

1. Teil

Der Arbeitsvertrag

I. Einleitung

Der **Arbeitsvertrag regelt** die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien, insb die Entgeltverpflichtung des Arbeitgebers (s Rz 157 ff), die Arbeitsbedingungen wie die Arbeitszeiten (s Rz 654 ff), den Arbeitsort (s Rz 931 ff), die vom Arbeitnehmer zu verrichtende Tätigkeit (s Rz 977 ff) sowie Beginn und Ende des Arbeitsverhältnisses (s Rz 1008 ff), ev auch die bei Beendigung zustehenden Ansprüche der Vertragsparteien (s Rz 1263 ff). **1**

Regelungen im Arbeitsvertrag dürfen **gegen keine höherrangige Norm** (zB Unionsrecht, Verfassungsrecht [zur Bindung des Arbeitgebers an die Grundrechte s Rz 57, 82], zwingende Gesetze, Verordnungen, Kollektivverträge, Betriebsvereinbarungen) **verstoßen**. **2**

Diesbezüglich ist zu beachten, dass das Arbeitsrecht **überwiegend** aus **zwingendem Recht** besteht. Ob zB ein Gesetz zwingender Natur ist, ist teilweise im Gesetz selbst geregelt, teilweise lässt sich die zwingende Natur nur durch Auslegung ermitteln.¹⁾ **3**

Innerhalb des zwingenden Rechts kann zwischen zweiseitig zwingendem und einseitig zwingendem Recht unterschieden werden.

Zweiseitig zwingendes Recht darf nicht abgeändert werden, weder zugunsten noch zulasten des Arbeitnehmers. Darunter fallen vor allem die Arbeitnehmerschutzbestimmungen inkl des Arbeitszeitrechts (s Rz 654 ff), die Bestimmungen des ArbVG (zum betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutz s Rz 951) sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen. **4**

Einseitig zwingendes Recht ist nur zugunsten des Arbeitnehmers abänderbar. Die meisten Gesetze zum Arbeitsvertragsrecht sind einseitig zwingender Natur (s zB § 1164 ABGB; § 40 AngG; § 16 AVRAG; § 12 UrlG), aber in der Regel auch die normativen Bestimmungen der Kollektivverträge (§ 3 ArbVG) und die der Betriebsvereinbarungen (§ 31 Abs 3 ArbVG). **5**

Für Normen mit einseitig zwingendem Charakter gilt, dass die nachgeordnete Rechtsquelle (zB Arbeitsvertrag) im Verhältnis zur übergeordneten Rechtsquelle (zB Gesetz) nur dann gültig ist, soweit ihre Inhalte für den Arbeitnehmer günstiger sind (= **Günstigkeitsprinzip**). Damit werden im Arbeitsrecht zwingende **Mindeststandards** aufgestellt, die zwar über-, jedoch nicht unterschritten werden dürfen.²⁾

¹⁾ Vgl Drs in ZellKomm³ § 40 AngG Rz 3.

²⁾ Vgl Reissner in ZellKomm³ § 3 ArbVG Rz 20; Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁷ 46.

Das Günstigkeitsprinzip greift auch bei **Verzicht auf unabdingbare Ansprüche**³⁾ und ermöglicht so vertragliche Gestaltungen, durch die der Arbeitnehmer im Ergebnis bessergestellt wird (s Rz 648).

- 6** Die Günstigkeit ist anhand des **Günstigkeitsvergleichs** zu bestimmen (§ 3 Abs 2 ArbVG;⁴⁾ strittig⁵⁾ ist, ob hierfür gleich günstige Regelungen ausreichen). Für den Günstigkeitsvergleich sind „die in einem **rechtlichen und sachlichen Zusammenhang**“ stehenden Bestimmungen gegenüberzustellen. Es ist also nicht jeder einzelne Detailspekt (Einzelvergleich im Sinne der sog Rosinentheorie) und es sind auch nicht die Regelungswerke als Ganzes (Gesamtvergleich) miteinander zu vergleichen, sondern die jeweils zusammenhängenden Gruppen von Bestimmungen, die einen Bezug zu einem bestimmten Ereignis (zB Kündigung des Arbeitsverhältnisses) aufweisen (= **Gruppenvergleich**).⁶⁾ Die Gruppenbildung kann jedoch im Einzelfall schwierig sein (zu den Kündigungsfristen und -terminen s Rz 1151). Bei der Prüfung, ob ein rechtlicher und sachlicher Zusammenhang besteht, ist auch auf den sozialpolitischen Zweck der Regelung zurückzugreifen, weshalb Kompensationen zu vermeiden sind, die diesem Zweck widersprechen. Diese im Einzelfall anzustellende **Ex-ante**-Beurteilung hat anhand **objektiver Maßstäbe** (und nicht nach dem subjektiven Empfinden des betroffenen Arbeitnehmers) zu erfolgen.⁷⁾

Strasser⁸⁾ unterscheidet zwischen objektiver und subjektiver Konnexität. **Objektive Konnexität** liegt vor, wenn eine Regelung ohne die andere nicht denkbar ist. **Subjektive Konnexität** ist hingegen gegeben, wenn eine Bestim-

³⁾ Vgl RIS-Justiz RS0051028: OGH 22. 10. 2012, 9 ObA 34/12h, ASoK 2013, 120 (*Marhold-Weinmeier*); OGH 8. 7. 1999, 8 ObA 256/98z, ecolex 1999/318, 791; OGH 18. 5. 1999, 8 ObA 173/98v, ZAS 1999/19, 168 (*Aigner*); OGH 28. 6. 1983, 4 Ob 70/83, DRdA 1985/21, 403 (*Eypeltauer*).

