

tung gewährt werden kann und ob die Leistungen des Dienstgebers den Bezug des Arbeitslosengeldes ausschließen bzw. hinausschieben können.

### 1. Die Lösung des Dienstverhältnisses

Die Arbeitsämter scheinen bei ihrem Vorgehen von der Annahme auszugehen, daß die Gewährung einer Kündigungsentschädigung die rechtliche Beendigung des Dienstverhältnisses hinausschiebt. Dies würde bedeuten, daß Arbeitslosigkeit im Sinne des § 11 ALVG erst gegeben wäre, bis der Zeitraum, für welchen Kündigungsentschädigung bzw. Ansprüche wegen vorzeitiger Lösung eines befristeten Dienstverhältnisses gebühren, *verstrichen* ist. Es ist daher zu untersuchen, ob diese Annahme, mit den Grundsätzen des österreichischen Arbeitsrechtes einerseits und der Diktion des ALVG andererseits vereinbart werden kann.

Nach nahezu einhelliger Auffassung der Lehre<sup>2)</sup> und Rechtsprechung<sup>3)</sup> ist es ein Hauptgrundsatz des österreichischen Arbeitsrechtes, daß *bei vorzeitiger Beendigung* des Dienstverhältnisses (Austritt und Entlassung) das Dienstverhältnis *rechtlich beendet* ist. Das österreichische Arbeitsrecht läßt eine vorzeitige Auflösung des Dienstverhältnisses durch einseitige Willenserklärung des Dienstgebers nur aus wichtigen Gründen zu, auf welche entweder allgemein verwiesen wird (§ 1162 ABGB), oder welche in anderen dienstrechtlichen Normen demonstrativ (§§ 26, 27 AngG) oder taxativ (§§ 82, 82 a GewO) aufgezählt sind. Bei Nichtvorliegen dieser „wichtigen Gründe“ stehen dem Dienstnehmer die finanziellen Ansprüche gemäß § 1162 a ABGB, § 29 AngG, § 84 GewO u. a. zu, das Arbeitsverhältnis ist jedoch auch in diesem Falle als beendet anzusehen, was aus der klaren Textierung des ABGB und der arbeitsrechtlichen Sondergesetze abzuleiten ist.

#### a) Vorzeitige Entlassung

Die auf fristlose Entlassung gerichtete Willenserklärung muß auf Grund der Textierung der Gesetze auch dann als zur Lösung des Dienstverhältnisses führend betrachtet werden, wenn sich nachträglich herausstellt, daß die fristlose Entlassung unbegründet war. Eine Umdeutung in eine ordentliche Kündigung bzw. Nichtigkeit der Entlassung mit der Wirkung, daß sie als nicht ausgesprochen anzusehen ist (absolute Nichtigkeit<sup>4)</sup>) bzw. die Möglichkeit besteht, sie im Klagewege zu beseitigen (relative Nichtigkeit<sup>5)</sup>), kann den einschlägigen Bestimmungen nicht entnommen werden, vielmehr wird auch die unbegründete, auf fristlose Entlassung gerichtete Willenserklärung, vom Gesetzgeber anerkannt, und zwar deswegen anerkannt, da er *spezifische* Rechtsfolgen daran knüpft.

Insbesondere § 1162 b ABGB und § 29/1 AngG bestimmen, daß dem ungerechtfertigt Entlassenen seine vertragmäßigen Ansprüche auf das Entgelt für den Zeitraum, der bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses durch Ablauf der Vertragszeit oder durch ordnungsgemäße Kündigung hätte verstreichen müssen, unbeschadet eines weiteren Schadenersatzanspruches gebühren. Aus dieser Textierung ergibt sich die o. a. für das Dienstverhältnis spezifische Rechtsfolge: der Arbeitnehmer kann nicht, wie dies bei Verletzung anderer Dauerschuldverhältnisse der Fall ist, Zuhaltung des Vertrages (Erfüllung) verlangen, sondern er hat Anspruch auf „Kündigungsentschädigung“. Es ist daher auch grundsätzlich keine Klage auf Feststellung der Rechtsunwirksamkeit der Entlassung bzw. auf Unwirksamklärung der Entlassung möglich. Wenn der Gesetzgeber ausspricht, daß die Ansprüche im Falle ungerech-

fertigter Entlassung sich nach jenem Zeitraum bemessen, der bis zur ordnungsgemäßen Lösung hätte verstreichen müssen, so ist schon bei grammatikalischer Interpretation aus dem Gebrauche des Konjunktives zu entnehmen, daß in diesem Hinweis nur eine Bemessung für die dem Entlassenen noch zustehenden Ansprüche gesehen, niemals jedoch das aufrechte Bestehen des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der o. a. Zeiträume daraus geschlossen werden kann.

