

Teil 1

**Beendigungsarten: Wie Arbeitsverhältnisse
enden bzw beendet werden können**

Kapitel 1. Grundsätzliches und Überblick

Für die Auflösung von Arbeitsverhältnissen der österreichischen Privatwirtschaft sieht unser Arbeitsrecht **drei rechtlich verschiedene Grundvarianten** vor: 1

- (1) **automatische Endigungen** (erfordert zwar deren Erkennen, aber kein rechtsgeschäftliches Handeln),
- (2) **einvernehmliche (rechtsgeschäftliche) Auflösungen** sowie
- (3) **einseitige rechtsgeschäftliche Beendigungen** ohne Zustimmung des anderen Teils.

Bei Ersteren geht es um den **Zeitablauf** bei vereinbarten Befristungen, aber auch um **besondere gesetzliche Endigungen von Lehrverhältnissen** sowie den **Tod des Arbeitnehmers** (jener des Arbeitgebers beendet Arbeitsverhältnisse nur ausnahmsweise).

Letztere umfassen den (praktisch sehr seltenen) **Rücktritt vom Vertrag** (regelmäßig vor Beginn des Arbeitsverhältnisses) und folgende rechtlich eigenständige **einseitige Auflösungs-erklärungen**: die **Probezeitauflösung**, die **Kündigung** (komplex bei Ausspruch durch den Arbeitgeber, relativ einfach bei Ausspruch durch den Arbeitnehmer) sowie folgende **vorzeitige Auflösungen aus wichtigem Grund**: die meist heikle (**fristlose**) **Entlassung** durch den Arbeitgeber einerseits und den **vorzeitigen Austritt** aus wichtigem Grund durch den Arbeitnehmer andererseits (zusätzlich des besonders geregelten Mutterschafts- bzw. Vaterschafts Austritts).

Das **Ende** kann auch **von vornherein einvernehmlich fixiert** sein, wie dies **bei Befristungen** der Fall ist, die durch **Zeitablauf** enden (mit diversen Schutzmechanismen zugunsten des Arbeitnehmers). 2

Selbstverständlich können aber Arbeitsverhältnisse auch einvernehmlich beendet werden. **Selbst einvernehmliche Beendigungen** unterliegen aber zum Schutz der Arbeitnehmer teilweise **Beschränkungen**, die auf die **Absicherung der Willensbildung des Arbeitnehmers** über die allgemeinen rechtsgeschäftlichen ABGB-Regelungen hinaus abzielen und deren Einhaltung zur Wirksamkeit der Ad-hoc-Vereinbarung erforderlich ist.

Anders als bei der Begründung von Arbeitsverhältnissen **dominiert bei der Beendigung die Einseitigkeit** und deren zu Lasten des Arbeitgebers stärkere, ihn beschränkende rechtliche Ausgestaltung. 3

Neben der Auflösung während der Probezeit sind dies die Kündigung, die fristlose Entlassung sowie der vorzeitige Austritt. Bei jeder Beendigungsart bestehen **Fehlerrisiken**; diese Risiken sind aber **bei den einseitigen Lösungsarten besonders groß**. So sind einseitige Auflösungen meist mit konflikträchtigen Emotionen belastet, die in der Realität bei Fehlern nicht selten auch zur Inanspruchnahme des Arbeitsgerichts führen.

Die **Beendigungsjudikatur** hat daher im Arbeitsrecht quantitativ und qualitativ einen **sehr hohen Stellenwert**. Dieser kommt auch in den Beispielen und Nachweisen dieses Handbuchs zum Ausdruck und will den Nutzerinteressen an der Lösung der zahlreichen Beendigungsprobleme so nahe wie möglich kommen.

Schwer wiegt in diesem Kontext, dass Gesetzgebung und Rechtsprechung die einseitigen **Lösungsarten**, insbesondere jene **seitens des Arbeitgebers**, in zunehmendem Maße **Beschränkungen und Erschwernissen** unterworfen haben, die dazu führen, dass auch **in der Praxis** die

einseitigen Lösungsarten rechtlich am heikelsten und schwierigsten sind. Sie machen daher neben einem guten Gespür auch fundierte Rechtskenntnisse unverzichtbar.

- 4 Diese Erschwernisse begannen mit **Frist- und Terminbestimmungen** bei Kündigungen, deren Anforderungen nun seit 1. 10. 2022 zur Gleichstellung mit den Angestellten weitgehend auch auf die Arbeiter durchschlagen (außer bei Leiharbeitern und bei Arbeitern in überwiegen- den Saisonbetriebsbranchen).

Auf diese nach Arbeitgeber- und Arbeitnehmerkündigung unterschiedlichen **Fristen und Termine kommt es daher konsequent einseitig nur bei beweisbarem Vorliegen** gesetzlich anerkannter **schwerwiegender Gründe nicht an**, also nur dann, wenn nach dem Gesetz fristlos entlassen oder vorzeitig ausgetreten werden darf.

Es verwundert daher (und weil neben der oft schon sehr hohen Kündigungszeit bzw Kündigungsentschädigung auch der Anspruch auf Abfertigung Alt¹ bei verschuldeter berechtigter Entlassung oder ungerechtfertigtem vorzeitigem Austritt verloren geht) nicht, dass es **insofern eine große Fülle an leitlinienhafter, sich weiter entwickelnder höchstgerichtlicher Rechtsprechung** gibt.

Keiner Kündigung des Arbeitsverhältnisses als solchem bedarf indessen regelmäßig die Kündigung einer bloßen Homeoffice-Vereinbarung. Die insofern seit 1. 4. 2021 in § 2h Abs 4 AVRAG vorgesehene **fristgebundene Kündigung aus wichtigem Grund führt nur zur Arbeit im Betrieb**. Gleiches gilt für die zusätzlich vereinbarten, grundlos möglichen Befristungs- und Kündigungsregelungen. Richtigerweise gelten für diese bloße Teilbeendigung bzw Teilkündigung auch nicht die Befristungs- und Kündigungsregelungen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses.²

- 5 Hinzu kam die **Einschaltung des Betriebsrates** bei Kündigungen des Arbeitsverhältnisses, also das zwingende betriebsverfassungsrechtliche Vorverfahren, immerhin unter der Sanktion der Rechtsunwirksamkeit (selbst bei massiven Kündigungsgründen), weiters bei „**Massenkündigungen**“ und größeren „**Alterskündigungen**“ das **arbeitsmarktpolitische Frühwarnsystem**, welches eine vorübergehende Kündigungssperre von **30 Tagen** vorsieht (§ 45a AMFG). Im Kontext der Kündigung werden wir uns daher mit diesem **Betriebsratsvorverfahren** und dem **AMS-Vorverfahren** ausführlich beschäftigen müssen.