⁴⁾ Die in § 3 ArbVG normierten Prinzipien werden von der hM auch im Verhältnis zwischen sonstigen konkurrierenden Rechtsquellen unterschiedlicher Ebene (zB im Verhältnis Gesetz und Arbeitsvertrag) herangezogen (OGH 24. 3. 2014, 8 ObA 54/13v, ecolex 2014/257, 632 [*Windisch-Graetz*]; OGH 4. 5. 2006, 9 ObA 141/05h, ASoK 2006, 313 [*Marhold-Weinmeier*]; OGH 16. 11. 2005, 8 ObA 50/05v, DRdA 2007/11, 119 [*Firlei*]; Drs in ZellKomm³ § 40 AngG Rz 2; *Reissner* in ZellKomm³ § 3 ArbVG Rz 5).

⁵⁾ Vgl Drs in ZellKomm³ § 40 AngG Rz 2 mwN; dagegen vor allem OGH 24. 3. 2014, 8 ObA 54/13v, EvBl 2014/109, 770 (*Rohrer*); OGH 4. 5. 2006, 9 ObA 141/05h, DRdA 2007/16, 143; OGH 16. 11. 2005, 8 ObA 50/05v, DRdA 2007/11, 119 (*Firlei*); OGH 22. 1. 2003, 9 ObA 220/02x, DRdA 2004/9, 134 (*Binder*).

⁶⁾ Vgl RIS-Justiz RS0051060: OGH 21. 3. 2018, 9 ObA 112/17m, DRdA-infas 2018/102, 214 (*Chlestil*); OGH 22. 10. 2012, 9 ObA 34/12h, ASoK 2013, 120 (*Marhold-Weinmeier*); Gerhartl, ASoK 2016, 351 f; *Reissner* in ZellKomm³ § 3 ArbVG Rz 27.

⁷⁾ Vgl RIS-Justiz RS0051056: OGH 21. 3. 2018, 9 ObA 112/17m, DRdA-infas 2018/102, 214 (*Chlestil*); OGH 22. 10. 2012, 9 ObA 34/12h, ASoK 2013, 120 (*Marhold-Weinmeier*); Gerhartl, ASoK 2016, 352 f; *Reissner* in ZellKomm³ § 3 ArbVG Rz 29 mwN.

⁸⁾ *Strasser* in *Jabornegg ua*, ArbVG § 3 Rz 10; *Neumayr* in ZellHB AV-Klauseln² Rz 11.14.

mung ohne eine andere vom Vertragspartner nicht akzeptiert worden wäre, was nur anhand der konkreten Einzelvereinbarung beurteilt werden kann (s zB Rz 1151).

Eine **Kompensation** benachteiligender Regelungen durch eine völlig **andersartige** einzelvertraglich gewährte **Gegenleistung** des Arbeitgebers ist allerdings **nicht möglich**⁹⁾ (zB Erschwerung der Kündigungsmöglichkeit gegen Entgeltleistungen).

Dispositive Bestimmungen sind im Arbeitsrecht aufgrund der Schutzfunktion die Ausnahme. Diese Bestimmungen sind nämlich in **jede Richtung abänderbar**, dh sowohl zugunsten als auch zulasten des Arbeitnehmers. Dispositive Bestimmungen gelten daher nur dann, wenn zwischen den Arbeitsvertragsparteien nichts Anderes vereinbart wurde (s Rz 62, 134); die Grenze bildet aber die Sittenwidrigkeit (zur Sittenwidrigkeit im Allgemeinen s Rz 77 ff, zur Abdingung des § 1014 bzw § 1155 ABGB s Rz 462 ff, 582 ff).

Teilweise bestehen im Arbeitsrecht auch kollektivvertragsdispositive Bestimmungen, dh, an sich einseitig zwingende Bestimmungen können durch Kollektivvertrag in jede Richtung, auch zulasten des Arbeitnehmers, abgeändert werden (zum Mehrarbeitszuschlag s Rz 291; zum DHG s Rz 602, zu den Kündigungsfristen in Saisonbranchen gem ABGB s Rz 1163; zu den Postensuchtagen s Rz 1330).

II. Abschluss des Arbeitsvertrags

Zur **Begründung eines Arbeitsverhältnisses** schließen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag. Dieser legt die Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers sowie des Arbeitgebers fest; Gesetz, Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung sehen aber gewisse Mindeststandards vor.

