anzusehen (OGH 9 ObA 112/95, ZASB 1996, 5 = RdW 1996, 279; 9 ObA 106/97x, ZAS 1998/13, 148 [Tomandl] = Arb 11.627; 8 ObA 50/05v, ARD 5660/3/2006).

1. Einseitigkeit

Die Kündigung ist – anders als etwa die einvernehmliche Lösung (Rz 7) – ein **einseitiges Rechtsgeschäft** und kommt somit durch die Willenserklärung nur einer Partei zustande. Ihre rechtsgestaltende Wirkung entfaltet die Kündigung ohne Willenserklärung des Erklärungsgegners iS einer Zustimmung zur Kündigung. Aussagen eines gekündigten AN etwa dahingehend, er nehme die Kündigung nicht an, sind juristisch unerheblich. Eine Erklärung des von der Kündigung Betroffenen zur Kündigung ist nicht erforderlich (s auch Rz 7). 13

2. Empfangsbedürftigkeit

Wenn die Kündigung somit zwar nicht annahmbedürftig ist, so ist sie doch empfangsbedürftig. Damit sie wirksam werden kann, muss sie dem Adressaten der Erklärung zugehen. Der bloße Ausspruch der Kündigung genügt demnach nicht. Von einem **Zugang** ist dann zu sprechen, wenn die Erklärung in die „persönliche Sphäre“, in den „Machtbereich“ des Empfängers gelangt, sodass er von ihr Kenntnis nimmt oder zumindest Kenntnis nehmen könnte (OGH 8 Ob 673/88, JBl 1989, 174; 9 ObA 55/95, DRdA 1995, 419 = Arb 11.390; 9 ObA 106/97x, ZAS 1998/13, 148 [Tomandl] = Arb 11.627; dazu auch Reissner, DRdA 1995, 527 f mwN). 14

Unproblematisch ist in diesem Zusammenhang der Ausspruch der Kündigung **gegenüber dem anwesenden Vertragspartner**, indem diesem die Lösung mündlich mitgeteilt oder ein die Erklärung begleitendes Kündigungsschreiben übergeben wird. In einem solchen Fall sollte allerdings darauf geachtet werden, dass der Zugang der Kündigung im Nachhinein beweisbar ist. 15

Dazu kann der Ausspruch der Kündigung vor Zeugen erfolgen. Wird ein Kündigungsschreiben überreicht, kann die schriftliche Bestätigung der Übernahme des Schriftstücks verlangt werden. Wird diese verweigert, können der Übergabe wiederum Zeugen beigezogen werden. Schließlich kann einer mündlich ausgesprochenen Kündigung ein entsprechendes (deklaratives) Bestätigungsschreiben nachgereicht werden, welches als Beweismittel dienen kann.

- 16** Bei **Beendigungserklärungen unter Abwesenden**, dh Einschaltung von **Mittlern** zwischen den Arbeitsvertragspartnern (zB Post, Botendienst, Arbeitskollege, Familienangehöriger), trägt derjenige, der sich dieser Art der Weiterleitung seiner Erklärung bedient, das Risiko eines Unterbleibens oder einer Verzögerung des Zugangs (zu einer Lösungserklärung gegenüber dem Telefondienst des AG OLG Wien 9 Ra 111/04s, ARD 5545/5/2004). Als (rechtlich bedeutsame) Konsequenz kann eine Kündigung auf diese Weise zeitwidrig werden (vgl Rz 45 ff). Zu prüfen sind in diesem Zusammenhang zwei Umstände: Zuerst ist zu eruieren, wann der Zugang der Erklärung unter Abwesenden objektiv eintritt (Rz 17 f), danach ist festzulegen, unter welchen Voraussetzungen ein im Verhältnis zum tatsächlichen, objektiven Zugang früherer Empfang zu fingieren ist (Rz 19 f).
- 17** Der **Zugang tritt objektiv** betrachtet dann **ein**, wenn die **Erklärung** in die **persönliche Sphäre** des Erklärungsgegners gelangt und dieser die Erklärung **zur Kenntnis nehmen könnte oder nimmt**.