Selbst außerhalb besonderen Kündigungsschutzes können überdies auch fristgerechte Kündigungen unter bestimmten Voraussetzungen angefochten werden, mit dem **Ziel, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses**, also die Weiterbeschäftigung, sicherzustellen.

- 6 Bei der Erörterung der **Kündigungsanfechtungen** wird sich ein Zweifaches zeigen:

Zum einen dürfen **Kündigungen nicht aus verbotenen Gründen bzw Motiven** erfolgen, wie die zunehmenden **Motivanfechtungsmöglichkeiten belegen**, seien es jene des allgemeinen Kündigungsschutzes (§ 105 Abs 3 Z 1 ArbVG),³ seien es jene in Spezialgesetzen.

1 Aktuell nur mehr bei Fällen, in denen das Arbeitsverhältnis vor dem 1. 1. 2003 begann. Hier sind die strittigen Abfertigungen betragslich bereits besonders hoch (nicht unter 6 bzw bald nicht unter 9 Monatsentgelten).

2 Siehe zu alldem *Schrank*, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht Kap 52/D Rz 86, 88 und Rz 120 ff, sowie in JBl 2022 H 9, 615.

3 Ua durch OGH 25. 11. 2014, 8 ObA 53/14y, ARD 6445/7/2015 = LE-AS 39.1.4.Nr.16 kürzlich besonders unterstrichen.

Ein besonderer Schwerpunkt liegt zunehmend im auch realen Greifen der im GIBG und BEinstG verankerten **Verbote jeglicher Diskriminierung** bei der Auflösung, auch bei den Probezeitauflösungen und Befristungen.

Zum anderen bedarf zwar der Ausspruch der Kündigung (außerhalb des öffentlichen Dienstes) bisher grundsätzlich keiner Angabe von Gründen, doch bedürfen **Kündigungen letztlich auch beachtlicher Gründe**, wenn der Arbeitnehmer bereits über 6 Monate betriebszugehörig ist und die Kündigung **wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt**. 7

Dieser in § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG verankerte **allgemeine Sozialschutz** gilt allerdings nur für betriebsratspflichtige Betriebe (also für Betriebe mit mindestens 5 über 18 Jahre alten familienfremden Arbeitnehmern, auch wenn kein Betriebsrat gewählt ist).

Er verstärkt sich für bestimmte Arbeitnehmergruppen seit Langem, immer wieder verfeinert in **Sondergesetzen** zu (auch für Kleinbetriebe geltendem) **besonderem Kündigungs- und Entlassungsschutz**, so im Mutterschutzgesetz, Väterkarenzgesetz, Arbeitsplatzsicherungsgesetz, Behinderteneinstellungsgesetz und in Bezug auf Belegschaftsfunktionäre im Arbeitsverfassungsgesetz. Ähnliches gibt es **auch bei Lehrverhältnissen** im Berufsausbildungsgesetz. 8

Da auch dessen Maßnahmen bzw Zusatzmechanismen darauf abzielen, die **arbeitgeberseitige Beendigung zwecks möglicher Sicherung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses** als Existenz- und Betätigungsgrundlage zu **beschränken**, sind alle diese allgemeinen und besonderen Schutzmechanismen, zielorientierter und moderner bezeichnet, **arbeitsrechtlicher Bestandschutz**, nach dessen systemischen Grundfunktionen es um „Inhaltsschutz“, „Zeitschutz“, „Kontrollschutz“ und „Willensbildungsschutz“ geht.⁴

All dies setzt die **Gesetzgebungstendenz** um, **arbeitgeberseitige Auflösungen aus sozialen oder sonstigen besonderen Gründen zu erschweren**. 9

Mit zunehmend komplexer Reglementierung und entsprechender Entwicklung der Rechtsprechung haben die **Fehler- und Kostenrisiken zugenommen**. So überwälzt die Rechtsprechung sogar bei den einseitigen Beendigungen das ABGB-Risiko fehlender Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers auf den Arbeitgeber, indem sie bis zur **Bestellung eines Sachwalters** (bzw nunmehr: eines Erwachsenenvertreters) den wirksamen Zugang einer Kündigung oder Entlassung ausschließt.

Die Folgen fehlerhafter Beendigungen bestehen vielfach in **beachtlichen finanziellen Belastungen**, vor allem Kündigungsentschädigungen, aber auch Entgeltanzahlungen, denen keine Arbeit gegenübersteht (siehe dazu va näher in Teil 3).

All dies **zwingt zu besonderer Sorgfalt** bei Auflösungen.

Vor allem ist es – auch für die Endabrechnungsansprüche als solche – **unerlässlich, die einzelnen Auflösungsarten samt Voraussetzungen bzw Folgen zu kennen**. Es ist nicht gleich, ob man „kündigt“ oder „entlässt“. 10

Auch löst es nicht dieselben Folgen aus, wenn man sich von einem Arbeitnehmer im Krankenstand während der Probezeit trennt oder ihn kündigt.

4 Schrank in Schrank/Mazal, Arbeitsrecht⁴ 266 f, nach Schrank, Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als Schutzobjekt der Rechtsordnung 15 ff (Kap 2).

Es gilt daher, sich in den Folgekapiteln jeweils vorweg **im Detail** mit den **einzelnen Auflösungsarten** zu beschäftigen.

