

## I. Allgemeines

Das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist eine zivilrechtliche Vereinbarung, die bestimmten rechtlichen Rahmenbedingungen unterliegt. Arbeitsverhältnisse können nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zwar frei vereinbart werden, ihre Beendigung unterliegt aber besonderen gesetzlichen, kollektivvertraglichen und auch einzelvertraglichen Schranken. Generell gilt, dass Arbeitsverhältnisse der Kündigungsfreiheit unterliegen und daher auch jederzeit aufgekündigt werden können. Unter bestimmten Voraussetzungen kann eine Beendigung aber rechtsunwirksam sein oder bestimmte Ansprüche des Arbeitnehmers (oder auch des Arbeitgebers) nach sich ziehen; bspw dann, wenn der Arbeitnehmer – ohne einen Entlassungsgrund gesetzt zu haben – entlassen wird. Der Gesetzgeber und die Kollektivvertragsparteien haben die Beendigung von Arbeitsverhältnissen in einem gesetzlichen und kollektivvertraglichen Rahmen reguliert. So ist in Betrieben, in denen sich ein Betriebsrat konstituiert hat, dieser vor Ausspruch einer Kündigung zwingend zu konsultieren und bestehen darüber hinaus umfassende kündigungs- und entlassungsschutzrechtliche Bestimmungen. **2.1**

Arbeitsverhältnisse können in unterschiedlicher Art und Weise beendet werden. Bei den unbefristeten Arbeitsverhältnissen – dh bei Arbeitsverhältnissen, die für unbestimmte Zeit abgeschlossen wurden – kann zwischen einer natürlichen und einer vorzeitigen Beendigung unterschieden werden. Eine natürliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegt dann vor, wenn der Arbeitnehmer verstirbt oder in die Alterspension übertritt. Es bedarf in diesen Fällen keines Beendigungsausspruchs. Eine vorzeitige Beendigung liegt vor, wenn das Arbeitsverhältnis durch Kündigung, Entlassung, vorzeitigen Austritt oder einvernehmliche Auflösung endet. **2.2**

Bei zeitlich befristeten Arbeitsverhältnissen endet das Arbeitsverhältnis grundsätzlich durch Zeitablauf. Allerdings besteht auch hier die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis vorzeitig zu beenden. **2.3**

Die Art der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat Auswirkung auf unterschiedliche Bereiche und Aspekte. Zum einen endet das Arbeitsverhältnis bei der Entlassung und beim vorzeitigen Austritt unverzüglich, während bei der Kündigung zwischen Ausspruch der Kündigung und dem Beendigungszeitpunkt ein bestimmter Zeitraum (Kündigungsfrist) liegt. Die Art der Beendigung hat ferner für Arbeitnehmer, die sich noch im System Abfertigung „alt“ befinden, Auswirkung darauf, ob eine Abfertigung überhaupt zusteht (vgl Rz 3.58 ff). Ähnliches gilt für Ansprüche gegenüber dem AMS oder für bestimmte nachvertragliche Verpflichtungen, wie etwa Konkurrenzklauseln. **2.4**

In den folgenden Kapiteln werden die einzelnen Beendigungsarten und die daran anknüpfenden rechtlichen Folgen dargestellt. Von zentraler Bedeutung sind die Kündigung und die Entlassung. Beide Beendigungsvarianten sind häufig Ausgangspunkt arbeitsrechtlicher Auseinandersetzungen. **2.5**

## II. Die Kündigung

Ein Arbeitsverhältnis kann sowohl vom Arbeitgeber als auch vom Arbeitnehmer aufgekündigt werden. Von Ausnahmefällen abgesehen – etwa bei bestandsgeschützten Arbeitsverhältnissen – bedarf der Ausspruch der Kündigung keiner Begründung. Es besteht da-

her ein freies Kündigungsrecht. Der Gesetzgeber hat das Kündigungsrecht allerdings an bestimmte Voraussetzungen und Regularien gebunden. So bewirkt der Ausspruch der Kündigung im Regelfall noch nicht die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, sondern löst zunächst die Kündigungsfrist aus. Das Arbeitsverhältnis endet erst nach Ablauf der Kündigungsfrist. Es muss daher zwischen dem Kündigungsausspruch und der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses unterschieden werden.

- 2.7** Der Arbeitgeber muss nicht begründen, weshalb er das Arbeitsverhältnis aufkündigt. Lediglich bei den bestandsgeschützten Arbeitsverhältnissen ist der Ausspruch der Kündigung nur aus bestimmten im Gesetz angeführten Gründen möglich (vgl Rz 2.207 ff). Kündigt der Arbeitnehmer selbst, muss er die Kündigung ebenso wenig begründen.
- 2.8** Das Kündigungsrecht unterscheidet, ob die Kündigung vom Arbeitgeber (Arbeitgeberkündigung) oder vom Arbeitnehmer (Arbeitnehmerkündigung) ausgesprochen wird. Die Unterscheidung, welche der Arbeitsvertragsparteien die Kündigung ausgesprochen hat, ist von wesentlicher Bedeutung, weil sich daran unterschiedliche Rechtsfolgen knüpfen können.

