§ 9. (1) Wird der Angestellte während einer Dienstverhinderung gemäß § 8 Abs 1 bis 2a gekündigt, ohne wichtigen Grund vorzeitig entlassen oder trifft den Dienstgeber ein Verschulden an dem vorzeitigen Austritt des Angestellten, so bleibt der Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts für die nach diesem Bundesgesetz vorgesehene Dauer bestehen, wenngleich das Dienstverhältnis früher endet. Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung bleibt auch bestehen, wenn das Dienstverhältnis während einer Dienstverhinderung gemäß § 8 Abs 1 bis 2a oder im Hinblick auf eine Dienstverhinderung gemäß § 8 Abs 1 bis 2a einvernehmlich beendet wird.

(2) Weibliche Angestellte dürfen wegen der durch ihre Schwangerschaft (§ 8, Absatz 5) oder ihre Niederkunft verursachten Dienstverhinderung nicht entlassen werden. Wird das Dienstverhältnis vom Dienstgeber innerhalb sechs Wochen vor oder innerhalb sechs Wochen nach der Niederkunft gekündigt, so endigt es in keinem Falle vor Ablauf von acht Wochen nach der Niederkunft.

(3) Die Ansprüche des Angestellten auf Fortbezug des Entgeltes (§ 8) erlöschen mit der Beendigung des Dienstverhältnisses, wenn dieses infolge Ablaufes der Zeit, für die es eingegangen wurde, oder infolge einer früheren Kündigung aufgelöst wird. Das gleiche gilt, wenn der Angestellte aus einem anderen Grunde als wegen der durch Erkrankung oder Unglücksfall verursachten Dienstverhinderung entlassen wird.

idF BGBl 1975/418, BGBl I 2017/153

Schrifttum zu § 9

Binder, Zur Bemessung und Dauer von Entgeltfortzahlungsansprüchen, ZAS 2007, 100;

Burger in *Reissner* (Hrsg), Angestelltengesetz[3] (2019);

Burgstaller, Krankheit und Kündigung, Kündigung im Krankenstand – Krankheit als Kündigungsgrund, ZAS 2003, 163;

Drs, Kündigung während des Krankenstandes – Entgeltanspruch bei vorzeitigem Dienstschluss, RdW 2004, 742; *dies* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar[3] (2018);

Eibensteiner, Rückwirkende Krankschreibung und Arbeitgeberkündigung, RdW 2017, 313;

Enzelsberger, Beendigung und Krankenstand, ecolex 2009, 196; *dies*, Gesetzliche Neuerungen im arbeitsrechtlichen Elternschutz, ZAS 2016, 67;

Glowacka, Angleichung Arbeiter – Angestellte bei der Entgeltfortzahlung, ZAS 2017, 339;

Holzer in *Marhold/Burgstaller/Preyer* (Hrsg), Angestelltengesetz (Losebl);

Jabornegg, Zur Rechtsnatur der Kündigungsentschädigung, in FS Koziol (2010) 175;

Kallab/Hauser, Entgeltfortzahlungsgesetz und Wiedereingliederungsteilzeit[6] (2018);

Löschnigg, E-Bespr 99/08/0035, DRdA 2004, 156; *ders*, Arbeitsrecht[13] (2017);