11 Vorher noch zum Ende der **Sozialversicherung** und zur **Abmeldung**:

Das Ende der Pflichtversicherung fällt nach § 11 ASVG in der Regel nur dann mit dem Ende des Dienstverhältnisses zusammen, wenn nicht der Entgeltanspruch bereits vorher erloschen ist (zB wegen ungerechtfertigten Fernbleibens und erst später wirkender Entlassung) oder noch über das Ende des Dienstverhältnisses hinaus andauert (Urlaubersatzleistung, Krankentgelt, Kündigungsschädigung).

In diesen Wenn-Fällen ist die Abmeldung nicht per Ende des Dienstverhältnisses zu erstatten, sondern jeweils **mit dem Zeitpunkt, in dem der Entgeltanspruch und damit die Pflichtversicherung erloschen ist**.⁵

Die Abmeldung von der Sozialversicherung ist als solche **keinesfalls mit der arbeitsrechtlichen Beendigung(serklärung) zu verwechseln**. Das Arbeitsverhältnis selbst kann nur durch Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer oder einseitige Erklärung ihm gegenüber – und nicht dem Krankenversicherungsträger gegenüber – beendet werden.

12 Da aber jede SV-Abmeldung dem Dienstnehmer auszufolgen ist (übrigens bei sonstiger Strafsanktion), ist dennoch **Vorsicht beim Ausfüllen des Abmeldedatensatzes** geboten:

Wird jemand lediglich wegen fehlenden Entgeltanspruchs abgemeldet, ohne dass das Arbeitsverhältnis beendet wird (zB wegen unklaren Fernbleibens), muss dies auch aus der Abmeldung hervorgehen. In der Rubrik „Ende des Beschäftigungsverhältnisses“ darf keine der dortigen Arbeitsverhältnisbeendigungen angekreuzt werden, **widrigensfalls die Gefahr** besteht, dass die **Ausfolgung der Abmeldung als arbeitsrechtliche Auflösungserklärung** verstanden wird.

Dies kann zB die teuren Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten Entlassung zur Folge haben, wenn das Fernbleiben letztlich etwa durch eine nachträgliche Krankenstandsbestätigung gerechtfertigt wird oder der Nachweis allfälligen grob genesungsbeeinträchtigenden Verhaltens oder eines Mit- bzw Alleinverschuldens nicht gelingt.

In besonderem Maße gilt dies **auch für den Abmeldegrund „eilvernehmliche Auflösung“**, wenn der Arbeitnehmer darüber hinaus noch im Krankenstand ist und ASVG-Krankengeld begehrt (hier wird es zu Rückfragen der ÖGK kommen).⁶

5 Siehe dazu näher *Schrank*, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht Kap 19/E Rz 42 ff.

6 Siehe aktuell OGH 22. 6. 2021, 10 Obs 67/21g, ARD 6761/7/2021 = LE-AS 14.2.6.Nr.18.

Kapitel 2. Rücktritt vom Vertrag vor Beginn des Arbeitsverhältnisses

Gliederung	Rz
A. Zeitphase zwischen Vertragsabschluss und Beginn	1
B. Gesetzliche Rücktrittsgründe	3
1. Nichtantritt	3
2. Sonstige Rücktrittsgründe	4
a. Arbeitgeberseitige Gründe	5
b. Arbeitnehmerseitige Gründe	6
c. Gründe für jede Seite	7
C. Rechtsfolgen	7
1. Gesetzliche Bestimmungen	8
2. Berechtigter Rücktritt	9
3. Ungerechtfertigter oder vom anderen verschuldeter Rücktritt	10

A. Zeitphase zwischen Vertragsabschluss und Beginn

Im Regelfall **beginnt das Arbeitsverhältnis** mit seinen wechselseitigen Hauptpflichten (Arbeits- und Entgeltpflichten) **zeitlich nicht schon mit dem Abschluss** des Arbeitsvertrages (also der verbindlichen Einigung auf das darin vereinbarte Arbeitsverhältnis), **sondern mit dem vereinbarten Antrittstag**, ab dem es wechselseitig umzusetzen bzw zu erfüllen ist. Dieser Antrittstag kann schlichter Vertragsbestandteil oder auch zur ausdrücklichen Bedingung erhoben sein. 1

In beiden Fällen reduzieren sich für diese **Zwischenphase** bis zum vereinbarten Antrittstag die aus dem Arbeitsvertrag erfließenden Pflichten auf **wechselseitige Interessenwahrungspflichten** (Nebenpflichten) wie die **Treuepflichten** des Arbeitnehmers und allgemeine **Fürsorgepflichten** des Arbeitgebers.

Diese Zwischenphase gilt noch nicht als Arbeitsverhältnis. Der Arbeitsvertrag verpflichtet wechselseitig nur zur Erfüllung (Umsetzung) ab dem vereinbarten Antrittstag.

Daher werden begründete **Auflösungen vor dem Arbeitsantritt** nicht als vorzeitige Beendigungen, sondern noch als begründete **Rücktritte vom Vertrag** bezeichnet. Durch solche wird der Arbeitsvertrag rückwirkend beseitigt.¹ **Unbegründete Rücktritte** des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers **verstoßen jedoch gegen** den abgeschlossenen **Arbeitsvertrag**, weil sie dessen Erfüllung bzw Umsetzung vertragswidrig vereiteln. Sie verpflichten daher grundsätzlich zu **Schadenersatz**.

Für bestimmte Arbeitnehmergruppen – so für Angestellte die §§ 30, 31 AngG, §§ 35, 36 TAG, § 15 HausG – bestehen für Rücktritte **besondere Bestimmungen** über die Gründe und die Rechtsfolgen berechtigter oder unberechtigter Rücktritte.

Soweit solche fehlen, wie im ABGB für Arbeiter, verneint die bisherige Rsp die analoge Anwendbarkeit dieser besonderen Bestimmungen und behandelt auch den Rücktritt nach der

1 So zutreffend *Pfeil* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 31 AngG Rz 2 mwN.

allgemeinen Regel des § 918 ABGB, was grds zur Setzung einer Nachfrist verpflichtet.² Nach hM werden allerdings die Rechtsfolgen der §§ 1162a und 1162b ABGB auch in jenen Fällen angewendet, in denen ausdrückliche Sondernormen dafür fehlen,³ wie etwa für die Arbeiter. Der Grund für dieses Fehlen liegt wohl im Umstand, dass solche Rücktrittsverfahren nur sehr selten vorkommen. Dies macht es mE sachlich passender und daher näherliegend, gleich eine Gesamtanalogie der Substanz jener besonderen Rechtsfolgeregelungen vorzunehmen, soweit sie für alle diese Regelungen gilt.