### Beispiel

Exemplarisch können folgende Unterschiede und damit verbundene unterschiedliche Rechtsfolgen zwischen der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerkündigung dargestellt werden:

- Es können unterschiedliche Kündigungsfristen und unterschiedliche Beendigungstermine bestehen.
- Der Arbeitgeber muss – wenn ein Betriebsrat eingerichtet ist – den Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung einbinden; der Arbeitnehmer unterliegt diesen Einschränkungen nicht.
- Bestandsgeschützte Arbeitsverhältnisse können vom Arbeitgeber nur nach Zustimmung des Arbeitsgerichts – oder bei begünstigten Behinderten nach Zustimmung des beim Sozialministeriumservice eingerichteten Behindertenausschusses<sup>1</sup> – gekündigt werden (vgl Rz 2.285 ff). Kündigt der bestandsgeschützte Arbeitnehmer, bestehen keine Einschränkungen der Kündigungsfreiheit.
- Arbeitnehmer, die der Abfertigung „alt“ unterliegen, erhalten keinen Abfertigungsanspruch, wenn sie selbst kündigen, hingegen aber schon, wenn sie vom Arbeitgeber gekündigt werden (vgl Rz 3.58 ff).
- Auch bei nachvertraglichen Bestimmungen, wie etwa bei Konkurrenzklauseln, kommt es für die Anwendbarkeit der nachvertraglichen Bestimmung darauf an, welche Arbeitsvertragspartei die Kündigung ausgesprochen hat (vgl Rz 3.209 ff).

### A. Arbeitgeber- und Arbeitnehmerkündigung

- 2.9** Es bestehen – wie oben bereits ausgeführt – erhebliche Unterschiede, ob eine Kündigung vom Arbeitgeber oder vom Arbeitnehmer ausgesprochen wird. Der Gesetzgeber unterscheidet in diesem Zusammenhang bewusst zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerkündigung. Diese Unterscheidung ist insofern konsequent, weil die Gewichtung eines Arbeitsverhältnisses im Regelfall einen asymmetrischen Charakter zu Lasten des Arbeitnehmers aufweist. So steht der Arbeitnehmer, dessen wirtschaftliche Existenz oftmals

---

<sup>1</sup> Das Sozialministeriumservice ist eine Behörde des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz. Bis 31. 5. 2014 war der Behindertenausschuss beim Bundessozialamt eingerichtet.

maßgeblich vom aufrechten Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängt, mitunter unter wirtschaftlichem Druck, während auf Arbeitgeberseite das einzelne Arbeitsverhältnis vielfach nur eine geringe wirtschaftliche Bedeutung hat; Kleinbetriebe mögen hier eine Ausnahme bilden. Die Mechanismen der arbeitsrechtlichen Regelungen versuchen dieses Ungleichgewicht auszugleichen. So ist der Arbeitgeber bei Bestehen eines Betriebsrats vor Ausspruch der Kündigung verpflichtet, diesen über die beabsichtigte Kündigung zu informieren, und bestehen in einem bestimmten Ausmaß auch Mitwirkungsmöglichkeiten des Betriebsrats (vgl Rz 2.31 ff).

Auf der anderen Seite bestehen auch für den Arbeitnehmer unterschiedliche Rechtsfolgen, die davon abhängen, ob er selbst kündigt oder vom Arbeitgeber gekündigt wird. Besonders deutlich wird dies am Beispiel der Abfertigung „alt“ (vgl Rz 3.58 ff): **2.10**

### Beispiel

Gleichwohl das Abfertigungsrecht durch die Abfertigung „neu“ von Grund auf reformiert wurde, bestehen faktisch noch zahlreiche Arbeitsverhältnisse, die dem System Abfertigung „alt“ unterliegen. Da Arbeitsverhältnisse, die nach dem 1. 1. 2003 begonnen haben, dem System Abfertigung „neu“ unterliegen, handelt es sich bei Arbeitsverhältnissen im System Abfertigung „alt“ zwangsläufig um Arbeitsverhältnisse, bei denen der Arbeitnehmer eine entsprechend hohe Anzahl an Dienstjahren aufweist.