Leseprobe

Martinek/Schwarz, Angestelltengesetz (1965);
Melzer-Azodanloo, Dienstverhinderung durch Krankheit und Unglücksfall, in *Resch* (Hrsg), Fragen der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers (2004) 15;
Mosing, Die fallweise Beschäftigung im Arbeits- und Sozialrecht, ZAS 2014, 244;
Pöschl/Unterrieder, Arbeiter und Angestellte – angeglichen, aber noch nicht gleich, RdW 2017, 831;
Radner, Sozialrechtliche Fragen bei Karenzierung/Aussetzung des Arbeitsvertrages, in *Resch* (Hrsg), Karenzierung und Aussetzung des Arbeitsvertrages (2002) 77; *ders*, Die Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses während des Krankenstandes, DRdA 2004, 275;
Rauch, Kündigungsentschädigung und Krankenstand, ASoK 2006, 463; *ders*, Auflösung des Arbeitsverhältnisses während eines Krankenstandes, ASoK 2003, 410; *ders*, Probezeit und Krankenstand, ARD 5470/6/2004; *ders*, Auflösung während der Probezeit wegen Schwangerschaft anfechtbar, ASoK 2005, 392;
Reissner, Arbeitsvertragsbeendigung und Krankenstand, in *Resch* (Hrsg), Krankenstand (2007) 41;
Rummel in *Rummel/Lukas* (Hrsg), ABGB[4] (rdb, 2014);
Runggaldier, Die krankheitsbedingte Kündigung, ZAS 1982, 130;
Schrank, „Arbeitnehmer Angleichungspaket": Inkrafttretens-, Anwartschafts-, Günstigkeits- und Umgehungsschutzfragen, RdW 2018, 33;
Schwarz, Zeitwidrige Kündigung und Wissenserklärung im Arbeitsrecht, ÖJZ 1984, 617;
Spitzl, Einvernehmliche Auflösung im Krankenstand, ecolex 2002, 195;
Stegmüller, Angleichung der Entgeltfortzahlungssysteme: Auswirkungen auf kollektivvertragliche Entgeltfortzahlungsansprüche, ZAS 2017, 343;
Stella, Entgeltfortzahlung bei einvernehmlicher Auflösung während Dienstverhinderung – bleibt alles beim Alten? ecolex 2018, 8;
Wachter, E-Bespr 9 ObA 13/07p, DRdA 2009, 117; *ders*, Der nachvertragliche Krankengeldanspruch, in *Wachter/Burger* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht 2009 (2009) 103;
Wagnest, Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Kündigungsentschädigung bzw Schadenersatz bei vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses, DRdA 2002, 254.

Übersicht zu § 9

1. Entstehungsgeschichte des § 9 . . . . . Rz 1
2. Anwendungsbereich, Zweck und Wirkung des § 9 . . . . . Rz 3
3. Beendigungsarten und ihre Folgen für die Entgeltfortzahlung . . . . Rz 8
3.1 Ausgangslage . . . . . Rz 9
3.2 Zeitpunkt der Beendigung . . . . . Rz 12
3.3 Sonderprobleme
3.3.1 Arbeitgeberkündigung . . . . . Rz 15
3.3.2 Unbegründete Entlassung und vom Arbeitgeber verschuldeter Austritt des Arbeitnehmers
3.3.2.1 Ausgangslage . . . . . Rz 20
3.3.2.2 Zum Verhältnis von Lohnfortzahlungsverpflichtung und Schadenersatz . . . . . Rz 22

Leseprobe

3.3.3 Begründete Entlassung . . . . . Rz 30
3.3.4 Karenzierung. . . . . Rz 32
3.3.5 Einvernehmliche Auflösung. . . . . Rz 36
4. Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Schwangerschaft bzw Geburt eines Kindes. . . . . Rz 39