Bis zur Beendigung der Schulpflicht (Vollendung des 15. Lebensjahres) gilt grundsätzlich ein Beschäftigungsverbot (§ 5 KJBG: **Verbot von Kinderarbeit**), weshalb mit Minderjährigen, die die Schulpflicht noch nicht beendet haben, kein Arbeitsvertrag abgeschlossen werden darf, soweit keine gesetzliche Ausnahme erfüllt ist¹⁰⁾ (zur absoluten Nichtigkeit s Rz 119, zur Gesamtnichtigkeit s Rz 125, zur Ex-nunc-Wirkung s Rz 148, zum Abschluss eines Lehrvertrags mit einem minderjährigen Lehrling s Rz 37).

Ob bzw mit wem der Arbeitgeber (Arbeitnehmer) einen **Arbeitsvertrag** abschließt, steht dem Arbeitgeber (Arbeitnehmer) grundsätzlich **frei** (zu den Diskriminierungsverboten s Rz 190).

Für den Abschluss des Arbeitsvertrags gelten die **allgemeinen Regeln des Vertragsrechts** (ABGB). Es bedarf dazu **zweier übereinstimmender Willens-**

⁹⁾ Vgl RIS-Justiz RS0051072: OGH 14. 9. 1988, 9 ObA 178/88, Arb 10.729.

¹⁰⁾ Vgl Drs/Dorer in Kozak, ABGB § 879 Rz 76; Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ 7/111 ff.

erklärungen¹¹⁾ (Anbot und dessen Annahme; zu den Willenserklärungen s Rz 19 ff; zur grundsätzlich bestehenden Formfreiheit s Rz 33). Angenommen werden kann das Angebot des Arbeitgebers auch durch entsprechendes Arbeiten des Arbeitnehmers (§ 864 Abs 1 ABGB).¹²⁾

12 Die **Einwilligung in den Vertrag** muss frei von Irrtum, List, Zwang und Drohung, ernstlich, bestimmt (s Rz 13) und verständlich erklärt werden (§ 869 ABGB).

13 Ein wirksames **Anbot** muss – allenfalls unter Berücksichtigung der gesetzlichen Auslegungsregeln der §§ 914 f ABGB (s Rz 48 ff) – **inhaltlich ausreichend bestimmt** sein¹³⁾ (zum Bestimmtheitsgebot s § 869 ABGB) und einen endgültigen Bindungswillen des Erklärenden zum Ausdruck bringen. Erforderlich ist, dass zumindest die Vertragsparteien¹⁴⁾ feststehen und dass der Arbeitnehmer unselbständig arbeiten soll, dh Arbeit in persönlicher Abhängigkeit¹⁵⁾ (= essentialia negotii; zum geschuldeten Entgelt s Rz 187 ff; zur geschuldeten Arbeitszeit s Rz 654 ff; zur geschuldeten Art der Arbeiten s Rz 977 ff).

14 Die **Annahme** muss inhaltlich dem Anbot entsprechen. Erfolgt die Annahme unter anderen Bedingungen, so entsteht im Regelfall kein Vertrag.

15 Zu berücksichtigen ist, dass ein natürlicher Konsens dem objektiven Erklärungswert (= wovon ein redlicher Erklärungsempfänger ausgehen durfte) vorgeht: Haben also beide Vertragsparteien dasselbe gewollt, gilt das Gewollte ohne Rücksicht auf die Erklärungen, die möglicherweise unvollkommen oder mehrdeutig ausgedrückt worden sind¹⁶⁾ („**falsa demonstratio non nocet**“ – eine Fehlbezeichnung schadet nicht; zum Aufwandersatz s Rz 162; zur Pauschalentgeltvereinbarung s Rz 297; zum „Weihnachtsgeschenk“ Rz 639; zur „Konventionalstrafe“ s Rz 1449).

16 Dieser Grundsatz gilt auch für den Arbeitsvertrag selbst; die **Bezeichnung** als „**Arbeitsvertrag**“ bedeutet noch nicht, dass es sich dabei auch tat-

¹¹⁾ Vgl RIS-Justiz RS0013982; OGH 17. 1. 1990, 9 ObA 365/89, RdW 1990, 321; *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 21.

¹²⁾ Vgl *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 21.

¹³⁾ Vgl RIS-Justiz RS0013954; OGH 17. 1. 1990, 9 ObA 365/89, RdW 1990, 321.

¹⁴⁾ Ist nicht klar, wer der Arbeitgeber sein soll, ist zu prüfen, ob der Arbeitnehmer aus der Sicht eines redlichen Erklärungsempfängers objektiv gesehen darauf vertrauen durfte (s Rz 20), dass der Erklärende im eigenen Namen als Arbeitgeber bzw als Vertreter für einen bestimmten Arbeitgeber aufgetreten ist (RIS-Justiz RS0014455; OGH 29. 11. 2016, 9 ObA 128/16p, ARD 6536/7/2017; OGH 2. 6. 2009, 9 ObA 43/09b, DRdA 2011/24, 270 [Mayr]).