- 2 Hat zum selben Arbeitgeber bereits ein Arbeitsverhältnis bestanden, anlässlich dessen Beendigung eine bestimmte oder bestimmbare konkrete Wiedereinstellung dem Arbeitnehmer zugesagt oder anlässlich dieser mit dem Arbeitnehmer eine bestimmte oder bestimmbare Wiedereinstellung vereinbart wurde,⁴ kommt dazu die aus § 9 Abs 5 erster Satz AlVG resultierende arbeitsmarktpolitische, aber zivilrechtlich wirkende Besonderheit, dass Arbeitslose aus der Nichteinhaltung einer Einstellungsvereinbarung wegen Antritts einer anderen Beschäftigung nicht zum Ersatz eines allfälligen Schadens verpflichtet sind.

Auch leben Ansprüche, auf die Arbeitslose anlässlich der Beendigung nur wegen der Wiedereinstellungszusage oder Wiedereinstellungsvereinbarung verzichtet haben, wieder auf, wenn sie dem früheren Arbeitgeber ihr Abstandnehmen vom Wiederantritt der Beschäftigung vor dem Wiederantrittstermin bekannt geben (§ 9 Abs 5 dritter Satz AlVG).

Nicht oder nicht zur Gänze erfüllte Ansprüche – in der Praxis wird es sich um Abfertigungen Alt, allenfalls auch Urlaubersatzleistungen handeln – werden spätestens zu jenem Zeitpunkt fällig, zu dem Arbeitslose ihre Beschäftigung gemäß Vertrag oder Zusage hätten aufnehmen müssen, wobei Verjährungs- und Verfallsfristen sich um den Zeitraum zwischen Beendigung und dem vereinbarten Zeitpunkt der Wiederaufnahme der Beschäftigung verlängern (§ 9 Abs 6 AlVG).

B. Gesetzliche Rücktrittsgründe

- 3 Im Falle von Angestellten sind folgende Rücktrittsrechte des Arbeitgebers normiert:

1. Nichtantritt

§ 30 Abs 1 AngG:

„Ist der Angestellte unter der ausdrücklichen Bedingung aufgenommen, daß er den Dienst genau an einem festbestimmten Tage anzutreten hat, so kann der Dienstgeber vom Vertrage zurücktreten, wenn der Angestellte, aus welchem Grund immer, den Dienst an dem bestimmten Tage nicht antritt.“⁵

2 Pfeil in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 31 AngG Rz 4 mwN.

3 Pfeil in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 31 AngG Rz 5 AngG mwN.

4 Zu diesen Unterbrechungen bzw oft auch so bezeichneten „lösenden Aussetzungen“ siehe näher Schrank, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht Kap 6/E Rz 72–85.

5 Pfeil in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 31 AngG Rz 7, zieht insofern den Vergleich mit „Fixgeschäften“: Für diese Fälle kommt es nicht darauf an, aus welchem Grund der Arbeitnehmer nicht genau am fest-

§ 30 Abs 2 Satz 1 AngG:

„Außer diesem Falle kann der Dienstgeber vor Antritt des Dienstes⁶ vom Verträge zurücktreten, wenn der Angestellte, ohne durch ein unabwendbares Hindernis gehindert zu sein, den Dienst an dem vereinbarten Tage nicht antritt oder wenn sich infolge eines unabwendbaren Hindernisses der Dienstantritt um mehr als vierzehn Tage verzögert.“

§ 30 Abs 1 GAngG:

„Ist der Dienstnehmer unter der ausdrücklichen Bedingung des Dienstantrittes an einem bestimmten Tag oder nur für die Zeit eines vorübergehenden Bedarfes aufgenommen worden, so kann der Dienstgeber vom Verträge zurücktreten, wenn der Dienstnehmer aus welchem Grunde immer den Dienst an dem bestimmten Tage nicht antritt.“

§ 30 Abs 2 Satz 1 GAngG:

„Außer diesem Falle kann der Dienstgeber vor Antritt des Dienstes vom Verträge zurücktreten, wenn der Dienstnehmer, ohne durch ein unabwendbares Hindernis gehindert zu sein, den Dienst zur vereinbarten Zeit nicht antritt oder wenn sich infolge eines unabwendbaren Hindernisses der Dienstantritt um mehr als 14 Tage verzögert.“

§ 34 TAG: Vereinbarung des Rücktrittsrechts⁷

„(1) Eine Vereinbarung, nach der einem Teil das Recht eingeräumt ist, vor Arbeitsantritt zu erklären, dass der Vertrag in Kraft treten oder unwirksam sein soll, ist nur dann wirksam, wenn auch dem anderen Teil das gleiche Recht eingeräumt ist.

(2) Abs 1 gilt nicht für Vereinbarungen mit Mitgliedern, die für nicht mehr als 60 Aufführungen im Spieljahr gegen eine Gage, die für jeden Auftritt das 17fache der täglichen Höchstbeitragsgrundlage nach § 45 ASVG übersteigt, verpflichtet werden.“

§ 35 TAG:

„(1) Der/die Theaterunternehmer/in kann vor Arbeitsantritt vom Vertrag zurücktreten, wenn das Mitglied, ohne durch ein unabwendbares Hindernis gehindert zu sein, die Arbeit an dem vereinbarten Tag nicht antritt, oder wenn sich infolge eines unabwendbaren Hindernisses der Arbeitsantritt um mehr als 14 Tage verzögert. [...]

(2) Das Mitglied kann vor Arbeitsantritt vom Vertrag zurücktreten, wenn ein Grund vorliegt, der es zum vorzeitigen Austritt aus dem Arbeitsverhältnis berechtigt. Das gleiche gilt, wenn sich der Arbeitsantritt infolge Verschuldens des Theaterunternehmers/der Theaterunternehmerin oder infolge eines diesen/diese treffenden Zufalles um mehr als 14 Tage verzögert. Tritt das Mitglied

bestimmten Tag kommt. Auch das Verschulden und die Dauer der Verzögerung spielen hier keine Rolle, so überzeugend Pfeil.