1. Entstehungsgeschichte des § 9

Fortzahlung des Entgelts auch in jenen Zeiten, in denen der Dienstnehmer nicht arbeitet, bedeutet für den Arbeitgeber vermehrte **finanzielle Belastung**[1]. Um dieser zu entgehen, liegt es insb bei längeren Dienstverhinderungen nahe, das Arbeitsverhältnis mit dem nicht arbeitsfähigen Beschäftigten zu beenden. Schon mit dem Gesetz v 16. 1. 1910, RGBl 20, über den Dienstvertrag der Handlungsgehilfen und anderer Dienstnehmer in ähnlicher Stellung (**Handlungsgehilfengesetz**, HGG) wurde in § 9 *leg cit* die Position eines dienstverhinderten Angestellten daher folgendermaßen abgesichert: Überstieg der Zeitraum einer Dienstverhinderung wegen Erkrankung oder sonstiger den Angestellten betreffenden Gründe nicht jenen Zeitraum, für den Anspruch auf Lohnfortbezug bestand, durfte der Dienstnehmer **nicht entlassen** werden. Wurde während der Verhinderung **gekündigt**, so blieben die Fortzahlungsansprüche für die in § 8 HGG bestimmten Zeiträume aufrecht, wenngleich das Dienstverhältnis früher endete. Ebenso wurden jene Beendigungen genannt, die ein **Erlöschen** der Ansprüche nach § 8 HGG mit sich brachten: es waren dies der Zeitablauf und eine „frühere" (dh vor Eintritt der Dienstverhinderung erfolgte) Kündigung sowie eine Entlassung, die **nicht** wegen der Dienstverhinderung auf Grund von Erkrankung, Unglücksfall oder Militärdienstpflicht erfolgte. **1**

In der Nachfolgebestimmung, dh in der ursprünglichen Fassung des § 9 AngG (BG v 11. 05. 1921, BGBl 1921/292), war eine **Entlassungsmöglichkeit** des Angestellten vorgesehen, wenn die Dienstverhinderung den Zeitraum, für den der Anspruch auf Fortbezug des Entgelts bestand, um zwei Wochen überstieg[2]. Ebenso stellte gem § 27 Z 5 AngG eine durch Krankheit (Unfall) bedingte Abwesenheit, die länger als die in § 9 bezeichnete Zeit dauerte, einen Entlassungsgrund dar. Diese ausdrückliche Möglichkeit der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen krankheitsbedingter Probleme in §§ 9 und 27 wurde erst durch die Novelle BGBl 1975/418 **beseitigt**. Im Zuge der weiteren Angleichung der Rechtsstellung von Arbeitern und Angestellten wurde § 9 durch die Novelle BGBl I 2017/153 dahingehend **2**

[1] Zu verschieden Zuschüssen für den Dienstgeber, um die Kosten der Entgeltfortzahlung abzumildern, vgl § 8 Rz 284 ff.

[2] Vgl zB *Martinek/Schwarz*, AngG (1965) § 9 Erl 3; weiters auch *Runggaldier*, Die krankheitsbedingte Kündigung, ZAS 1982, 130.

Leseprobe

ergänzt, dass auch im Falle einer **einvernehmlichen Auflösung** während des Krankenstands eine erweiterte Entgeltfortzahlungspflicht besteht.

2. Anwendungsbereich, Zweck und Wirkung des § 9

3 Ausgehend vom synallagmatischen Charakter des Arbeitsvertragsverhältnisses erlöschen mit dem **Ende** des **Vertragsverhältnisses** grundsätzlich die daraus resultierenden gegenseitigen Rechte und Pflichten für Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Dieses allgemeine Prinzip muss auch für die Entgeltfortzahlungsansprüche nach § 8 AngG gelten, sodass Dienstverhinderungen, die über das Vertragsende hinaus dauern, grundsätzlich nicht mehr maßgeblich sind und für sie vom Arbeitgeber **kein** Entgelt mehr fortgezahlt werden muss, weil ja auch keine Arbeitspflicht mehr besteht. § 9 AngG sieht jedoch **Ausnahmen** von diesem Grundsatz vor: Bei bestimmten, **von Seiten** des **Arbeitgebers** ausgehenden **Beendigungsformen** gebührt dem Arbeitnehmer auch über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus Entgeltfortzahlung (§ 9 Abs 1).