Wirft der **Briefträger** den Kündigungsbrief zur üblichen Zeit der Postzustellung in den Postkasten des Empfängers und nimmt dieser das Schreiben auch aus dem Postkasten, so tritt der Zugang wie vom Absender gewünscht ein (zum Nichtentleeren des Postkastens s Rz 19). Kommt es allerdings durch interne Probleme der Post erst zur Zustellung am nächsten oder übernächsten Tag, so geht die Kündigung entsprechend später zu. Dasselbe gilt, wenn ein Briefträger das Schreiben so spät am Abend einwirft, dass der AN den Postkasten erst am nächsten Tag entleert. Zu beachten ist, dass bei unüblich später Zustellung ein Zugang sehr wohl dann eintritt, wenn der Empfänger trotzdem den Brief aus dem Postkasten holt und liest. Bei der Frage des Zugangs einer Lösungserklärung kommt es nämlich im Grunde vorerst auf den tatsächlichen Verlauf der Dinge an (zu Zugangsfiktionen s Rz 19). Es ist aber auch klar, dass der Erklärende in derartigen Konstellationen häufig Beweisprobleme haben wird.

Im Falle eines **Einschreibbriefes** ist der Zugang gegeben, wenn der Erklärungsempfänger ihn vom Postboten unmittelbar übergeben bekommt. Wird der Brief jedoch wegen Abwesenheit des Adressaten beim Postamt hinterlegt, so ist zu bedenken, dass der AN die Behebung zumeist erst am nächsten Tag vornehmen kann; das Schreiben geht damit entsprechend verzögert zu (OGH 9 OBA 93/95, Arb 11.429; zur Nichtabholung des Einschreibbriefes s Rz 19).

Auch Kündigungsschreiben per **E-Mail** oder **SMS** können dem Erklärungsgegner zugehen, wenn dieser den elektronischen Brief tatsächlich abrufen kann. Ist er allerdings nicht in der Lage, einen vernetzten Computer zu benutzen, oder hat er das Mobiltelefon irgendwo zurückgelassen, so kann es zu nicht vorwerfbareren Verzögerungen beim Zugang kommen (zur mangelnden Wartung eines Fax-Anschlusses OGH 9 ObA 114/99a, Arb 11.884 und am Beispiel der Krankenstandsmeldung OGH 9 ObA 51/10f, JBl 2011, 468; zur Vorwerfbarkeit s Rz 19 f).

Als **persönliche Sphäre** ist ein Bereich anzusehen, in dem der von der Erklärung Betroffene eine gewisse Einflussnahme auf das weitere Schicksal der Erklärung hat. Es kann sein, dass ein Kündigungsschreiben – wie etwa bei Abwesenheit des Betroffenen vom gewöhnlichen Aufenthaltsort – die Sphäre des Erklärungsgegners verfehlt. So ist laut OGH (9 ObA 55/95, DRdA 1995, 419 = Arb 11.390) eine Differenzierung zwischen den postrechtlichen Bestimmungen, die die Zustellung regeln, und der Frage, wann nach materiellem Recht vom Zugang einer Willenserklärung auszugehen ist, geboten. Nicht in jedem Fall, in dem postrechtlich die Abgabe der Sendung an eine andere Person als den Empfänger zulässig ist, kann unterstellt werden, dass die Sendung damit dem Empfänger auch zugegangen ist. Mit der Abgabe einer Sendung an den Angehörigen einer Krankenanstalt beispielsweise ist das Poststück noch keineswegs in den Machtbereich des Empfängers gelangt. Ebenso ist der Fall denkbar, dass ein Schreiben zwar – anders als im angeführten Beispiel – die Sphäre erreicht, aber vom Erklärungsgegner ohne dessen Verschulden nicht zur Kenntnis genommen werden kann, weil er zB bewusstlos oder völlig geschäftsunfähig iSd § 865 S 1 ABGB ist. In derartigen Fällen muss die Kündigung dem gesetzlichen Vertreter zugehen, genauso wie bei Unauffindbarkeit des Betroffenen ein Abwesenheitskurator zu bestellen sein wird. 18