- 6 Diese zeitliche Rücktrittsbeschränkung kann aber infolge sonstiger Unmöglichkeit nur gelten, wenn seitens des Arbeitnehmers vor dem vereinbarten Antrittstag eine ausdrückliche diesbezügliche Erklärung vorliegt oder eine entsprechende Zeitverzögerung aus ersichtlichen objektiven Umständen folgt.
- 7 Das AngG und GAngG enthalten keine solche oder vergleichbare Regelung zu vertraglichen Rücktrittsrechten, die Fristengleichheit voraussetzen. Einer analogen Anwendung auf dem AngG oder GAngG unterliegende Angestellte steht wohl schon die zwingende Wirkung des § 40 AngG entgegen, die auch § 30 Abs 2 bis 4 AngG erfasst. Ein nur dem Angestellten vertraglich eingeräumtes Rücktrittsrecht wäre aber wegen Arbeitnehmergünstigkeit wirksam.

in letzterem Fall ungeachtet der Verzögerung die Arbeit an, so gebührt ihm das Entgelt von dem Tag, an dem die Arbeit hätte angetreten werden sollen.

(3) Ist das Mitglied durch Krankheit oder Unglücksfall an dem rechtzeitigen Arbeitsantritt verhindert, ohne dass es die Verhinderung vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat, so ist der/die Theaterunternehmer/in unbeschadet des ihm/ihr nach Abs 1 zustehenden Rücktrittsrechtes verpflichtet, dem Mitglied für die im § 9 Abs 1 und 3 festgesetzte Zeit die dort bezeichneten Bezüge zu bezahlen.⁸ Die Vorschrift des § 9 Abs 6 findet Anwendung. Ist diese Zeit abgelaufen, so kann der/die Theaterunternehmer/in vom Vertrag zurücktreten, das Mitglied aber kann den Vertrag vorzeitig lösen, es sei denn, dass der/die Theaterunternehmer/in die vollen festen Bezüge weiter entrichtet.“

2. Sonstige Rücktrittsgründe

- 4 Nachstehende gesetzliche Rücktrittsgründe **entsprechen im Wesentlichen in ihrer Substanz den Gründen für eine vorzeitige Entlassung des Arbeitnehmers bzw einen vorzeitigen Austritt** des Arbeitnehmers. Dies ist konsequent, da sich der Rücktritt im Wesentlichen erst auf die Zeit des Erfüllungsstadiums auswirkt, was auch die pauschalen Ersatzansprüche bestätigen, sodass es sachlich-rechtlich naheliegt, grds bereits dieselben Wertungen wie für die Entlassung und den vorzeitigen Austritt heranzuziehen.

Abweichungen gibt es im sonstigen Bereich nur für Insolvenzfälle.

a. Arbeitgeberseitige Gründe

- 5 § 30 Abs 2 und 4 GAngG:

„(2) Außer diesem Falle kann der Dienstgeber vor Antritt des Dienstes vom Verträge zurücktreten, wenn [...] ein Grund vorliegt, der den Dienstgeber zur vorzeitigen Entlassung des Angestellten berechtigt.

(4) Wird vor Antritt des Dienstes über das Vermögen des Dienstgebers das Insolvenzverfahren eröffnet, so kann sowohl der Masseverwalter, im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung der Dienstgeber mit Zustimmung des Sanierungsverwalters, als auch der Angestellte vom Vertrag zurücktreten. Das gleiche gilt, wenn ein Grund vorliegt, der den Dienstgeber zur vorzeitigen Entlassung des Angestellten berechtigt.“

- § 35 Abs 1 Satz 2 TAG:

„Das Gleiche gilt, wenn ein Grund vorliegt, der den/die Theaterunternehmer/in zur vorzeitigen Entlassung des Mitgliedes berechtigt.“

8 Rechtlich handelt es sich bei dieser äußerst arbeitnehnergünstigen Regelung um Bezüge, als wäre das Arbeitsverhältnis angetreten, was es aber auch nach dem Wortlaut nicht ist. Sachlich handelt es sich daher um ein über den vertraglichen Antrittszeitpunkt hinaus ausnahmsweise durch Hemmung verschobenes Rücktrittsrecht.

b. Arbeitnehmerseitige Gründe

§ 30 Abs 3 AngG, § 30 Abs 2 und 3 GAngG:

6

„(3) Der Angestellte (Dienstnehmer) kann vor Antritt des Dienstes vom Verträge zurücktreten, wenn ein Grund vorliegt, der ihn zum vorzeitigen Austritt aus dem Dienstverhältnisse berechtigt. Das gleiche gilt, wenn sich der Dienstantritt infolge Verschuldens des Dienstgebers oder infolge eines diesen treffenden Zufalles um mehr als 14 Tage verzögert. Tritt der Angestellte (Dienstnehmer) im letzteren Falle ungeachtet der Verzögerung den Dienst an, so gebührt ihm das Entgelt von dem Tage, an dem der Dienst hätte angetreten werden sollen.“

§ 35 Abs 2 TAG:

„(2) Das Mitglied kann vor Arbeitsantritt vom Vertrag zurücktreten, wenn ein Grund vorliegt, der es zum vorzeitigen Austritt aus dem Arbeitsverhältnis berechtigt. Das gleiche gilt, wenn sich der Arbeitsantritt infolge Verschuldens des Theaterunternehmers/der Theaterunternehmerin oder infolge eines diesen/diese treffenden Zufalles um mehr als 14 Tage verzögert. Tritt das Mitglied in letzterem Fall ungeachtet der Verzögerung die Arbeit an, so gebührt ihm das Entgelt von dem Tag, an dem die Arbeit hätte angetreten werden sollen.“

c. Gründe für jede Seite

§ 30 Abs 4 AngG, § 30 Abs 4 GAngG:

7

„(4) Wird vor Antritt des Dienstes über das Vermögen des Dienstgebers das Insolvenzverfahren eröffnet, so kann sowohl der Masseverwalter, im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung der Dienstgeber mit Zustimmung des Sanierungsverwalters, als auch der Angestellte (der Dienstnehmer) vom Vertrag zurücktreten.“⁹

Aus dem beiden Seiten während einer **Probezeit iSd § 19 Abs 2 AngG** zustehenden grds unbeschränkten Lösungsrecht wird nach stRsp¹⁰ jeder Seite des Arbeitsvertrags eine **schadenersatzfreie Rücktrittsmöglichkeit** für den Fall zugebilligt, dass im Arbeitsvertrag (oder Kollektivvertrag) eine gesetzliche Probezeit mit jederzeitiger grundloser Auflösung vereinbart (bzw normiert) ist. Diese zutr Judikatur wird aus Gründen identer Wertung auch auf den Rücktritt von Arbeitsverhältnissen mit vereinbarter gesetzlicher Probezeit zu übertragen sein.