¹⁵⁾ Vgl RIS-Justiz RS0013945 (zum Zustandekommen eines Vertrags über Pensionsleistungen); OGH 26. 6. 2002, 9 ObA 306/01 t, DRdA 2003/42, 430 (*Runggaldier*); OGH 17. 1. 1990, 9 ObA 365/89, RdW 1990, 321; OGH 15. 3. 1989, 9 ObA 266/88, DRdA 1991/10, 130 (*Apathy*); *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 20; *Risak/Grossinger* in *Kozak*, ABGB § 869 Rz 7.

¹⁶⁾ Vgl OGH 23. 2. 2005, 9 ObA 22/05h, ARD 5642/7/2005; RIS-Justiz RS0013957; OGH 17. 6. 1987, 9 ObA 6/87, Arb 10.637.

sächlich um einen Arbeitsvertrag handelt. Vielmehr ist bei der Beurteilung auf den Inhalt der Vereinbarung (Arbeit in persönlicher Abhängigkeit) und auf die – allenfalls davon abweichende – Handhabung des Vertragsverhältnisses abzustellen.¹⁷⁾

A. Willenserklärungen

Bei Willenserklärungen handelt es sich um **Willensäußerungen**, die auf die **Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet** sind.¹⁸⁾ Willenserklärungen müssen außerdem nach außen treten, um erheblich zu sein¹⁹⁾ (zum Zugangsprinzip s Rz 22 ff). **17**

Einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen (zB Kündigung, Entlassung) sind grundsätzlich **bedingungsfeindlich**²⁰⁾ (zur Zulässigkeit von Potesativbedingungen s Rz 1023, 1202, 1255). **18**

1. Ausdrückliche und stillschweigende Erklärungen

Willenserklärungen können **ausdrücklich** „durch Worte oder allgemein angenommene Zeichen“ (zB schriftlich, mündlich) oder **stillschweigend** (konkludent bzw schlüssig) abgegeben werden (s §§ 863, 883 ABGB), soweit nicht zB im Gesetz, Kollektivvertrag oder Arbeitsvertrag Formgebote vorgesehen sind (s Rz 33 ff). Der Arbeitsvertrag kann daher zB durch Aufnahme der Arbeit durch den Arbeitnehmer und Annahme der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber abgeschlossen werden.²¹⁾ **19**

An die Deutung eines Verhaltens als stillschweigendes Anbot bzw Annahme werden aber strenge Anforderungen gestellt: Dies ist nur gegeben, wenn ein redlicher Erklärungsempfänger **keinen vernünftigen Grund daran zu zweifeln** hat (§ 863 ABGB), dass ein bestimmter Rechtsfolgewille des Erklärenden besteht. Ist der innerliche Wille dem Vertragspartner allerdings objektiv nicht erkennbar, ist er rechtlich irrelevant²²⁾ (s Bsp 173). Keine konkludente Willenserklärung ist anzunehmen, wenn der Empfänger der Willenserklärung den davon abweichenden wahren Willen des Erklärenden erkannte oder erkennen musste²³⁾ (zur Mehr- und Überstundenverpflichtung **20**

¹⁷⁾ Vgl OGH 1. 9. 1999, 9 ObA 139/99b, ecolex 2000/130, 308 (*Mazal*); OGH 5. 5. 1999, 9 ObA 10/99g, DRdA 1999, 392.

¹⁸⁾ Vgl *Rummel in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 863 Rz 6.

¹⁹⁾ Vgl *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ 53.

²⁰⁾ Vgl RIS-Justiz RS0028418, RS0029152, RS0029143: grundlegend OGH 25. 9. 1979, 4 Ob 78/79, DRdA 1981/14, 299 (*Fenyves*).

²¹⁾ Vgl RIS-Justiz RS0017200; OGH 10. 6. 1998, 9 ObA 30/98x, DRdA 1998, 442.

²²⁾ Vgl OGH 4. 9. 1996, 9 ObA 2136/96z, DRdA 1997/28, 273 (*Kerschner*).

²³⁾ Vgl RIS-Justiz RS0109021; OGH 29. 9. 2016, 9 ObA 108/16x, DRdA-*inf*as 2017/2 (*Halwax*); OGH 3. 4. 1984, 4 Ob 39/84, *inf*as 1985 A 31; zur Annahme einer schlüs-

s Rz 725, zum Fixgeschäft s Rz 1015 ff, zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses s Rz 1117).

- 21** Willenserklärungen sind von bloßen **Wissenserklärungen** abzugrenzen. Eine Wissenserklärung gibt nur die Meinung des Erklärenden über Tatsachen wieder, während mit einer Willenserklärung eine bestimmte Rechtsfolge herbeigeführt werden soll²⁴⁾ (s Rz 17; zum Dienstzettel s Rz 35; zur Erklärung des Arbeitgebers, dass auf den Arbeitsvertrag ein bestimmter Kollektivvertrag zur Anwendung gelangt s Rz 215; zu Lohnbefriedigungsklauseln s Rz 650, 1264).

