

Univ.-Prof. Dr. Martin Spitzer

Praxisfragen der außerordentlichen Kündigung

» Zak 2020/583

Fragen der außerordentlichen Kündigung beschäftigen die Praxis konstant. Drei besonders wichtige Themen greift der Beitrag heraus: den wichtigen Grund, die Rechtzeitigkeit der Auflösungserklärung und die Frage, ob eine außerordentliche in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden kann.

1. Theoretische Selbstverständlichkeiten

Dauerschuldverhältnisse können bekanntlich ordentlich gekündigt werden, wobei Kündigungstermine und Kündigungsfristen einzuhalten sind.¹ Auch außerordentliche – fristlose – Kündigungen sind möglich, sie sind aber nur für „schwere Fälle“ gedacht, nämlich solche, in denen eine Weiterführung des Vertrags – und sei es nur während der ordentlichen Kündigungsfrist – unzumutbar ist. Deshalb verlangen außerordentliche Kündigungen einen wichtigen Grund.

Die Praxis hat dafür verschiedene Bezeichnungen, die unterm Strich aber alle dasselbe meinen (außerordentliche Kündigung; Kündigung aus wichtigem Grund; Auflösung; fristlose Kündigung; termination for cause; Entlassung; Austritt).

Das allgemeine Prinzip, dass es bei auf Dauer angelegten Rechtsverhältnissen einen Notausgang geben muss, ergibt sich mosaikhaft aus verschiedenen Normen des ABGB: Einzelne Mosaiksteine sind dabei § 987 ABGB beim Darlehens- und Kreditvertrag, § 1162 ABGB beim Dienstvertrag, § 1118 ABGB im Bestandrecht² und § 1210 ABGB bei der GesbR.³

2. Praktische Probleme

2.1. Wichtiger Grund

All das ist Lehrbuchwissen, dessen Anwendung im echten Leben allerdings immer wieder Probleme bereitet, die zu diesem Beitrag geführt haben. Über das Vorliegen eines wichtigen Grundes kann nämlich trefflich gestritten werden, wie schon seine Definition

nahelegt: Ein wichtiger Grund liegt nur dann vor, wenn die Fortsetzung des Dauerschuldverhältnisses unzumutbar ist.⁴ Der OGH geht von einem „äußersten Notventil“ aus.⁵ Charakteristisch ist, dass sich die Verhältnisse seit Vertragsabschluss wesentlich geändert haben und diese Änderung bei Vertragsabschluss nicht vorhersehbar war,⁶ soweit die Änderung der Verhältnisse nicht vom Auflösenden verursacht wurde.⁷

So wurden als wichtige Gründe in der jüngeren Rsp bejaht die „Nichtbesparung“ des vereinbarten Tilgungsträgers für einen Kredit;⁸ drohende Insolvenz wegen defizitärer Altverträge;⁹ eigenmächtige Erweiterung einer vertraglich eingeräumten Dienstbarkeit mit bedingtem Vorsatz;¹⁰ unleidliches Verhalten eines Wohnungsberechtigten (mangelhafte Ernährung und Betreuung, Verängstigung durch Beschimpfen und Anschreien sowie eigenmächtige Ausbreitung im Haus mit sexuell obsessiver Ausstattung).¹¹

Verneint wurde eine außerordentliche Kündigung hingegen bei bloß „allgemeinem Vertrauensverlust“ des Kreditgebers nach dem Tod des Kreditnehmers;¹² unsachgemäßen Sanitärinstallationen, die erst nach über 20 Jahren zu Feuchtigkeitsschäden führen und dann sofort ausgebessert werden;¹³ einer Änderung der Rechtslage, die nach dem Projektende einen ökologischen Ausgleich in Form einer Renaturierungsfläche erfordert.¹⁴

2.2. Rechtzeitigkeit

Nicht nur, ob ein Grund wichtig genug ist, ist in der Praxis häufig umstritten. „Wichtige Gründe“ sind überdies nämlich nach hA an sich unverzüglich geltend zu machen,¹⁵ sodass die Rechtzeitigkeit ihrerseits zum folgenschweren Streitpunkt werden kann.¹⁶

¹ Vgl nur Bollenberger/P. Bydliński in KBB⁶ § 859 Rz 7.

² Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} §§ 1118, 1119 Rz 1. Die Aufzählung der Gründe des § 1118 ABGB ist lediglich demonstrativ, sodass die Bestimmung der Geltendmachung weiterer Auflösungsgründe nicht entgegensteht.