⁹ Die Zustimmung des Sanierungsverwalters ist nur für den dienstgeberseitigen Rücktritt erforderlich, nicht jedoch für jenen des Arbeitnehmers.

¹⁰ OGH 2. 10. 2002, 9 ObA 211/02y, ARD 5425/1/2003 = LE-AS 33.4.1.Nr.1, kürzlich bestätigt in OGH 19. 7. 2018, 8 ObA 31/18v, ARD 6611/8/2018 = LE-AS 33.1.1.Nr.3.

C. Rechtsfolgen

1. Gesetzliche Bestimmungen

8 § 31 AngG bzw § 31 GAngG:

„(1) Ist der Dienstgeber ohne wichtigen Grund vom Vertrage zurückgetreten oder hat er durch sein schuldbares Verhalten dem Angestellten (Dienstnehmer) zum Rücktritte begründeten Anlaß gegeben, so hat er dem Angestellten (Dienstnehmer) das Entgelt zu ersetzen, das diesem für den Zeitraum gebührt, der bei ordnungsmäßiger Kündigung durch den Dienstgeber vom Tage des Dienstantrittes bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses hätte verstreichen müssen. Wenn das Dienstverhältnis auf bestimmte Zeit eingegangen wurde, hat der Dienstgeber dem Dienstnehmer, falls die vereinbarte Dienstdauer drei Monate nicht übersteigt, das für die ganze Dauer entfallende Entgelt, falls die vereinbarte Dienstdauer dagegen drei Monate übersteigt, den für drei Monate entfallenden Teilbetrag des Entgeltes zu ersetzen. [Nur GAngG: Soweit das Entgelt Naturalbezüge umfaßt, ist deren Wert in Geld zu vergüten.] Allfällige, weitere Schadenersatzansprüche werden durch die vorstehenden Bestimmungen nicht berührt.

(2) Die gleichen Ansprüche stehen dem Angestellten (Dienstnehmer) zu, wenn der Masseverwalter oder der Dienstgeber mit Zustimmung des Sanierungsverwalters vom Vertrag zurückgetreten ist.

(3) Ist der Angestellte (Dienstnehmer) ohne wichtigen Grund vom Vertrage zurückgetreten oder hat er durch sein schuldbares Verhalten dem Dienstgeber zum Rücktritte begründeten Anlaß gegeben, so kann der Dienstgeber Schadenersatz verlangen.“

§ 32 AngG, § 32 GAngG und so gut wie ident § 37 TAG:

„Trifft beide Teile ein Verschulden an dem Rücktritt oder der vorzeitigen Lösung des Dienstverhältnisses, so hat der Richter nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob und in welcher Höhe ein Ersatz gebührt.“

§ 34 AngG und § 34 GAngG (Frist zur Geltendmachung der Ansprüche):

„Ersatzansprüche wegen vorzeitigen Austrittes oder vorzeitiger Entlassung im Sinne der §§ 28 und 29, ferner Ersatzansprüche wegen Rücktrittes vom Vertrag im Sinne des § 31 müssen bei sonstigem Ausschlusse binnen sechs Monaten nach Ablauf des Tages, an dem sie erhoben werden konnten, gerichtlich geltend gemacht werden.“

§ 36 TAG:

„(1) Ist der/die Theaterunternehmer/in ohne wichtigen Grund vom Vertrag zurückgetreten oder hat er/sie durch sein/ihr schuldhaftes Verhalten dem Mitglied zum Rücktritt begründeten Anlass gegeben, so behält das Mitglied unbeschadet weiteren Schadenersatzes seine vertragsmäßigen Ansprüche auf das Entgelt für den Zeitraum, der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Ablauf der Zeit oder durch ordnungsmäßige Kündigung hätte verstreichen müssen, unter Einrechnung dessen, was es infolge Unterbleibens der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Soweit dieser Zeitraum 3 Monate nicht übersteigt, kann das Mitglied das Ganze für die Zeit gebührende Entgelt ohne Abzug sofort, den Rest zur vereinbarten oder gesetzlichen Zeit fordern.

(2) Die gleichen Ansprüche stehen dem Mitglied zu, wenn der/die Masseverwalter/in vom Vertrag zurückgetreten ist.

(3) Ist das Mitglied ohne wichtigen Grund vom Vertrag zurückgetreten oder hat es durch sein schuldhaftes Verhalten dem/der Theaterunternehmer/in zum Rücktritt begründeten Anlass gegeben, so kann der/die Theaterunternehmer/in Schadenersatz verlangen.“

2. Berechtigter Rücktritt

Für iSd Normierungen **berechtigte** (und unverzüglich erklärte) **Rücktritte** ist die einzige direkte Rechtsfolge, dass der Arbeitsvertrag rückwirkend nichtig wird und der **Arbeitgeber nicht mehr verpflichtet** ist, den **Dienstantritt** des Arbeitnehmers **entgegenzunehmen**, bzw der **Arbeitnehmer nicht mehr zum Dienstantritt verpflichtet** ist. 9

Bei Rechtmäßigkeit des (ausdrücklichen oder schlüssigen) Rücktritts des Arbeitgebers kann der Arbeitnehmer daher grds **weder Entgelte noch Schadenersatz** beanspruchen.