Für die **Abgrenzung** einer Willens- von einer bloßen Wissenserklärung ist nicht der Wille des Erklärenden maßgeblich, sondern wie die Äußerungen vom Erklärungsempfänger nach den Umständen objektiv zu verstehen waren.²⁵⁾

2. Zugang

- 22** Für **Willenserklärungen** ist das **Zugangsprinzip** maßgeblich, dh, eine Willenserklärung muss dem Empfänger zugehen, um wirksam zu werden²⁶⁾ (zum Zugang von Beendigungserklärungen s Rz 1117).
- 23** Dabei hat jede Vertragspartei darauf zu achten, dass der Vertragspartner ihr gegenüber **rechtsgeschäftliche Erklärungen abgeben kann**: Dies gilt sowohl für Erklärungen des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber²⁷⁾ als auch für Erklärungen des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer²⁸⁾.
- 24** Der Arbeitgeber kann aber bereits im Arbeitsvertrag einen **Vertreter für den Empfang** von Willenserklärungen des Arbeitnehmers namhaft machen (zB Zustellung an die zuständige Person in der Personalabteilung);²⁹⁾ dies kann

signen Austrittserklärung s RIS-Justiz RS0014490 (s Rz 1248); *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 21, 26, 53.

²⁴⁾ Vgl RIS-Justiz RS0120267: OGH 15. 5. 2019, 9 ObA 22/19 d, DRdA-infas 2019/132, 254 (*Bauer*); OGH 28. 6. 2011, 9 ObA 72/11 w, infas 2011 A 83; OGH 6. 10. 2005, 8 ObA 34/05 s, DRdA 2006/43, 475 (*Kerschner*); *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 55; *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 863 Rz 7; zur Möglichkeit, dass eine Wissenserklärung im Einzelfall einen bestimmten Rechtsgestaltungswillen dokumentiert vgl RIS-Justiz RS0028344: OGH 3. 4. 2008, 8 ObA 79/07 m, ZAS 2009/5, 37 (*Krömer*); OGH 13. 3. 2002, 9 ObA 15/02 z, infas 2002 A 84.

²⁵⁾ Vgl OGH 25. 8. 2020, 8 ObA 78/20 h, DRdA-infas 2021/24, 26 (*Rothfischer*); OGH 15. 5. 2019, 9 ObA 22/19 d, DRdA-infas 2019/132, 254 (*Bauer*); OGH 6. 10. 2005, 8 ObA 34/05 s, DRdA 2006/43, 475 (*Kerschner*).

²⁶⁾ Vgl *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ 55f.

²⁷⁾ Vgl OGH 30. 3. 2011, 9 ObA 51/10 f, DRdA 2012/37, 424 (*Gruber/Rabl*); OGH 13. 11. 1997, 8 ObA 192/97 m, DRdA 1999/6, 44 (*Binder*); OGH 30. 4. 1997, 9 ObA 78/97 d, DRdA 1998/11, 118 (*Geist*).

²⁸⁾ Vgl OGH 22. 4. 2022, 8 ObA 19/22 k, ecolex 2023/87, 153 (*Mazal*); OGH 14. 4. 1999, 9 ObA 349/98 h, ASoK 1999, 362; OGH 30. 4. 1997, 9 ObA 78/97 d, DRdA 1998/11, 118 (*Geist*); OGH 29. 9. 1981, 4 Ob 88/81, DRdA 1984/4, 50 (*Gruber*).

²⁹⁾ Vgl *Tinhofer* in ZellHB AV-Klauseln² Rz 10.08.

schriftlich, mündlich, aber auch konkludent erfolgen. Der Zugang beim Vertreter wird dann dem Arbeitgeber zugerechnet; wird die Erklärung daher vom Vertreter nicht übermittelt, ist dies das Risiko des Arbeitgebers.³⁰⁾ Wird die Willenserklärung jedoch trotz Namhaftmachung eines Vertreters direkt gegenüber dem Arbeitgeber abgegeben, ist diese dennoch wirksam, sobald sie dem Arbeitgeber tatsächlich zugegangen ist.³¹⁾

Wird dem Arbeitnehmer einer **juristischen Person** keine zugangsberechtigte Person genannt, kann der Arbeitnehmer Erklärungen **gegenüber dem gesetzlichen Vertreter** abgeben, also derjenigen Person, die die juristische Person nach außen vertritt (zB Geschäftsführer einer GmbH – vgl § 15 GmbHG; Vorstand einer AG – vgl § 70 AktG). **25**