Der Unterschied zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerkündigung zeigt sich bei der Abfertigung „alt“ darin, dass der Abfertigungsanspruch davon abhängt, auf welche Art das Arbeitsverhältnis beendet wurde. Kündigt ein Arbeitnehmer im System Abfertigung „alt“ selbst (wird er entlassen oder tritt er unberechtigt vorzeitig aus), verliert er seine Abfertigungsansprüche. Wird er hingegen vom Arbeitgeber gekündigt, behält er die Abfertigungsansprüche und der Arbeitgeber hat diese auszubezahlen. Im äußersten Fall (ab 25 Dienstjahren) verliert (oder erhält) der Arbeitnehmer Abfertigungsansprüche im Ausmaß von zwölf Monatsentgelten. Der Unterschied zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerkündigung kann – finanziell gesehen – daher bis zu ein ganzes Jahresentgelt betragen.

### 1. Ausspruch der Kündigung

Die höchstgerichtliche Rechtsprechung definiert eine Kündigung als eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die darauf abstellt, ein auf unbestimmte Dauer eingegangenes Arbeitsverhältnis zu beenden.<sup>2</sup> Die Einseitigkeit der Kündigung unterstreicht den Umstand, dass eine Kündigung auch gegen den Willen der anderen Arbeitsvertragspartei ausgesprochen werden kann. Die Kündigungserklärung muss dem Adressaten zugehen und ist damit empfangsbedürftig, andernfalls keine Wirksamkeit der Kündigung vorliegt. **2.11**

Die Empfangsbedürftigkeit der Kündigung darf nicht mit einer Annahmepflicht verwechselt werden. Es ist ausreichend, wenn die Kündigungserklärung in den Machtbereich des Adressaten gelangt, wobei es nicht darauf ankommt, dass der Adressat die Kündigung auch persönlich erhalten hat. Entscheidend ist, dass der Adressat die Möglichkeit hatte, die Kündigungserklärung zur Kenntnis zu nehmen.<sup>3</sup> Die Kündigungserklärung gilt dem Adressaten dann als zugegangen, wenn die Kenntnisnahme des Adres-

---

<sup>2</sup> RIS-Justiz RS0028555; OGH 9 ObA 73/10s; 9 ObA 180/07x.

<sup>3</sup> RIS-Justiz RS0014076.

saten unter normalen Umständen erwartet werden kann und Störungen, die dem Zugang entgegenstehen, nur im Lebensbereich des Adressaten möglich sind. Die absichtliche Verhinderung des Zugangs durch den Empfänger – bspw durch das Verweigern der Annahme der Post, das Nichtabrufen von E-Mails bzw ganz allgemein durch Verweigerung von jeglicher Kommunikation – ändert daher nichts an der Rechtswirksamkeit des Empfangs der Kündigungserklärung.<sup>4</sup> Wenn die Kündigung in den Machtbereich des Adressaten gelangt ist, dieser die Kündigung aber nicht zur Kenntnis genommen hat, gilt die Kündigung dennoch als ausgesprochen; man spricht in diesem Zusammenhang von der Zustellfiktion.<sup>5</sup>

### Beispiel

Es entspricht einem immer wieder anzutreffenden Irrtum, dass eine Kündigung nicht wirksam erklärt worden wäre, weil der Empfänger die Kündigungserklärung zB nicht unterschrieben hat. Tatsächlich ist es aber vollkommen unerheblich, ob der Kündigungsadressat den Empfang der Kündigung quittiert, da die Quittierung den Empfang lediglich dokumentieren würde. Dies zeigt sich auch daran, dass eine Kündigung selbst mündlich wirksam ausgesprochen werden kann, sofern besondere gesetzliche oder kollektiv- bzw einzelvertragliche Bestimmungen nicht zwingend die Schriftlichkeit einer Kündigung vorsehen.

- 2.13** Die Kündigung gilt zu jenem Zeitpunkt als zugegangen, in dem sie dem Empfänger zur Kenntnis gelangt bzw diesem tatsächlich zugegangen ist. Das Risiko, ob die Kündigungserklärung auch ordnungsgemäß zugeht, liegt stets beim Absender.<sup>6</sup> In der Praxis ist dies vor allem bei schriftlichen bzw postalisch zugestellten Kündigungen von Bedeutung. In jenen Fällen, in denen der Empfänger die Annahme aber verweigert, gilt die Kündigung zu jenem Zeitpunkt als zugegangen, in dem sie bei einem ordnungsgemäßen Verlauf dem Gekündigten zugegangen wäre. Es liegt auf der Hand, dass es bei Fragen der Zustellfiktion stets auf den Einzelfall bzw auf die jeweilige Zustellungsmodalität ankommt.<sup>7</sup>
- 2.14** Während bei elektronischen Zustellungen auf § 12 ECG Bezug genommen werden kann, wonach elektronische Erklärungen – bspw per E-Mail – dann als zugestellt gelten, wenn sie die Partei, für die sie bestimmt sind, unter gewöhnlichen Umständen abrufen kann, gilt sinngemäß wohl Gleiches bei der postalischen Zustellung. In der Praxis bedeutet dies, dass eine schriftliche Kündigung, die bspw an einem Sonntag verfasst und abgesendet wird, frühestens erst am folgenden Montag als zugegangen qualifiziert werden kann.
- 2.15** Wird das Kündigungsschreiben postalisch übermittelt, reicht eine eingeschriebene Sendung allein nicht aus, um den Zugang des Schreibens tatsächlich auch nachweisen zu können.<sup>8</sup> Selbstverständlich ist die Kündigungserklärung zwar wirksam, wenn sie der Empfänger erhalten hat; die Beweislast, dass die Kündigungserklärung tatsächlich zugegangen ist, liegt aber beim Absender.