Einen rechtmäßigen (ausdrücklichen oder schlüssigen) Rücktritt des Arbeitnehmers muss der Arbeitgeber hinnehmen, doch drohen ihm zumindest **Schadenersatzansprüche** des Arbeitnehmers, regelmäßig in der gesetzlich pauschalierten Form, **wenn ihn am Rücktritt des Arbeitnehmers rechtliches Verschulden trifft**. Strittig sein wird freilich die jeweilige Rechtmäßigkeit des Rücktritts und das Verschulden an diesem. Der Ausgang dieser Streit- und der Verschuldensfrage entscheidet letztlich über die Rechtsfolgen.

3. Ungerechtfertigter oder vom anderen verschuldeter Rücktritt

Ist indessen der **Arbeitgeber ohne wichtigen Grund vom Vertrage zurückgetreten oder hat er durch sein schuldbares Verhalten dem Arbeitnehmer zum Rücktritt begründeten Anlass** gegeben (beide Ereignisse sind insofern gleich zu behandeln), so hat er dem Arbeitnehmer das Entgelt zu ersetzen, das diesem für den Zeitraum gebührt (hätte), der bei ordnungsmäßiger Kündigung durch den Dienstgeber vom Tage des Dienstantrittes bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses hätte verstreichen müssen.¹¹ Damit schlägt grds die für berechnete arbeitgeberseitig verschuldete Austritte oder ungerechtfertigte arbeitgeberseitig verschuldete Entlassung gebührende **Kündigungsschädigung** **sinngemäß** durch, analog § 29 AngG oder § 1162b ABGB.¹² 10

Ist der **Arbeitnehmer ungerechtfertigt zurückgetreten** (zB wegen einer besseren anderen Stelle) oder hat er **durch schuldhaftes Verhalten dem Arbeitgeber zum Rücktritt begründeten Anlass** gegeben, kann der Dienstgeber **Schadenersatz** verlangen (§ 31 Abs 3 AngG). 11

11 Aus Gründen der Wertungsgleichheit wohl aber mit Ausnahme der echten Probezeitfälle iSd zu FN 10 zitierten OGH-Judikatur.

12 Im Sinne von Pfeil in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 31 AngG Rz 5 mwN.

Kapitel 3. Automatische Endigungen

Gliederung	Rz
A. Unmittelbar gesetzliche Endigungsfälle	1
1. Aufhören des Gewerbebetriebes?	2
2. Tod einer Vertragspartei	4
a. Tod des Arbeitgebers	4
b. Tod des Arbeitnehmers	5
3. Automatische Endigung von Lehrverhältnissen	10
4. Lange Jahreskrankenstände	15
B. Vertragliche Endigungsfälle: Zeitablauf bei Befristungen	16
1. Grundsätzliches	16
2. Inhaltliches zum Vereinbarungsstadium	17
a. Bestimmtheitsgebot	17
b. Höchstbefristungen mit Kündigung?	18
c. Sinn und Zweck von Befristungsvereinbarungen?	22
d. Bedingtes Kettenvertragsverbot	24
e. Vereinbarungserfordernisse, besondere normative Vorgaben, faktische Verhältnisse	29
f. Welche Befristungsdauer?	36
g. Diskriminierungsfreiheit schon der Vereinbarung	38
h. Gesetzliche Erstreckungen der vereinbarten Dauer	39
aa. Ablaufshemmung bei Schwangerschaft?	40
bb. Präsenz- oder Zivildienst: Fortlaufshemmung auch von Behaltezeitbefristungen	43
cc. Jugendvertrauensrat und Behaltezeitbefristung	45
3. Zeitablauf, „Auslaufmitteilung“, Diskriminierungsschutz	46
a. Zeitnahe Auslaufmitteilung vor Zeitablauf?	46
b. Diskriminierende Auslaufmitteilungen?	50
c. Endabrechnungsansprüche	53

A. Unmittelbar gesetzliche Endigungsfälle

- 1 Unmittelbare gesetzliche Endigungen bedürfen keiner Vereinbarung oder keines sonstigen rechtsgeschäftlichen Handelns, weder im Voraus noch im Anlassfall. Das konkrete Vorliegen eines entsprechenden gesetzlichen Tatbestands genügt. Bei ihnen kann es auch keine Willensmängel geben. In der Fachwelt werden sie daher auch als **Ex-lege-** bzw **Ips-o-iure-Endigungen** bezeichnet, also als Endigungen kraft Gesetzes.

Wegen ihres materiellen Gewichts gelten auch **keine über den jeweiligen Endigungstatbestand hinausgehenden Schutzbeschränkungen**, also auch keine Kündigungs- und Entlassungsschutzbestimmungen, mangels Erfordernisses einer Beendigungserklärung nicht einmal

bei Vertragsbediensteten des öffentlichen Dienstes.¹ Dies macht deutlich, dass gesetzliche Endigungstatbestände nur zurückhaltend normiert sind.

Soweit sich aus nachstehenden Einzelpunkten keine Besonderheiten ergeben, löst die Ex lege-Endigung an **Endabrechnungsfolgen** aus:

- Noch nicht bezahlte **Sonderzahlungen** werden anteilig fällig.
- Überhänge an Sonderzahlungen sind im Allgemeinen rückverrechenbar, sofern der Kollektivvertrag diese nicht ausdrücklich ausschließt.
- Zum **Urlaub** greifen die normale Aliquotierung des laufenden Urlaubs und die Ersatzleistung für den noch offenen alten und den aliquotierten laufenden Urlaub. Allfällige Überhänge können nicht rückgefordert werden.

1. Aufhören des Gewerbebetriebes?

§ 83 GewO 1859 lautet:

„(1) Durch das Aufhören des Gewerbsbetriebes oder durch den Tod des Hilfsarbeiters erlischt das Arbeitsverhältnis von selbst.

(2) Doch ist im Falle der vorzeitigen Entlassung des Hilfsarbeiters, sei es in Folge freiwilligen Aufgebens des Gewerbes oder in Folge eines Verschuldens des Gewerbsinhabers oder eines diesen treffenden Zufalls der Hilfsarbeiter berechtigt, für den Entgang der Kündigungsfrist Schadloshaltung zu beanspruchen.“

Arbeiter-Dienstverhältnisse erlöschen daher von selbst durch **Aufhören des Gewerbebetriebes**, so § 83 GewO 1859. Diese kaum bekannte Bestimmung wurde auch jüngst im Kontext der ABGB-Beendigungsbestimmungen (materielle Angleichung an jene der Angestellten per 1. 10. 2021) nicht aufgehoben, anders als § 77 GewO 1859.