Eine Beendigungserklärung unter Abwesenden wird auch **bei Nichtvorliegen der** in den Rz 17 f umschriebenen **objektiven Voraussetzungen als zugegangen angesehen**, wenn bei Betrachtung der subjektiven Situationen von Erklärendem und potenziellem Empfänger der Erklärung das **Unterbleiben** des Zugangs dem **Adressaten erheblich vorwerfbar** ist. Der AN entzieht sich hier wider Treu und Glauben dem nach den „Gepflogenheiten“ normalerweise möglichen Zugang der Kündigungserklärung. Der **Zugang** wird daher in diesen Konstellationen **fingiert**. Die Zugangsfiktion beginnt bei einfachen Fällen der sog **Zugangsvereitelung**, bei denen etwa ein AN, weil er ahnt, dass er gekündigt werden wird, die Weisung, ins Personalbüro zu kommen, nicht befolgt (ähnlich OGH 8 ObA 254/94, Arb 11.195 = EvBl 1995/43; 9 ObA 114/99a, Arb 11.884 = ARD 5127/13/2009) oder sich trotz Ersuchens eines Kollegen, auf den zuständigen Vorgesetzten zu warten, entfernt (OGH 9 ObA 5/13w, DRdA 2013, 533 = ARD 6337/4/2013), den Hauspostkasten nicht entleert, 19

einen Einschreibbrief trotz Hinterlegungsanzeige nicht behebt (LG Feldkirch Cga 13/82, Arb 10.172) oder den Anrufbeantworter einschaltet und die Hausklingelanlage abschaltet (OGH 8 ObA 37/06h, infas 2006 A 82). Allgemein kann man davon ausgehen, dass ein AN, der durch eine von ihm geschaffene Situation absichtlich verhindert, dass der AG ihm die Kündigung erklären kann, den Zugang der Kündigung wider Treu und Glauben vereitelt und so zu behandeln ist, als ob er die Erklärung rechtzeitig empfangen hätte. Die Verpflichtung, für die Möglichkeit des Zugangs vorzusorgen, ist umso stärker zu gewichten, je eher mit der Möglichkeit der Kündigung zu rechnen ist (OGH 9 ObA 5/13w, DRdA 2013, 533 = ARD 6337/4/2013).

Ebenso erheblich vorwerfbar handelt ein AG, der wegen wirtschaftlicher Probleme untertaucht, sodass am Sitz des Unternehmens niemand erreichbar ist. Weiters wird der Zugang einer Beendigungserklärung an den AG fingiert, wenn eine Kapitalgesellschaft vorübergehend über kein vertretungsbefugtes Organ verfügt, dem gegenüber man eine Erklärung wirksam abgeben könnte (OGH 9 ObA 78/97d, DRdA 1998/11, 118 [Geist]).

- 20 Schwieriger zu beurteilen sind Fälle, in denen der AN zwischenzeitlich seinen **Wohnort gewechselt** hat. Die Pflicht zur Bekanntgabe eines Wohnungswechsels folgt bei gewissen AN aus Treuepflichten (Beistandspflicht von AN, bei denen die jederzeitige Erreichbarkeit vorauszusetzen ist, wie zB von Betriebsleitern), daneben kann eine solche im Arbeitsvertrag verankert sein. In derartigen Fällen ist der Sorgfaltsmaßstab für den AN erhöht (vgl ASG Wien 29 Cga 34/01h, Arb 12.136), wobei die Zugangsfiktion aber auch hier nicht unbedingt anzunehmen ist, so etwa dann nicht, wenn dem AG das Ausforschen des tatsächlichen Aufenthaltsortes leicht möglich und damit zumutbar gewesen wäre, während dem AN die Gesetzes- oder Vertragsverletzung nicht besonders vorwerfbar ist (vgl auch OGH 9 ObA 106/97x, ZAS 1998/13, 148 [Tomandl] = Arb 11.627).

Ähnlich zu behandeln sind Fälle des Nichtzugangs wegen **vorübergehender Abwesenheit von Wohnung** oder **gewöhnlichem Aufenthaltsort**. Eine Zugangsfiktion ist beispielsweise keinesfalls vertretbar, wenn der AN dienstbedingt nicht zu Hause ist (vgl OGH 9 ObA 147/03p, infas 2004 A 41). Im Falle einer Urlaubsreise ist zu prüfen, ob der AN aus Beistandspflicht oder Vertrag zur Bekanntgabe einer Urlaubsadresse verhalten ist; ist dies nicht der Fall, kommt eine Zugangsfiktion nicht in Betracht, ansonsten kann sich, muss sich aber nicht eine Interessenlage ergeben, die die Annahme eines Zugangs rechtfertigt. Das erhöhte Risiko eines Nichtzugangs der Kündigungserklärung während des Urlaubs trägt jedenfalls der lösende AG.

3. Willenserklärung

- 21 Die Kündigung ist eine Willenserklärung. Der Lösende ist daher, sofern sie nicht mit Willensmängeln behaftet ist, gegenüber dem Erklärungsgegner **an**