---

4 RIS-Justiz RS0014071; OGH 9 ObA 349/98h; 8 ObA 254/94.

5 RIS-Justiz RS0028636; OGH 9 Ob 52/10b; 4 Ob 46/84.

6 RIS-Justiz RS0047277; OGH 9 ObA 73/10s.

7 RIS-Justiz RS0014083; OGH 7 Ob 55/02t.

8 OGH 3 Ob 69/10h; 7 Ob 24/09v.

### Praxistipp

Um die postalische Übermittlung bzw den Zugang des Kündigungsschreibens auch unter Beweis stellen zu können, sollte die eingeschriebene Sendung, wenn sie bei der Österreichischen Post AG aufgegeben wird, mit „Rückschein“ erfolgen. Der Rückschein wird dem Absender zur Bestätigung des Empfangs retourgesandt und liegt dem Absender somit eine Übernahmebestätigung vor.

Wird das Schreiben lediglich „einfach“ eingeschrieben und will der Absender zu einem späteren Zeitpunkt den Zustellnachweis bei der Post ausheben, kann es sein, dass der Nachweis nicht mehr vorliegt, weil die Sendungsverfolgung nur für bestimmte Zeit gespeichert wird. Durch den Rückschein kann auch unter Beweis gestellt werden, dass die Kündigung postalisch hinterlegt und damit in den Machtbereich des Adressaten gelangt ist.

Der Ausspruch der Kündigung kann im Normalfall vollkommen formlos bzw auch **2.16** mündlich erfolgen. Kollektivverträge oder Arbeitsverträge können aber vorsehen, dass die Kündigung zwingend schriftlich erfolgen muss. Ebenso bestehen bestimmte gesetzliche Ausnahmen bzw Schriftformerfordernisse; so zB bei Theaterangestellten gem § 25 Abs 3 TAG oder bei Vertragsbediensteten gem § 32 Abs 1 VBG (vgl Rz 3.26).

Ist ein Schriftformerfordernis bei der Kündigung vorgesehen, soll dieses gewährleistet, **2.17** dass aus dem Schriftstück der Inhalt der Erklärung, die abgegeben werden soll, und die Person, von der sie ausgeht, hinreichend und zuverlässig entnommen werden können. Der OGH hat daher ein vom Arbeitgeber über „WhatsApp“ übermitteltes Foto des schriftlichen und vom Arbeitgeber unterfertigten Kündigungsschreibens im Sinne des (im bezughabenden Kollektivvertrag vorgesehenen) Schriftformgebots als nicht ausreichend qualifiziert; dies vor allem deshalb nicht, weil das Foto vom Empfänger ohne weitere Ausstattung und ohne technisches Wissen nicht ausgedruckt werden kann und nicht gewährleistet ist, dass der Inhalt der Erklärung je nach Qualität und Displaygröße des Mobiltelefons zuverlässig erfasst werden kann.<sup>9</sup>

### Praxistipp

Auf Arbeitgeberseite sollte die Kündigung des Arbeitnehmers immer schriftlich erfolgen. Wenn das Kündigungsschreiben dem zu Kündigenden direkt überbracht wird, sollte der Empfang des Kündigungsschreibens schriftlich bestätigt werden. Insb dann, wenn ein bestimmter Kündigungstermin eingehalten werden soll, der Zugang des Kündigungsausspruchs aber zeitlich knapp werden könnte, kommt es auf den tatsächlichen Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs entscheidend an, damit sich der Beendigungstermin nicht weiter nach hinten verschiebt. In diesen Fällen kommt der Schriftlichkeit eine wichtige Beweiskraft zu, zumal das Übermittlungsrisiko beim Absender liegt.

Wenn die Kündigung per E-Mail versendet wird, kann bspw der Erhalt einer Lesebestätigung eingestellt werden, sofern davon ausgegangen werden kann, dass der Adressat seine E-Mails persönlich abrufen (zur postalischen Übermittlung vgl den vorherigen Praxistipp).