Verhindert der Empfänger den Zugang einer Erklärung absichtlich bzw wider Treu und Glauben, ist der Zugang der Erklärung zu fingieren; sie ist daher in jenem Zeitpunkt als wirksam anzusehen, in dem sie dem Empfänger unter gewöhnlichen Umständen zugegangen wäre (= **Zugangsfiktion**). Das gilt auch dann, wenn der Empfänger die Zugangserschwerung oder -vereitelung deshalb zu vertreten hat, weil er Maßnahmen unterlassen hat, zu deren Vornahme er aufgrund des Arbeitsverhältnisses verpflichtet gewesen wäre: Der Arbeitnehmer hat seinem Arbeitgeber zB einen Wohnsitzwechsel zu melden; tut er dies nicht, muss er eine Zustellung an die letzte bekanntgegebene Adresse gegen sich gelten lassen.³²⁾ Umstritten ist hingegen, ob eine Zugangsfiktion auch dann greift, wenn der Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber die Urlaubsadresse nicht bekanntgibt.³³⁾ Verfügt eine GmbH wegen des Todes des einzigen Geschäftsführers über kein vertretungsbefugtes Organ, gegenüber dem ein Arbeitnehmer Erklärungen wirksam abgeben könnte, kommt es nach Ansicht des OGH³⁴⁾ ebenfalls zur Zugangsfiktion. **26**

Vereinbarungen einer darüber hinausgehenden Zugangsfiktion zulasten des Arbeitnehmers sind uE im Hinblick auf § 6 Abs 1 Z 4 KSchG (Verbot einer Zugangsfiktion für Erklärungen des Unternehmers, soweit es sich nicht um die Wirksamkeit einer an die zuletzt bekanntgegebene Anschrift des Verbrauchers gesendete Erklärung für den Fall handelt, dass der Verbraucher eine Änderung der Anschrift nicht bekannt gegeben hat) problematisch: Auch wenn

³⁰⁾ Vgl *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 862a Rz 5; *Wiebe* in ABGB-ON^{1.04} § 862a Rz 10.

³¹⁾ Zum tatsächlichen Zugang vgl RIS-Justiz RS0083724, RS0070784.

³²⁾ Vgl RIS-Justiz RS0028841 (zur Kündigungserklärung): OGH 22. 4. 2022, 8 ObA 19/22k, ecolex 2023/87, 153 (*Mazal*); OGH 14. 4. 1999, 9 ObA 349/98h, ASoK 1999, 362; OGH 30. 4. 1997, 9 ObA 78/97 d, DRdA 1998/11, 118 (*Geist*); OGH 29. 9. 1981, 4 Ob 88/81, DRdA 1984/4, 50 (*Gruber*).

³³⁾ Vgl *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 218 mwN.

³⁴⁾ RIS-Justiz RS0108226: OGH 13. 11. 1997, 8 ObA 192/97 m, DRdA 1999/6, 44 (*Binder*); OGH 28. 8. 1997, 8 ObA 263/97b, infas 1998 A 42; OGH 30. 4. 1997, 9 ObA 124/97 v, ecolex 1998, 639; OGH 30. 4. 1997, 9 ObA 78/97 d, DRdA 1998/11, 118 (*Geist*).

diese Bestimmung auf Arbeitsverträge nicht anwendbar ist, kann sie doch als Konkretisierungsmaßstab dienen, was als sittenwidrige Klausel einzustufen ist (s Rz 80).

27 Das **Risiko** für den ordnungsgemäßen **Zugang** trägt derjenige, der die Erklärung ausspricht.³⁵⁾ Er hat im Streitfall den Zugang zu **beweisen** (zur Beweislast s auch Rz 151). Aus Gründen der Beweissicherheit empfiehlt es sich daher, für einen Nachweis des Zugangs (zB durch Zeugen oder durch die Wahl des eingeschriebenen Briefs) zu sorgen.

28 **Mündliche** Willenserklärungen (unter Anwesenden oder auch telefonisch abgegebene Erklärungen) gehen grundsätzlich **sofort** zu.³⁶⁾

29 **Schriftliche** Willenserklärungen gelten grundsätzlich als zugegangen, wenn sie in den **Machtbereich des Erklärungsempfängers** gelangen. Dabei kommt es nicht darauf an, dass sie dieser persönlich erhalten hat, sondern auf den Zeitpunkt, zu dem der Erklärende unter gewöhnlichen Umständen damit rechnen kann, dass der Adressat die Möglichkeit hat, die Erklärung zur Kenntnis zu nehmen.³⁷⁾

Kann eine Willenserklärung **nicht zugestellt** werden, so wird sie nicht wirksam³⁸⁾ (zur Ausnahme der Zugangsfiktion s Rz 26).