4 Aus § 9 ergibt sich zunächst einmal indirekt, dass grundsätzlich auch eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses während einer Dienstverhinderung rechtens[3] sein kann[4]. Außerdem steht es dem Arbeitgeber frei, bei der Auflösung einen Auflösungstermin so zu wählen, dass ein bestimmter zeitabhängiger Anspruch nicht mehr entstehen kann und deshalb für die Entgeltfortzahlung nicht zu berücksichtigen ist[5]. Allerdings soll – und dies ist der primäre **Zweck** dieser Bestimmung[6] – der (teilweise) **Verlust** des gesetzlichen **Entgeltfortzahlungsanspruchs** durch arbeitgeberseitige Disposition während eines laufenden Krankenstands[7] **verhindert** werden: Es soll dem Arbeitgeber nicht oder nur schwer möglich sein, durch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses das gesetzlich ihm zugedachte **wirtschaftliche Risiko** einer **arbeitsleistungsfreien** Zeit einfach auf den Arbeitnehmer zu **überwälzen**[8]. Insb längere Dienstver-

Leseprobe

[3] Freilich sind insb die Grenzen des Kündigungs- und Entlassungsschutzes sowie der verschiedenen Antidiskriminierungsvorschriften und Sittenwidrigkeitt zu beachten.

[4] S etwa zu einer Kündigung während eines Krankenstands schon OGH 3. 10. 1911, Rv I 934/11, Fuchs (1914) Nr 24.

[5] OGH 23. 2. 2018, 8 ObA 53/17b, Arb 13.476 zu einer Sonderzahlung, die laut Kollektivvertrag erst ab einer bestimmten Dauer des Dienstverhältnisses zusteht.

[6] Ebenso etwa *Holzer* in *Marhold/Burgstaller/Preyer* (Hrsg), AngG (Losebl) § 9 Rz 1; *Drs* in Zeller Kommentar[3] (2018) § 9 AngG Rz 4.

[7] Sowie während einer Schwangerschaft oder nach der Geburt.

[8] S nur OGH 23. 2. 2018, 8 ObA 53/17b, Arb 13.476; weiters auch *Burgstaller*, Kündigung im Krankenstand – Krankheit als Kündigungsgrund, ZAS 2003, 163; *Eibensteiner*, Rückwirkende Krankschreibung und Arbeitgeberkündigung, RdW 2017, 313.

hinderungen[9] könnten sonst einen starken Anreiz darstellen, sich von nicht einsatzfähigen Beschäftigten gänzlich zu trennen[10]. Mit § 9 vergleichbare Regelungen für „Nicht-Angestellte" (zum persönlichen Anwendungsbereich s § 8 Rz 43 ff) finden sich vor allem in § 5 EFZG sowie im § 1156 ABGB[11].

Die trotz des Vertragsendes bestehende Entgeltfortzahlungsverpflichtung nach § 9 AngG betrifft – anders als die Vorgängerregelung in § 9 HGG oder der aktuelle § 1156 ABGB[12] – allerdings ausdrücklich nur die **gesundheitlich** bedingten Dienstverhinderungsgründe nach § 8 Abs 1 bis 2a AngG; sonstige in der Person des Arbeitnehmers gelegene Gründe sind nicht genannt. Eine analoge Anwendung des § 9 auf **sonstige** Dienstverhinderungsgründe wäre auf Grund der übereinstimmenden Interessenlage des Arbeitnehmers und der Zielsetzung des § 9 (insb Verhinderung der Übertragung des wirtschaftlichen Risikos wegen gerechtfertigten Fernbleibens auf den Arbeitnehmer) prinzipiell möglich; auf Grund der von vornherein bloß „verhältnismäßig kurzen" Entgeltfortzahlungsdauer kann von einer solchen Motivation des Arbeitgebers generell allerdings eher **nicht** ausgegangen werden. In Frage zu stellen ist zudem das Vorliegen einer planwidrigen Unvollständigkeit, weil § 9 AngG den Wortlaut der Vorgängerregelung nicht übernommen hat und auch im EFZG keine parallele Regelung zu finden ist. **5**