Wenn die Kündigung mündlich ausgesprochen wird oder der zu Kündigende das Kündigungsschreiben nicht bestätigen will, ist es ratsam, den Kündigungsausspruch oder die Übergabe des Kündigungsschreibens in einem Aktenvermerk festzuhalten und/oder einen Zeugen hinzuzuziehen.

---

<sup>9</sup> OGH 9 ObA 110/15i.

- 2.18** Die Kündigungsfrist und der Kündigungstermin sind begrifflich vom Ausspruch der Kündigung zu unterscheiden. Es empfiehlt sich zwar, den Kündigungstermin – also den tatsächlichen Beendigungszeitpunkt – beim Ausspruch der Kündigung zu nennen; eine gesetzliche Verpflichtung besteht dazu allerdings nicht. Wird der Kündigungstermin nicht genannt, gilt das Arbeitsverhältnis jedenfalls zum nächstmöglichen Beendigungszeitpunkt als beendet.<sup>10</sup>
- 2.19** Der Ausspruch der Kündigung verlangt grundsätzlich auch keine Erklärung darüber, weshalb das Arbeitsverhältnis aufgelöst werden soll. Ausnahmen bestehen jedoch bei bestandsgeschützten Arbeitsverhältnissen, die überhaupt nur aus bestimmten – im Gesetz definierten – Gründen aufgelöst werden können (vgl Rz 2.207 ff). Hier ist das Vorliegen eines bestimmten Kündigungsgrundes Voraussetzung für den Ausspruch der Kündigung, weil die Kündigung nur nach Zustimmung durch das Arbeitsgericht (oder durch das Sozialministeriumservice bei begünstigten Behinderten) ausgesprochen werden kann und diese Zustimmung nur bei bestimmten Gründen erteilt wird.
- 2.20** Auch bei nicht-bestandsgeschützten Arbeitsverhältnissen kann das Vorliegen eines Kündigungsgrundes entscheidungswesentlich sein, gleichwohl die Begründung im Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs nicht genannt werden muss. Dies gilt bspw für jene Fälle, bei denen die Kündigung wegen Sozialwidrigkeit angefochten wird (vgl Rz 2.131 ff) und eine wesentliche Interessenbeeinträchtigung des Arbeitnehmers vorliegt. In diesen Fällen ist die Kündigung dennoch gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber das Vorliegen eines gesetzlichen Kündigungsgrundes nachweisen kann (vgl Rz 2.162 ff).
- 2.21** Des Weiteren ist der Kündigungswille von der Kündigungsabsicht zu unterscheiden. Die Kündigungsabsicht stellt nämlich noch keinen Ausspruch der Kündigung dar und lässt das Arbeitsverhältnis daher unbeschadet aufrechtbleiben. In der Praxis kann die Trennlinie zwischen Kündigungswillen und Kündigungsabsicht schwer erkennbar sein, zumal die Kündigungserklärung formlos erfolgen kann.

### Beispiel

Die höchstgerichtliche Rechtsprechung hat die Äußerung eines Arbeitnehmers, dass er das Arbeitsverhältnis auflösen wolle, nicht als Kündigungswillen interpretiert und geht davon aus, dass im Zweifel nicht mehr als eine bloße Absichtserklärung vorliegt, die Äußerung aber als Anbot zur einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu verstehen sein wird.<sup>11</sup>

- 2.22** Das Kündigungsrecht wird weder durch Krankenstand, sonstige Dienstverhinderungen noch durch aufrechten Urlaub des zu Kündigenden eingeschränkt. Die Abwesenheit schützt daher nicht vor dem wirksamen Ausspruch der Kündigung. Allerdings gibt es bei diesen Konstellationen Besonderheiten zu beachten:
- 2.23** Befindet sich der Arbeitnehmer im Krankenstand und wird er gekündigt, behält er gem § 5 EFZG – sowie für Angestellte gem § 9 Abs 1 AngG – auch über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus seinen Anspruch auf Fortzahlung des Krankentgelts. Da es bei der Ermittlung des Anspruchs auf Krankengeld ua darauf ankommt, wann das neue Arbeits-

---

<sup>10</sup> OGH 4 Ob 138/81.