30 Ein **Brief** geht zu, wenn der Briefträger ihn zur üblichen Zeit der Postzustellung in den Postkasten des Empfängers einwirft und dieser das Schreiben aus dem Postkasten nimmt oder unter gewöhnlichen Umständen nehmen könnte. Wird der Brief erst ungewöhnlich spät in den Postkasten geworfen (zB erst am Abend), gilt der Brief grundsätzlich erst am nächsten Tag als zugestellt, wenn der Empfänger den Postkasten nicht bereits vorher entleert.³⁹⁾

31 Ein **eingeschriebener Brief**⁴⁰⁾ geht sofort zu, wenn er unmittelbar an den Erklärungsempfänger übergeben wird; einem zum Zeitpunkt des Zustellversuchs abwesenden Empfänger geht er nicht schon mit Hinterlassung des Benachrichtigungszettels, sondern grundsätzlich erst mit Beginn der Abholmöglichkeit beim Hinterlegungspostamt zu. Steht der Abholung kein (objektives) Hindernis entgegen, kann der Empfänger den (rechtzeitigen) Zugang nicht dadurch verhindern, dass er den Brief nicht oder erst später abholt oder

³⁵⁾ Vgl OGH 3. 9. 2010, 9 ObA 73/10s, ecolex 2011/27, 63 (*Windisch-Graetz*); OGH 26. 4. 1995, 9 ObA 55/95, infas 1995 A 105.

³⁶⁾ Vgl OGH 30. 9. 2005, 9 ObA 138/05t, ARD 5656/12/2006 (zu einer mündlichen Entlassungserklärung); *Karl in Auer-Mayer ua*, AngG § 20 Rz 43, 45 zur Kündigung.

³⁷⁾ Vgl RIS-Justiz RS0014076: insb OGH 27. 5. 2021, 9 ObA 27/21t, DRdA 2021/180, 386 (*Koxeder*); OGH 26. 6. 2002, 9 ObA 144/02w, ecolex 2002/356, 902 (*Mazal*).

³⁸⁾ Vgl OGH 3. 9. 2010, 9 ObA 73/10s, ecolex 2011/27, 63 (*Windisch-Graetz*).

³⁹⁾ Vgl OGH 27. 5. 2021, 9 ObA 27/21t, DRdA 2021/180, 386 (*Koxeder*; zur Kündigung); OGH 17. 3. 1981, 4 Ob 74/80, DRdA 1981, 320 (zur Entlassung); *Reissner* in *ZellKomm*³ § 20 Rz 28 (zum Kündigungsschreiben).

⁴⁰⁾ Die Sendung muss dem Empfänger persönlich oder an eine von ihm bevollmächtigte Person ausgehändigt werden, s post.at/g/c/brief-zusatzleistungen-geschaeflich#102335406 (abgefragt am 25. 5. 2023).

sich noch vor dem ersten möglichen Abholtermin von seinem Wohnort entfernt.⁴¹⁾

Im Arbeitsvertrag können grundsätzlich **spezielle Zugangserfordernisse vereinbart** werden, solange diese Regelungen für den Arbeitnehmer keine Erschwerung der Geltendmachung seiner zwingenden Rechte darstellen (zB Arbeitnehmerkündigung wird erst mit Bestätigung des Zugangs durch den Arbeitgeber wirksam; zur Frage der Zulässigkeit der Vereinbarung zusätzlicher Formvorschriften s Rz 43 f). In Bezug auf besondere Zugangserfordernisse für Erklärungen des Arbeitnehmers ist aber angesichts des in § 6 Abs 1 Z 4 KSchG normierten Verbots solcher Klauseln für vom Verbraucher abgegebene Erklärungen besondere Vorsicht geboten (s Rz 80). 32

B. Formgebote

Arbeitsverträge können in der Regel **formfrei** geschlossen bzw abgeändert werden (Grundsatz der Formfreiheit). Formgebote in Bezug auf den Arbeitsvertrag bestehen nur vereinzelt (s Rz 36). Aber auch wenn kein Formgebot vorgesehen ist, empfiehlt sich vor allem zum Zwecke der Beweissicherung Erklärungen schriftlich abzugeben. 33

Formgebote dienen **unterschiedlichen Zwecken**.⁴²⁾

- **Beweissicherung:** Durch Formgebote wie die Schriftform können nachträgliche Unsicherheiten oder Streitigkeiten über den Inhalt der Vereinbarung vermieden werden. Durch den eingeschriebenen Brief erhält der Erklärende zusätzlich auch eine Empfangsbestätigung, die den Zugang (inkl Zeitpunkt) einer Erklärung belegt (s Rz 44, 1135).
 - **Physische Verfügbarkeit und fachgerechte Beratung:** Durch die Schriftform wird auch das Bedürfnis des Arbeitnehmers den Inhalt des Arbeitsvertrags in Händen zu halten, befriedigt. Dies ermöglicht dem Arbeitnehmer auch eine Kopie desselben anzufertigen und diese einer Beratungsstelle (Gewerkschaft, Arbeiterkammer, Rechtsanwalt) zu übergeben.
 - **Authentizitätszweck:** Durch die Schriftform soll die Echtheit der Erklärung sichergestellt werden (zum Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift s Rz 39 ff), dh dass die Erklärung tatsächlich von dieser Person stammt. Die Unterzeichnung soll somit auch einen Schutz vor Fälschungen bieten.⁴³⁾
- 34

⁴¹⁾ Vgl OGH 26. 6. 2002, 9 ObA 144/02 w, ecolex 2002/356, 902 (*Mazal*); OGH 23. 8. 1995, 9 ObA 93/95, Arb 11.429; OGH 12. 1. 1971, 4 Ob 102/70, ZAS 1972, 20 (*Rummel*); *Reissner* in ZellKomm³ § 20 AngG Rz 28; *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 862a Rz 4.