#### b) Vorzeitiger Austritt

Die o. a. Ausführungen bezüglich der fristlosen Entlassung gelten auch für den vorzeitigen Austritt des Dienstnehmers aus einem gesetzlich anerkannten Grunde. Auch bei ungerechtfertigtem Austritt kommt der Willenserklärung des Dienstnehmers auflösende Wirkung zu. Das ergibt sich ganz eindeutig aus § 1162 a ABGB, welcher dem Dienstgeber das Recht gibt, den Wiedereintritt des Dienstnehmers zu verlangen. Ist aber das Dienstverhältnis nicht gelöst, so wäre es müßig, von einem Wiedereintritt zu sprechen. Andererseits ist der Dienstgeber auf Grund dieser Gesetzesstelle berechtigt, statt des Wiedereintrittes Schadenersatz zu verlangen. Die Bestimmung über den Wiedereintritt haben übrigens die späteren Gesetze, da sie nicht praktisch geworden ist, teilweise fallen gelassen (so das Angestelltengesetz) und nur die Schadenersatzbestimmung erhalten, teilweise keine besondere Bestimmung getroffen, so daß das ABGB zur Anwendung kommt.

#### c) Vorzeitige Lösung eines befristeten Dienstverhältnisses

Die vorzeitige Lösung seitens des Dienstgebers hat dieselbe Wirkung wie die ungerechtfertigte Entlassung mit einer einzigen Modifikation: Der Zeitraum, für welchen die Entgeltsansprüche weiter bestehen, ist begrenzt mit dem Zeitpunkt der vertraglichen Befristung. Für den vorzeitigen Austritt des Dienstnehmers gilt das oben Gesagte.

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß jede auf Entlassung gerichtete Willenserklärung, mag sie berechtigt sein oder nicht, das Dienstverhältnis grundsätzlich zum Erlöschen bringt.

Die o. a. Regelung hinsichtlich der Beendigung des Dienstverhältnisses ist *im deutschen Recht* nicht gegeben. Es soll in diesem Zusammenhange deswegen auf diese Bestimmung eingegangen werden, da sowohl im deutschen Arbeitsrecht als auch im Gesetz über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung die Rechtsverhältnisse anders liegen und im Wege der Rechtsvergleichung die aufgezeigte Problematik besser verständlich wird.

Die vorzeitige Lösung des Arbeitsverhältnisses wird im deutschen Recht häufig als *außerordentliche Kündigung* bezeichnet, welcher Terminus im Hinblick auf die deutschrechtliche Regelung als zutreffend angesehen werden muß und in der Folge auch beibehalten wird. Die außerordentliche Kündigung muß durch das Vorliegen besonderer Gründe gerechtfertigt sein. Die Gründe sind ähnlich wie im österreichischen Recht teils erschöpfend, teils beispielweise aufgezählt. § 626 BGB sowie § 124 a GewO anerkennen jeden wichtigen Grund zur fristlosen Entlassung als ausreichend. Wird eine außerordentliche Kündigung ohne Vorliegen eines zureichenden Grundes ausgesprochen, so kann unter Heranziehung des § 140 BGB in der abgegebenen Willenserklärung eine ordentliche Kündigung zum nächst zulässigen Termin erblickt werden. Gemäß § 140 BGB wird ein nichtiges Rechtsgeschäft in ein anderes gültiges Rechtsgeschäft umgedeutet, wenn angenommen werden kann, daß bei Kenntnis der Nichtigkeit das gültige Rechtsgeschäft gewollt war<sup>6)</sup>. Eine Umdeutung dieser außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung ist demnach nur zulässig, wenn aus dem Sachverhalt hervorgeht, daß der Kündigende Willens war, das Dienstverhältnis unter allen Umständen zu lösen, was in dubio nicht angenommen wird, da das deutsche Recht die

<sup>2)</sup> Adler-Höller in Klags Kommentar, 5. Band, S. 341, 347; Grünberg Seite 166 ff.; Lederer Seite 206 ff.

<sup>3)</sup> OGH, 2. Februar 1926, SZ VIII/41; 13. Dezember 1906, GLUF 3600; 23. Januar 1912, Fuchs Nr. 42; 2. Dezember 1913, Fuchs Nr. 130; GG Graz 11. Juli 1932, Slg. 4214; a. M. Ehrenzweig § 373/VIII 3 c; Weiß ÖAnwZ 26, 166.

<sup>4)</sup> Ausnahme: jene Fälle, wo die Zustimmung einer Behörde Voraussetzung für die Willenserklärung ist (z. B. Invalideneinstellungsgesetz).

<sup>5)</sup> Ausnahme: § 25 (8) BRG.

<sup>6)</sup> Siehe Machacek „Das Recht der Arbeit“, Der Kündigungsschutz des Mutterschutzgesetzes (Februar 1952).