<sup>11</sup> OGH 8 ObA 40/98k.

jahr beginnt, hat sich die höchstgerichtliche Rechtsprechung damit auseinandergesetzt, ob ein neuer gesetzlicher Anspruch auf Krankenentgelt entsteht, wenn der Zeitpunkt des Beginns eines neuen Anspruchs auf Krankenentgelt in den noch andauernden Krankenstand fällt, aber das Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt bereits beendet wurde. Der OGH ist in dieser Frage von seiner früheren Rechtsprechung abgewichen<sup>12</sup> und postuliert nunmehr, dass § 5 EFZG trotz fortdauernden Krankenstands keine geeignete Grundlage ist, einen neuen Entgeltfortzahlungsanspruch entstehen zu lassen, wenn das Arbeitsverhältnis vor Beginn des neuen Arbeitsjahres endet.<sup>13</sup>

Tritt der Arbeitnehmer erst nach Ausspruch der Kündigung – also während der Kündigungsfrist – in den Krankenstand, endet der Anspruch auf Krankenentgelt gem § 9 Abs 3 AngG spätestens mit dem tatsächlichen Beendigungszeitpunkt. **2.24**

Befindet sich der Arbeitnehmer im Urlaub, kann die Kündigung zwar wirksam ausgesprochen werden, allerdings besteht für den Arbeitgeber letztlich das Risiko, dass die Kündigungserklärung dem Arbeitnehmer während des Urlaubs nicht zugeht. Im Zweifel ist gemäß der höchstgerichtlichen Rechtsprechung davon auszugehen, dass eine schriftliche Kündigungserklärung erst nach der Urlaubsrückkehr des Arbeitnehmers diesem auch zugegangen ist.<sup>14</sup> **2.25**

### Praxistipp

Der Arbeitgeber sollte besonderes Augenmerk darauf legen, dass die Kündigung dem im Urlaub befindlichen Arbeitnehmer auch nachweislich zugestellt wird. Dies gilt umso mehr, wenn der Arbeitgeber darüber Kenntnis hat, dass der Arbeitnehmer in seinem Urlaub verreist ist und die Kündigung am Urlaubsort zur Kenntnis gebracht werden soll.

Die Kündigung kann dem im Urlaub befindlichen und verreisten Arbeitnehmer bspw dadurch wirksam zugehen, dass der zu Kündigende angerufen wird, wobei die Kündigung zu Beweis-zwecken unter Anwesenheit eines Zeugen ausgesprochen werden sollte.

Ebenso kann dem zu Kündigenden ein E-Mail (mit eingerichteter Lesebestätigung) gesendet werden, wenn bekannt ist, dass dieser seine E-Mails auch im Urlaub und persönlich abrufen. Nicht zielführend wäre aber eine postalische Zustellung an die Wohnadresse des zu Kündigenden, wenn bekannt ist, dass dieser für längere Zeit verreist ist.

Hat der Arbeitnehmer die Kündigung während seines Urlaubs tatsächlich erhalten und fällt das Ende des Arbeitsverhältnisses noch in die Urlaubszeit des Arbeitnehmers, ist die Kündigung als zeitwidrig zu qualifizieren und stehen dem Arbeitnehmer Schadenersatzansprüche in Form einer Kündigungsentschädigung zu, weil in diesem Fall der eigentliche Urlaubszweck – nämlich die Erholung des Arbeitnehmers – vereitelt wird. Das Arbeitsverhältnis gilt zwar zum eigentlichen Kündigungstermin als beendet, allerdings hat der Arbeitnehmer in diesem Fall Anspruch auf Kündigungsentschädigung für jenen Zeitraum, der zwischen dem Kündigungstermin und dem (fiktiven) Ende des Urlaubs liegt.<sup>15</sup> **2.26**

12 OGH 9 ObA 115/05k.

13 OGH 9 ObA 36/10z.

14 OGH 9 ObA 73/10s.

15 RIS-Justiz RS0028138; OGH 9 ObA 16/88.

### 2. Widerruf der Kündigung

- 2.27** Der Ausspruch der Kündigung ist bindend. Der Kündigende kann daher die Kündigung ohne Zustimmung des Gekündigten nachträglich nicht zurückziehen.<sup>16</sup> Lediglich in bestimmten Fällen hat die höchstgerichtliche Rechtsprechung Ausnahmen von diesem Grundsatz anerkannt; bspw dann, wenn die Kündigung im Affekt – etwa in einem Streitgespräch – ausgesprochen, aber sofort wieder zurückgenommen wurde.<sup>17</sup> Stimmt die gekündigte Vertragspartei der Rücknahme der Kündigung zu, gilt das Arbeitsverhältnis weiterhin als aufrecht. Selbiges gilt, wenn das Arbeitsverhältnis nach Ausspruch der Kündigung und nach Ablauf des Beendigungszeitpunkts unverändert bzw faktisch fortgesetzt wird.
- 2.28** In der Praxis stellt sich immer wieder die Frage, ob die Kündigung eines Arbeitnehmers rechtsgültig zustande gekommen ist, wenn dieser behauptet, dass er die Kündigung gar nicht aussprechen wollte, weil er sich im Zeitpunkt seines Kündigungsausspruchs unter Druck gesetzt gefühlt hat. Vor dem Hintergrund, dass die Kündigung eine einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung darstellt, kann die Kündigung nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen widerrufen werden, wenn der Kündigende Willensmängel behauptet. Die Anfechtung kann sich daher auf § 870 ABGB stützen; demnach ist, wer von dem anderen Teil durch List oder durch ungerechte und unbegründete Furcht zu einem Vertrag veranlasst worden ist, nicht verpflichtet, diesen auch einzuhalten. Die genannte Bestimmung bezieht sich auch auf sog „sonstige Willenserklärungen“ bzw auf den Ausspruch einer Kündigung.<sup>18</sup>