Für **Schwangere** sowie Frauen nach der **Niederkunft** sieht § 9 Abs 2 einen besonderen Entlassungsschutz vor. Weiters sichert er den Arbeitsplatz für die Zeit bis mindestens 8 Wochen nach der Geburt, wenn der Dienstgeber das Arbeitsverhältnis innerhalb von 6 Wochen vor oder nach der Geburt kündigt (sa Rz 39). **6**

§ 9 iVm § 40 kommt einseitig **zwingende** Wirkung zu. Kollektive oder einzelvertragliche Regelungen zu Gunsten der Arbeitnehmer können getroffen werden (zB um einen Monat verlängerte Entgeltfortzahlung bei Kündigung des Arbeitgebers im Falle eines Arbeitsunfalls); Regelungen zu Ungunsten des Angestellten sind hingegen **rechtsunwirksam**. **7**

Leseprobe

---

9 Zur Beendigung des Dienstverhältnisses eines Vertragsbediensteten, der auch begünstigter Behinderter ist, nach einem langen Krankenstand vgl OGH 17. 12. 2018, 9 ObA 86/18i, ARD 6654/11/2019.

10 Zum Diskriminierungsschutz wegen Behinderung bei längeren Krankenständen sa EuGH 18. 1. 2018, C-270/16, *Ruiz Conjero*, DRdA 2019, 40 mit Bespr v *Windisch-Graetz/Bertsch*; weiters EuGH 11. 9. 2019, C-397/18, *Nobel Plastiques Ibérica SA*, GPR 2020, 48.

11 S weiters § 9 GAngG, § 11 HausgG, § 26 LAG, § 9 Abs 7 u 8 TAG sowie weiters § 25 Abs 13 HeimAG.

12 *Drs* in Zeller Kommentar[3] (2018) § 1156 ABGB Rz 3 weist bezüglich § 1156 ABGB darauf hin, dass eine subsidiäre Anwendung dieser Bestimmung für Angestellte ausgeschlossen ist.

3. Beendigungsarten und ihre Folgen für die Entgeltfortzahlung

8 Neben der **Art** der Dienstverhinderung sind vor allem die gewählte **Beendigungsform** sowie der **Zeitpunkt** der Auflösung für eine über das Vertragsende hinausgehende Entgeltfortzahlungsverpflichtung maßgeblich.

3.1 Überblick

9 § 9 Abs 1 nennt jene Beendigungsformen, bei deren Vorliegen über das Vertragsende hinaus Entgelt fortzuzahlen ist; es sind dies:

- Arbeitgeberkündigung **während** der Dienstverhinderung,
- **unbegründete** Entlassung oder vom Arbeitgeber verschuldeter Austritt des Angestellten sowie
- die **einvernehmliche Auflösung** (seit der Novelle BGBl I 2017/153).

In Abs 3 werden jene Beendigungstypen genannt, bei denen der Entgeltfortzahlungsanspruch zeitgleich mit der Vertragsbeendigung aufhört (Zeitablauf, Kündigung vor Eintritt der Dienstverhinderung, Entlassung aus einem **anderen** Grund als Krankheit oder Unfall). Durchaus strittig ist, inwieweit die gesetzlichen Aufzählungen jeweils als **taxativ** anzusehen sind[13]; dies wird naturgemäß insb bei der Behandlung nicht genannter Beendigungsformen entsprechend zu berücksichtigen sein.

10 Bei den gleich im Anschluss angeführten Beendigungsformen ist daher in Zusammenschau von § 9 Abs 1 und 3 nach einhelliger Auffassung jeweils mit dem **Ende** des **Vertragsverhältnisses** auch vom **Erlöschen** der **Entgeltfortzahlungsverpflichtung** auszugehen. Dies gilt für eine Beendigung durch

- Zeitablauf,
- Arbeitgeberkündigung **vor** Eintritt der Dienstverhinderung,
- unbegründeten oder nicht vom Arbeitgeber verschuldeten Austritt des Arbeitnehmers, sowie
- vom Arbeitnehmer verschuldete Entlassung aus einem anderen Grund als eine vorübergehende gesundheitliche Beeinträchtigung des Arbeitnehmers durch Krankheit oder Unfall (Näheres Rz 30 ff).