⁴²⁾ Vgl RIS-Justiz RS0031424: OGH 24. 4. 2020, 8 ObA 5/20 y, ecolex 2020/437, 1008 (*Windisch-Graetz*); OGH 28. 10. 2015, 9 ObA 110/15 i, JAS 2017, 69 (*Geiblinger*); *Kalss* in ABGB-ON^{1.06} § 883 Rz 3, § 884 Rz 4 f.

⁴³⁾ Vgl OGH 7. 2. 2008, 9 ObA 96/07 v, DRdA 2009/47, 508 (*Mayr*).

- **Drittschutz:**⁴⁴⁾ Durch die Schriftform erhalten auch außenstehende Dritte (zB AMS, Sozialversicherungsträger, betriebliche Vorsorgekassen) Sicherheit über die erfolgte Erklärung (zB Vertragsbeendigung) und ihren Inhalt und damit eine rechtlich solide Grundlage, um daran anknüpfende Dispositionen zu treffen (zB ob die Voraussetzungen für die Auszahlung des Arbeitslosengeldes, die An- oder Abmeldung von der Sozialversicherung bzw die Beitragsleistung für die oder die Auszahlung der Abfertigung neu erfüllt sind).
- **Übereilungsschutz:** Durch Formgebote wie die Schriftform bzw den eingeschriebenen Brief soll sich der Erklärende aber auch seiner Handlungen bewusst werden und nicht voreilig (ohne ausreichende Überlegung) eine Entscheidung treffen, was vor allem bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine große Rolle spielt (s Rz 1127).

35 Vor allem zur Beweissicherung wurde in § 2 AVRAG (insb Abs 1, 4 Z 2) vorgesehen, dass dem Arbeitnehmer, dem kein schriftlicher Arbeitsvertrag mit entsprechendem Inhalt ausgehändigt wurde, die wesentlichen Vertragsinhalte (Abs 2 f) in einem **Dienstzettel** festzuhalten sind.

Ähnliche Regelungen bestehen zB für **Journalisten** (§ 2 Abs 1 JournG), **Hausgehilfen** und **Hausangestellte** (§ 2 Abs 1 HGHAngG) sowie **Schauspieler** (§ 3 Abs 3 TAG). Der Arbeitnehmer kann auch auf Ausstellung bzw Unterzeichnung der Urkunde klagen.⁴⁵⁾

Besteht eine **Diskrepanz** zwischen dem Arbeitsvertrag und dem Dienstzettel, so ist der **Arbeitsvertrag** (= Willenserklärung, s Rz 17) **maßgeblich**, da es sich beim Dienstzettel lediglich um ein deklaratorisches Schriftstück (= Wissenserklärung, s Rz 21) handelt, in dem die vorher vereinbarten Vertragsinhalte lediglich schriftlich bestätigt werden.⁴⁶⁾

36 Formgebote bestehen zB für den **Lehrvertrag**, der **schriftlich** abzuschließen ist (§ 12 Abs 1 BAG; zum Erfordernis der Unterschrift s Rz 39).⁴⁷⁾ Es handelt sich dabei aber um kein Wirksamkeitserfordernis: Wird die Schriftform nicht eingehalten, führt dies (noch) nicht zur Nichtigkeit des Lehrvertrags (§ 12 Abs 7 BAG). Der Lehrberechtigte hat aber den Lehrvertrag ohne unnötigen Aufschub (spätestens binnen drei Wochen) bei der zuständigen Lehrlingsstelle zur Eintragung anzumelden (grundsätzlich in vierfacher Ausfertigung – also schriftlich), worauf die Lehrlingsstelle die Eintragung des (korrekten) Lehrvertrags vorzunehmen hat (§ 20 BAG). Bis zur Eintragung ist der Lehrvertrag schwe-

⁴⁴⁾ Dieser wurde vom OGH nicht thematisiert, jedoch von *Geiblinger* (JAS 2017, 75 f) in der Entscheidungsbesprechung zu 9 ObA 110/15 i (s FN 42) als wichtig herausgehoben.

⁴⁵⁾ Vgl *Risak*, ZAS 2013/10, 52 f; *Risak/Grossinger* in *Kozak*, ABGB § 883 Rz 2.

⁴⁶⁾ Vgl RIS-Justiz RS0027889: OGH 21. 4. 2004, 9 ObA 43/04 w, RdW 2004/505; OGH 19. 3. 2003, 9 ObA 224/02 k, infas 2003 A 86; OGH 16. 2. 2000, 9 ObA 250/99 a, ecolex 2000/190, 443 (*Mazal*); *Reissner* in *ZellKomm*³ § 2 AVRAG Rz 3 f.

⁴⁷⁾ Vgl *Gittenberger* in *Kozak*, ABGB § 168 Rz 1, 4.