³ Vgl Riedler in KBB⁶ § 1210 Rz 1 f.

⁴ RIS-Justiz RS0027780.

⁵ Vgl 9 Ob 69/11d = Zak 2012/599, 315.

⁶ 6 Ob 204/58.

⁷ 4 Ob 502/69; 8 Ob 4/17x = Zak 2017/194, 114; RIS-Justiz RS0018885.

⁸ 10 Ob 53/17t.

⁹ 1 Ob 143/10a = EvBl 2011/23 (Kehrer) = immolex 2013/71 (Frischauf).

¹⁰ 4 Ob 106/12k = immolex 2013/37 (Hagen) = ZVB 2013/37 (Oppel).

¹¹ 9 Ob 23/17y.

¹² 9 Ob 35/16m = Zak 2016/517, 277 = ÖBA 2017, 43 (kritisch Kellner).

¹³ 6 Ob 15/13v = Zak 2013/180, 99.

¹⁴ 8 Ob 4/17x = Zak 2017/194, 114.

¹⁵ Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1118 Rz 40.

¹⁶ Der OGH sieht bei Dauertatbeständen vom Erfordernis einer unverzüglichen Geltendmachung ab, RIS-Justiz RS0067134, siehe auch sogleich.

Besonders unverzüglich müssen die Dinge im Arbeitsrecht passieren, wo es umfassende Rsp zur Rechtzeitigkeit der Entlassung gibt,¹⁷ die gleichzeitig Zweifel an der dogmatischen Begründung weckt: Diese soll ja darin liegen, dass eine grundlose Nichtausübung des Auflösungsrechts über längere Zeit einen konkludenten Verzicht darauf bewirken soll.¹⁸ Ebenso oft findet sich der – wohl nicht deckungsgleiche – Gedanke, der Zeitablauf demonstriert, es sei alles doch nicht so schlimm gewesen.

Auf die spezielle Situation des Arbeitsverhältnisses ist hier nicht einzugehen; im allgemeinen Privatrecht wird die Unverzüglichkeit nicht überstürzt.¹⁹ Das passt dazu, dass an einen konkludenten Verzicht bekanntlich hohe Anforderungen zu stellen sind.²⁰ Eine Willenserklärung liegt nur vor, wenn der Erklärende Handlungen setzt, „welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen“ (§ 863 ABGB). Deshalb ist im allgemeinen Privatrecht Vorsicht geboten.

Natürlich muss der Vertragspartner nicht aus der Hüfte schießen, sondern darf eine Überlegungszeit in Anspruch nehmen; dabei kann sich die innerbetriebliche Organisationsstruktur auswirken oder der Umstand, dass rechtlicher Rat eingeholt werden muss. In seiner Rsp hat der OGH – im sensiblen Bereich des Bestandrechts – konkret einen Verzicht auf die Geltendmachung wichtiger Kündigungsgründe erst dann bejaht, wenn mehrere Jahre zwischen dem Entstehen des Grundes und der Kündigungserklärung lagen.²¹ In 2 Ob 164/11y urteilte der OGH, dass kein Verzicht auf das Auflösungsrecht vorliege, wenn eine Räumungsklage erst zwei Jahre nach Abschluss von – einen wichtigen Grund iSd § 1118 ABGB bildenden – Umbauarbeiten eingebracht werde. In 7 Ob 2067/96p brauchte der Beklagte mehr als ein Jahr, um nach Kenntnis eines wichtigen Grundes die Kündigung zu erklären sowie nahezu zwei Monate, um nach einem ergangenen Urteil eine weitere Aufkündigung zu erklären.²²

3. Konversion außerordentlicher Kündigung

Es hat sich also gezeigt, dass was im Lehrbuch einfach wirkt, in der Praxis auf allerlei Schwierigkeiten stoßen kann. Erfolgt eine außerordentliche Kündigung rechtzeitig und ist der wichtige Grund wichtig genug? Darüber lässt sich trefflich streiten, sodass oft unsicher ist, ob die außerordentliche Kündigung „hält“.

Eine vorausschauende Partei könnte versucht sein, außerordentlich zu kündigen und ihrem (Noch?-)Vertragspartner die ordentliche Kündigung eventualiter gleich mit auf den Weg zu ge-

ben. Das geschieht in der Entrüstung über den aus Sicht des Kündigenden meist unzweifelhaft wichtigen Grund indes oft nicht.