Leseprobe

[13] S etwa *Drs* in Zeller Kommentar[3] (2018) § 9 AngG Rz 9.

Vom **Erlöschen** der **Entgeltfortzahlungsverpflichtung** zeitgleich mit dem **Ende** des **Vertragsverhältnisses** wird aber grundsätzlich auch bei **11**

- Auflösung eines Probearbeitsverhältnisses[14] und
- „freiwilliger" Kündigung durch den Arbeitnehmer[15]

ausgegangen.

3.2 Zeitpunkt der Beendigung

Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich, dass primär der **Zeitpunkt** der **Beendigung** maßgebend dafür ist, ob eine Entgeltfortzahlungsverpflichtung über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus besteht oder nicht; die **Kenntnis** des Arbeitgebers **vom Krankenstand** ist – trotz des Zwecks des § 9 (der Vermeidung der Abwälzung des Entgeltrisikos) – hingegen **nicht erforderlich**[16]. Wann erfolgt eine Beendigung nun „**während** der **Dienstverhinderung**"? Die gesundheitsbedingte Dienstverhinderung („der Krankenstand") fängt grundsätzlich zu jenem **Zeitpunkt** an, in dem der Arbeitnehmer tatsächlich (= „objektiv") **arbeitsunfähig** ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer auf Grund von Krankheit oder Unfall seiner vertraglich geschuldeten Tätigkeit **nicht** nachkommen kann; das Vorliegen eines regelwidrigen Körperzustands allein reicht noch nicht[17]. Vom Moment der Arbeitsunfähigkeit an bis zu deren Ende reicht der (zeitliche) **Schutzbereich** des § 9: In der Praxis kommt es dabei letztlich auf die ärztliche Feststellung bzw Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit und die dort angeführte **Datierung** an; dies gilt auch bei einer **rückwirkenden** Krankschreibung durch den Arzt[18] (zum Auftreten **12**

Leseprobe

[14] OGH 28. 8. 1991, 9 ObA 161/91, DRdA 1992, 215 mit Bespr v *Mosler*; OGH 21. 1. 2004, 9 ObA 154/03t, DRdA 2005, 52 mit krit Bespr v *Eypeltauer*; *Burger* in *Reissner* (Hrsg), Angestelltengesetz[3] (2019) § 9 Rz 10; *Schrank*, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht (2020) Kap 34/34; weiters auch OGH 8. 7. 1999, 8 ObA 188/99a, DRdA 2000, 74; krit zu dieser Judikaturlinie insb *Drs* in Zeller Kommentar[3] (2018) § 9 AngG Rz 16 f. S weiters *Mosing*, Die fallweise Beschäftigung im Arbeits- und Sozialrecht, ZAS 2014, 244 (249 f).

[15] Bzgl der Eigenkündigung des Arbeitnehmers stellen große Teile der Lehre darauf ab, ob und inwieweit die Auflösung auf das Verhalten des Arbeitgebers, zB dessen Initiative aber auch das Setzen eines Austrittsgrunds, zurückgeht, und bejahen dann bei überwiegendem Interesse des Arbeitgebers die Entgeltfortzahlungsverpflichtung auch über den Endtermin; so etwa *Burger* in *Reissner* (Hrsg), AngG[3] (2019) § 9 Rz 7; *Löschnigg*, E-Bespr 99/08/0035, DRdA 2004, 156; weiters *Reissner*, Arbeitsvertragsbeendigung und Krankenstand, in *Resch* (Hrsg), Krankenstand (2007) 41 (63).

[16] S jedoch auch *Holzer* in *Marhold/Burgstaller/Preyer* (Hrsg), AngG (Losebl) § 9 Rz 4 sowie unten Rz 13 Fn 23.