Solange sich ein Betrieb **noch im Abwicklungsstadium bzw der Stilllegungsphase** befindet (und auch die Gewerbeberechtigung noch besteht),² ist dieser (insofern unscharfe) **Endigungstatbestand** freilich **noch nicht erfüllt**.

Kein Aufhören des Betriebs liegt auch bei bloßem **Betriebsübergang** vor, da hier die Arbeitsverhältnisse von selbst auf den Nachfolger übergehen, ausgenommen bei Erwerb aus der Konkurs- bzw Insolvenzmasse. In letzterem Fall ist aus der Sicht des bisherigen Arbeitgebers mangels Betriebsübergangs weiterhin von einer **Betriebsstilllegung** auszugehen, sofern alles eingestellt wird.³

Für Angestellte gibt es keine solche Endigungsbestimmung und daher insofern auch keine automatische Endigung,⁴ sodass sie auch bei endgültiger Betriebseinstellung ohne einvernehmliche Auflösung zu kündigen wären.

1 OGH 27. 4. 2016, 8 ObA 30/16v, ARD 6500/6/2016 = LE-AS 2.7.2.Nr.18.

2 Im Sinne von OGH 15. 5. 2019, 9 ObA 45/19m, ARD 6655/7/2019 = LE-AS 40.3.1.Nr.10, dort zu den §§ 120 Abs 3 und 121 Z 1 ArbVG.

3 OGH 16. 10. 2003, 8 Obs 7/03t, ARD 5469/6/2004 = LE-AS 40.1.2.Nr.1 (ergangen zu § 3 Abs 2 AVRAG und § 12 Abs 3 APSG).

4 OGH 22. 5. 2003, 8 Obs 1/03k, ARD 5489/10/2004 = LE-AS 31.4.1.Nr.1.

Selbst bei Arbeitern läuft aber die automatische Endigung bei Aufhören des Gewerbebetriebes **im Ergebnis insofern zeitlich** auf eine „Kündigung“ hinaus, als den Arbeitern nach § 83 Abs 2 GewO 1859 **für den Entgang der Kündigungsfrist** (diese richtet sich seit 1. 10. 2021 mit Ausnahme von Leiharbeitern oder Arbeitern in überwiegenderen Saisonbetriebsbranchen nach den Angestellten vergleichbaren langen Kündigungszeiten des § 1159 Abs 2 und 3 ABGB) **Schadloshaltung** gebührt, wenn der Gewerbebetrieb freiwillig aufgegeben wurde oder den Inhaber an der Aufgabe ein Verschulden oder ein ihm zurechenbarer Zufall trifft.

2. Tod einer Vertragspartei

a. Tod des Arbeitgebers

- 4 Der **Tod des Arbeitgebers beendet** das Dienstverhältnis **normalerweise nicht**. Die Erben treten kraft Gesetzes als Gesamtrechtsnachfolger in alle Arbeitsverhältnisse und damit in alle Rechte und Verbindlichkeiten ohne arbeitsrechtliche Beendigung oder Endabrechnung ein.

Ausnahmen von diesem Grundsatz gibt es **nur beim Lehrverhältnis**, wie im nächsten Abschnitt ausgeführt, oder wenn das **Arbeitsverhältnis ausdrücklich oder infolge besonderen Zwecks vertraglich auf sein Leben begrenzt** ist.

Bei fehlender Vereinbarung kommt es **va** auf das **Ergebnis ergänzender Vertragsauslegung** an.

Diese ergab im Falle des **Teilzeit-Dienstverhältnisses einer Tochter zu ihren Eltern** zwecks **Erbringung von Liegenschaftsverwaltungsdiensten** jüngst auch das gewollte Ende dieses besonderen Dienstverhältnisses einer der drei Erben,⁵ zumal die Dienste im Rahmen der Fruchtgenussrechte der Eltern zu leisten und nach § 529 ABGB mit deren Tod erloschen waren.

Wollen Erben Arbeitsverhältnisse nicht fortsetzen, müssten sie, wenn keine dieser Ausnahmen besteht, durch den Nachlassverwalter oder bereits zur Vertretung befugte Erben⁶ **auf reguläre Art und Weise beendet** werden, einvernehmlich oder durch Kündigung. Der Tod des Arbeitgebers verändert also letztlich nur die Person des Arbeitgebers.

Mit Übernahme durch die Erben beginnt infolge Gesamtrechtsnachfolge und auch gemäß AVRAG **kein neues Arbeitsjahr** zu laufen, **sämtliche dienstzeitabhängigen Anwartschaften** **bleiben** voll erhalten.

b. Tod des Arbeitnehmers

- 5 Infolge der Besonderheit persönlicher Leistungspflicht des Arbeitnehmers **endet** indessen jedes **Arbeitsverhältnis automatisch mit dem Tod des Arbeitnehmers**. Dies ist auch in den einschlägigen Arbeitsvertragsgesetzen verankert.⁷

5 OGH 27. 4.2022, 9 ObA 13/22k, LE-AS 31.3.2.Nr.1.

6 Vgl den Fall OGH 30. 5. 2005, 8 ObA 25/05t, ARD 5609/10/2005 = LE-AS 49.5.2.Nr.8 (unwirksame Auflösung eines Arbeitsverhältnisses durch noch nicht berechnigte bzw eingetragene Erben, aber verspäteter Anspruchsaufgriff durch die betroffene Arbeitnehmerin).

7 ZB mittelbar in § 24 AngG, unmittelbar in § 83 Abs 1 GewO 1859, § 23 GAngG und § 24 HausbG. Diese Bestimmungen stellen das Prinzip automatischer Endigung auch für den Fall des konkreten Fehlens einer solchen Norm (etwa in den Arbeitsvertragsbestimmungen des ABGB) hinreichend klar.