Verschiedene praktische Fälle haben eine Unsicherheit des Rechtsverkehrs darüber ergeben, wie zu verfahren ist, wenn sich der Grund als doch nicht wichtig genug herausstellt. Ähnliche Fragen stellen sich, wenn der Streit über die Wichtigkeit des Kündigungsgrundes oder die Rechtzeitigkeit seiner Geltendmachung so lange dauert, dass man schon getrost ordentlich hätte kündigen können.

Prinzipiell kommen für eine unzulässige außerordentliche Kündigung drei Möglichkeiten in Betracht:²³ Unwirksamkeit, Schadenersatz oder Konversion.

Dass die ungerechtfertigte vorzeitige Auflösung per se keine Rechtsfolgen nach sich ziehen kann (Unwirksamkeitsprinzip), wird – soweit ersichtlich – von niemandem vertreten.

Nach dem Schadenersatzprinzip wäre eine ungerechtfertigte Auflösung zwar sofort wirksam, der Vertragspartner hätte aber Schadenersatzansprüche. Dieses Prinzip leiten die Rsp und die überwiegende Lehre für das Arbeitsrecht aus der arbeitsrechtlichen Spezialnorm des § 1162b ABGB ab.²⁴ Gegen dieses Verständnis haben sich allerdings prominente Stimmen der Lit gewendet, die bezweifeln, dass es sich aus dem Wortlaut oder aus Sinn und Zweck der Bestimmung ableiten lässt.²⁵ Statt der Anwendung des Schadenersatzprinzips wird von den Kritikern vorgeschlagen, auch in arbeitsrechtlichen Konstellationen auf die Regeln des allgemeinen Zivilrechts zu rekurrieren. Die arbeitsrechtliche Frage muss hier nicht vertieft werden, zumal sie bis zur 3. Teilnovelle zurückreicht, in deren Zug § 1162b ABGB aus Deutschland importiert wurde. Klar ist aber, dass die Befürworter des Schadenersatzprinzips diese Variante als Ausnahme vom allgemeinen Zivilrecht verstehen und die Gegner für eine Hinwendung gerade zum allgemeinen Zivilrecht plädieren. Das Schadenersatzprinzip ist also nicht ohne Weiteres mit dem allgemeinen Zivilrecht kompatibel.

Dort ist vor allem zu berücksichtigen, dass die Kündigung eine Willenserklärung ist und die Frage, was zu gelten hat, wenn die außerordentliche Kündigung nicht gerechtfertigt ist, primär durch Auslegung dieser Erklärung zu ermitteln ist. Dies berücksichtigen gerade auch jene Autoren, die für den Bereich des Arbeitsrechts für die Anwendung allgemeiner Regeln des Zivilrechts plädieren.²⁶ Zu überlegen ist daher, ob eine Umdeutung einer unwirksamen Aufkündigungserklärung in eine ordentliche Kündigung möglich und geboten ist (Konversionsprinzip).

Nach *Krejci* ist die Frage, ob eine unwirksame außerordentliche Kündigung in eine wirksame ordentliche Kündigung umzu- deuten ist, mittels Auslegung der Erklärung des Dienstgebers zu beantworten.²⁷ Eine Konversion komme nur in Betracht, wenn

17 Siehe nur die Beispiele bei *Atria* in *Kuras*, HB Arbeitsrecht Kap. 11.1.9.2; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1162 ABGB Rz 163.

18 RIS-Justiz RS0029249; zurückhaltend *Pfeil* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 25 AngG Rz 31 ff; die gelegentliche Begründung mit der Fürsorgepflicht ablehnend *Mosler* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 18 AngG Rz 126.

19 Auch im Arbeitsrecht soll der Grundsatz der Unverzüglichkeit nicht überspannt werden, RIS-Justiz RS0031587.

20 *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1118 Rz 40 f; *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 863 ABGB Rz 25; RIS-Justiz RS0114567.

21 3 Ob 368/51: 2 bzw 4 Jahre; 6 Ob 580/91: „viele Jahre“; LGZ Graz 3 R 23/94 MietSlg 46.153: 5 Jahre; 2 Ob 38/97w: 2 ½ Jahre; 6 Ob 59/00w: 4 Jahre.