#### Beispiel

Wenn der Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer Strafanzeige eingebracht hat und die Rückziehung der Strafanzeige für den Fall verspricht, dass der Arbeitnehmer selbst kündigt, kann sich der Arbeitnehmer auf die Unwirksamkeit der Selbstkündigung berufen, wenn die Drohung des Arbeitgebers einer objektiven Grundlage entbehrt.<sup>19</sup> Mit anderen Worten ist eine Arbeitnehmerkündigung, die wegen ungerechtfertigter Druckausübung des Arbeitgebers erfolgt, mit einem Willensmangel behaftet.

- 2.29** Der Arbeitgeber ist aber berechtigt, mit der Entlassung oder der Strafverfolgung des Arbeitnehmers zu drohen, wenn zum Zeitpunkt der Drohung plausible und objektive Gründe für den Ausspruch der Entlassung oder für das Vorliegen eines strafbaren Verhaltens gegeben waren.<sup>20</sup>

#### Beispiel

Wurde der Mitarbeiter eines Handelsunternehmens durch einen Ladendetektiv dabei überführt, dass er Waren stiehlt, kann der Arbeitgeber berechtigt mit der Entlassung und/oder einer Strafanzeige für den Fall drohen, dass der Arbeitnehmer nicht selbst kündigt. Selbiges gilt für das

---

16 RIS-Justiz RS0028708; OGH 9 ObA 128/07 z.

17 RIS-Justiz RS0028298.

18 OGH 9 ObA 205/99 h.

19 OGH 9 ObA 205/99 h.

20 OGH 8 ObA 204/97 a.

Anbot des Arbeitgebers, unmittelbar nach Ausspruch der Entlassung eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu vereinbaren<sup>21</sup> (vgl Rz 2.585 ff).

Der Arbeitgeber ist letztlich berechtigt, eine für den Arbeitnehmer günstigere Beendigung des Arbeitsverhältnisses (zB Selbstkündigung des Arbeitnehmers) zu erwirken, wenn aufgrund der Sachlage auch der Ausspruch einer Entlassung gerechtfertigt gewesen wäre. **2.30**

### Praxistipp

Das Mitarbeitergespräch, in dem der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Selbstkündigung anbietet, andernfalls er die Entlassung aussprechen und/oder eine Strafanzeige einbringen würde, sollte jedenfalls unter Zeugen erfolgen, damit der Arbeitgeber im Prozessfall beweisen kann, dass der Arbeitnehmer nicht ungehörig unter Druck gesetzt wurde. Es ist insb empfehlenswert, dass zu solchen Gesprächen nach Möglichkeit auch ein Mitglied des Betriebsrats hinzugezogen wird, sofern ein Betriebsrat im Betrieb existiert.

### 3. Mitwirkung des Betriebsrats

In Betrieben, in denen dauernd mehr als fünf über 18 Jahre alte Arbeitnehmer beschäftigt werden, ist gem § 40 ArbVG von der Arbeitnehmerschaft ein Betriebsrat zu bilden. Beabsichtigt der Arbeitgeber in einem Betrieb, in dem sich ein Betriebsrat gebildet hat, einen Arbeitnehmer zu kündigen, ist der Ausspruch der Kündigung nur dann wirksam, wenn der Betriebsrat über die beabsichtigte Kündigung zuvor verständigt wurde. Der Betriebsrat kann gem § 105 Abs 1 ArbVG binnen einer Woche zur beabsichtigten Kündigung Stellung nehmen. **2.31**

Der Gesetzgeber beabsichtigt durch das Verständigungsverfahren dem Betriebsrat die Möglichkeit zu geben, dass er sich einen Überblick über die Lage bzw über die Notwendigkeit der Kündigung verschaffen kann. Gem § 105 Abs 2 ArbVG kann der Betriebsrat auf sein Verlangen hin mit dem Arbeitgeber innerhalb der Frist zur Stellungnahme über die beabsichtigte Kündigung beraten. Im Rahmen dieser Beratung soll die beabsichtigte Kündigung aus sozialen und betrieblichen Gesichtspunkten erörtert werden. Das Beratungsrecht des Betriebsrats begründet aber kein Zustimmungsrecht des Betriebsrats zur beabsichtigten Kündigung. Die Entscheidung über den Ausspruch der Kündigung liegt letztlich beim Arbeitgeber. **2.32**