[17] OLG Wien 15. 9. 2004, 7 Ra 111/04a, ARD 5550/9/2004.

[18] *Eibensteiner*, Rückwirkende Krankschreibung und Arbeitgeberkündigung, RdW 2017, 313.

einer **weiteren** Erkrankung nach der Kündigung während des Krankenstands s Rz 19).

Teile der Lehre[19] **erweitern** den zeitlichen Schutzbereich des § 9 sogar noch: Sie wenden die Bestimmung nicht nur auf bereits eingetretene Krankenstände an, sondern analog auch auf **Beendigungen** durch den Dienstgeber, wenn die **Dienstverhinderung** erst **bevorsteht** oder ihr Eintritt angekündigt ist (zB bei Kündigung anlässlich der Bekanntgabe eines Kuraufenthalts oder einer Operation). Dem ist zuzustimmen: Wäre ein Arbeitnehmer trotz einer derart großen inhaltlichen und auch noch zeitlichen Nähe von Beendigungsakt und Dienstverhinderung nicht geschützt, käme es zu einem beachtlichen Wertungswiderspruch. Die ausdrückliche Erweiterung des Schutzbereichs auf prophylaktische Beendigungen im Zuge der Aufnahme der einvernehmlichen Auflösung in § 9 ist insofern als Klarstellung und Bestätigung anzusehen (zur vergleichbaren Konstellation bei Karenzierungsvereinbarung s Rz 32 ff).

13 Der Zeitpunkt der Beendigung wird maßgeblich durch den **Zugang** der **Auflösungserklärung** bestimmt; als empfangsbedürftige Willenserklärungen entfalten Auflösungserklärungen erst damit ihre Wirkung beim Erklärungsgegner[20]: Insb wird dadurch etwa der Lauf der Kündigungsfrist ausgelöst. Unter Anwesenden ist der Zeitpunkt des mündlichen (telefonischen)[21] Ausspruchs der Beendigung gegenüber dem Erklärungsgegner maßgeblich; unter Abwesenden (dh etwa bei Beendigungserklärung per Post, SMS, E-Mail, *WhatsApp* oder Boten) ist es jener des Einlangens im „Machtbereich" des Erklärungsempfängers (Näheres § 20 Rz 23). Erreicht etwa die schriftliche Kündigung des Arbeitgebers den Arbeitnehmer an einem Tag, für den die Arbeitsunfähigkeit festgestellt wird, so liegt formal eine Auflösung „während" der Dienstverhinderung vor[22]. Dies gilt grundsätzlich sogar dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit (gerade erst) für den Zeitpunkt des Zugangs **rückwirkend** festgestellt worden ist[23].

Leseprobe

---

19 *Holzer* in *Marhold/Burgstaller/Preyer* (Hrsg), AngG (Losebl) § 9 Rz 6; *Drs* in Zeller Kommentar[3] (2018) § 9 AngG Rz 21; *dies*, Kündigung während des Krankenstandes, RdW 2004, 742.

20 Ausführlich zu diesem Themenbereich etwa *Burgstaller*, Krankheit und Kündigung, ZAS 2003, 163 und OGH 23. 8. 1995, 9 ObA 93/95, ZASB 1995, 22 = ARD 4685/24/95 („erfolgreicher" Zugang eines eingeschriebenen Briefes, auch wenn Arbeitnehmer krankheitsbedingt das Bett hüten musste und das Schreiben nicht abholen konnte).

21 Vergleichbares würde aufgrund der Synchronizität von Ausspruch und Empfang auch für die Auflösungserklärung während eines Videotelefonats oder Videokonferenz, an die beiden Betroffenen teilnehmen, gelten.

22 Ebenso *Drs* in Zeller Kommentar[3] (2018) § 9 AngG Rz 19.

23 Wohl um Missbrauch von Arbeitnehmerseite zu verhindern und auch durchaus den Zweck von § 9 berücksichtigend, unterliegt der Arbeitgeber der nachvertrag-

Weiters muss der Dienstnehmer im Zeitpunkt des Zugangs der Auflösungserklärung **geschäftsfähig** sein. Ist er dies auf Grund physischer oder psychischer Probleme nicht, so ist die Beendigungserklärung **unwirksam** und auch nicht rückwirkend sanierbar. In derartigen Fällen ist allenfalls eine Auflösung des Dienstverhältnisses über einen Erwachsenenvertreter anzudenken[24]. **14**

3.3 Sonderprobleme

3.3.1 Arbeitgeberkündigung

Auch während einer **gerade** bestehenden Erkrankung des Arbeitnehmers kann eine **Kündigung** seitens des Arbeitgebers grundsätzlich **rechtswirksam** erfolgen; dabei sind die gesetzlichen sowie allenfalls bestehenden kollektiv- oder einzelvertraglichen Einschränkungen zu beachten[25]. **15**

Inwieweit es zur „Weiterzahlung über das Vertragsende hinaus" kommt, ergibt sich zusammengefasst danach, ob die Dienstverhinderung **vor** oder **nach** der Kündigung (bzw deren Zugang s oben Rz 13) eingetreten ist: **16**

Leseprobe

lichen Entgeltfortzahlungspflicht – zumindest zufolge der Judikatur – jedoch dann nicht, wenn der Arbeitnehmer noch „normal" seiner Arbeit nachgegangen, dabei gekündigt worden ist und erst in der Folge rückwirkend krankgeschrieben wurde, vgl ASG Wien 18. 11. 1993, 10 Cga 241/93w, ARD 4536/9/94; OLG Wien 15. 9. 2004, 7 Ra 111/04a, ARD 5550/9/2004. Ausdrücklich darauf hinweisend, dass die Kenntnis des Arbeitgebers über das Vorliegen des Krankenstands in solchen Fällen eine Rolle spielen müsste, *Holzer* in *Marhold/Burgstaller/Preyer* (Hrsg), AngG (Losebl) § 9 Rz 6; anders die hM, s nur *Drs* in Zeller Kommentar[3] (2018) § 9 Rz 19 mwH. Zu den Sanktionen bei Missbrauch s im Übrigen etwa § 8 Rz 92.

[24] Vgl sinngemäß – wenn auch zur Rechtslage vor der Einführung des Erwachsenenvertreters – etwa *Rummel* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), ABGB[4] (rdb, 2014) § 865 Rz 2 ff; s weiters OGH 1. 12. 1999, 9 ObA 284/99a, DRdA 2000, 258 = ARD 5127/16/2000; OGH 22. 6. 1995, 8 ObA 223/95, DRdA 1996, 224 mit Bespr v *Dullinger*; *Burgstaller*, Krankheit und Kündigung, ZAS 2003, 163.

[25] Dem EuGH (11. 7. 2006, C-13/05, *Navas*, NZA 2006, 839 = DRdA 2006, 397) zufolge fallen Krankheitszustände nicht in den Bereich des Schutzes, den die RL 2000/78/EG gegen die Diskriminierung aus Gründen der Behinderung gewährt; Krankheit als solche tritt auch nicht als weiterer Grund zu den in den RL sowie den nationalen Umsetzungsvorschriften genannten Diskriminierungstatbeständen hinzu. Zur tw „erschwerten" Kündigung von (älteren) Dienstnehmern, die im Verlaufe ihrer beruflichen Karriere öfters krankheitsbedingt der Arbeit fernbleiben müssen sowie andererseits zur Geltendmachung von (längeren) Krankenständen als persönlich bedingte Rechtfertigungsgründe für die Kündigung, s die Ausführungen zum allgemeinen Kündigungsschutz in *Löschnigg*, Arbeitsrecht[13] (2017) Rz 8/050 ff; weiters *Enzelsberger*, Beendigung und Krankenstand, ecolex 2009, 196.