Die Verständigung des Betriebsrats über die beabsichtigte Kündigung stellt – ähnlich wie der Kündigungsausspruch selbst – eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung des Arbeitgebers dar.<sup>22</sup> Die Verständigung ist an keine besondere Formvorschrift gebunden und kann auch mündlich erfolgen, wobei es wesentlich darauf ankommt, dass die Verständigung eindeutig, bestimmt und verständlich ist.<sup>23</sup> **2.33**

Es liegt auf der Hand, dass aus der Verständigung auch hervorgehen muss, welcher Arbeitnehmer gekündigt werden soll. Es ist hingegen nicht notwendig, dass im Rahmen der **2.34**

21 OGH 8 ObA 26/14b.

22 OGH 9 ObA 117/92.

23 OGH 9 ObA 12/01 g; 9 ObA 24/00 w.

Verständigung bereits der beabsichtigte Kündigungstermin genannt wird.<sup>24</sup> Der Arbeitgeber hat allerdings zu beachten, dass sich der Betriebsrat auf das bisherige Erklärungsverhalten des Arbeitgebers verlassen darf. Hat der Arbeitgeber den Betriebsrat nämlich bisher immer schriftlich über eine beabsichtigte Kündigung informiert, muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat ein Abgehen von dieser Form ausdrücklich bekannt geben.<sup>25</sup>

- 2.35** Die Rechtswirksamkeit der Verständigung über die beabsichtigte Kündigung setzt voraus, dass der Arbeitgeber den für die Arbeitnehmergruppe zuständigen Betriebsrat informiert. Dies ist vor allem in Betrieben von Bedeutung, in denen jeweils ein Betriebsrat für die Angestellten und für die Arbeiter vorhanden ist. Der Arbeitgeber hat in diesen Fällen jenen Betriebsrat zu verständigen, dem der Arbeitnehmer zugehörig ist.<sup>26</sup> Hingegen besteht keine Zuständigkeit des Betriebsrats der einen Gruppe (zB Arbeiter), wenn für die andere Gruppe (zB Angestellte) kein Betriebsrat gebildet wurde. In diesem Fall kann der Arbeitgeber die Kündigung ohne Einbindung des Betriebsrats der anderen Arbeitnehmergruppe aussprechen, weil sich für die Gruppe des betroffenen Arbeitnehmers kein Betriebsrat konstituiert hat.
- 2.36** Der Gesetzgeber lässt offen, ob es ausreichend ist, ein beliebiges Mitglied des Betriebsrats von der beabsichtigten Kündigung zu verständigen, oder ob stets der Betriebsratsvorsitzende verständigt werden muss. Der OGH hat in diesem Zusammenhang allerdings ausgesprochen, dass bei Verständigung eines Betriebsratsmitgliedes, das nicht den Vorsitz innehat, die Verständigung über die beabsichtigte Kündigung nur dann rechtsgültig ist, wenn die Verständigung dem Betriebsratsvorsitzenden auch tatsächlich zugegangen ist. Das Risiko einer ordnungsgemäßen Verständigung trägt daher der Arbeitgeber.<sup>27</sup>

### Praxistipp

Die Verständigung über die beabsichtigte Kündigung sollte immer schriftlich direkt an den Vorsitzenden des Betriebsrats erfolgen. Auch hier empfiehlt es sich, dass die Verständigung nachweislich zugestellt wird, bspw durch Entgegennahme einer Übernahmestätigung, aus der auch das Datum der Verständigung hervorgeht. Bei größeren Betrieben ist es sinnvoll, dass der Betriebsrat innerhalb des Betriebs ein eigenes Postfach einrichtet, in dem eingehende Post mit einem Eingangsstempel versehen wird.

- 2.37** Die ordnungsgemäße Verständigung des Betriebsrats ist eine absolute Voraussetzung für den späteren Kündigungsausspruch. Wird die Kündigung ausgesprochen und wurde der Betriebsrat von der beabsichtigten Kündigung nicht – oder nicht ordnungsgemäß – verständigt, gilt die ausgesprochene Kündigung als rechtsunwirksam. Ohne Sanktion und ohne Auswirkung auf die ausgesprochene Kündigung bleibt hingegen der Umstand, wenn der Arbeitgeber die vom Betriebsrat geforderte Beratung über die beabsichtigte Kündigung verweigert.

---

24 *Mayr*, Arbeitsrecht § 105 ArbVG E 25.

25 RIS-Justiz RS0109360; OGH 8 ObA 321/97 g.

26 OGH 4 Ob 51/85.

27 OLG Wien 7 Ra 43/04a.