22 Zur ähnlichen Rsp des BGH vgl *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung (1994) 300 f mwN.

23 *Marhold*, Die Wirkung ungerechtfertigter Entlassungen – Eine Kritik des sog Schadenersatzprinzips, ZAS 1978, 5 (6); *Schrammel* in *Klang*³ §§ 1162a–1162d Rz 4.

24 Vgl etwa 4 Ob 113/81; 4 Ob 77/78; *Spending* in *KBB*⁶ § 1162b Rz 3; weitere Nachweise bei *Neumayr* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 1162b Rz 3.

25 Vgl etwa grundlegend *Marhold*, ZAS 1978, 5 (7 ff); *Krejci* in *Rummel* ABGB³ § 1162b Rz 24; *Schrammel* in *Klang*³ §§ 1162a–1162d Rz 11 ff, Rz 19 mwN.

26 Vgl nur *Marhold*, ZAS 1978, 5 (10 f).

27 *Krejci* in *Rummel* ABGB³ §§ 1158–1159c Rz 104.

„aus dem Verhalten des Kündigenden unzweifelhaft hervorgeht, daß er das Dienstverhältnis jedenfalls gelöst haben will“.²⁸ Dieser Ansatz ist nicht neu, er wurde in der Lit bereits von Ehrenzweig²⁹ und von Marhold vertreten, der ganz ähnlich davon ausgeht, dass wenn angenommen werden kann, „daß der Dienstgeber mit der Entlassungserklärung das Dienstverhältnis jedenfalls beenden wollte, [...] die Entlassung in eine Kündigung zum nächsten zulässigen Termin umgedeutet werden [kann]“.³⁰ Ein Recht des unwirksam außerordentlich Gekündigten auf Festhalten am Vertrag besteht also dann nicht, wenn die außerordentliche Kündigung in eine zulässige ordentliche Kündigung umzudeuten ist.³¹ Gleichmaßen vertritt Strasser für die (alte) GesbR, dass, wenn eine ordentliche Kündigung möglich sei, die Umdeutung einer außerordentlichen Kündigung „auch geboten“ sei.³² Diese Auffassung ist wohl auch nach dem GesbR-ReformG³³ noch berechtigt: Zwar wird die Auflösung der Gesellschaft nach dem geltenden § 1210 ABGB (vgl § 133 UGB) erst durch gerichtliche Entscheidung herbeigeführt, was zum Teil als überschießend kritisiert wird.³⁴ Das ist jedoch kein grundsätzlicher Hinderungsgrund, eine entsprechend wirkungslose Erklärung in eine wirksame ordentliche Kündigung (§ 1209 ABGB) umzudeuten.

Auch in der Rsp findet sich das Konversionsprinzip in verschiedensten Teilgebieten des Zivilrechts.³⁵ Zum Versicherungsvertragsrecht wird etwa vertreten, dass eine verspätete Kündigung in eine Kündigung zum nächstmöglichen Termin umzudeuten ist, wenn der Erklärung der Wille des Kündigenden entnommen werden kann, den Vertrag auf jeden Fall aufzulösen.³⁶ An anderer Stelle entschied der OGH, dass eine Umdeutung eines Auflösungsbeschlusses in eine Kündigung einer Gesellschaft nicht in Betracht komme, wenn der redliche Erklärungsempfänger die Erklärung nicht in dieser Form verstehen durfte.³⁷ Dies impliziert natürlich, dass eine solche Umdeutung möglich und geboten ist, wenn das schon der Fall, also der Erklärung ein entsprechender Wille des Erklärenden eindeutig zu entnehmen ist. Gleiches geht aus einer weiteren Entscheidung hervor, in der eine Umdeutung in concreto nur an einem vereinbarten Kündigungsverzicht scheiterte.³⁸ Auch in 9 ObA 133/07k sprach der OGH aus, dass eine ungerechtfertigte Entlassung grundsätz-

lich in eine Kündigung umzudeuten sei.³⁹ In 7 Ob 585/86 hatte der OGH schließlich mit einem Bestandvertrag zu tun und sprach aus, dass „ohne eindeutigen Hinweis darauf, daß eine Auflösung des Bestandverhältnisses ohne Rücksicht auf die Rechtsfolgen gewünscht werde, [...] eine Auflösungserklärung [...] nicht dahin ausgelegt werden [könne], daß der Erklärende die Vertragsauflösung auch bei Wegfall der von ihm ins Auge gefaßten Rechtsfolgen will“.⁴⁰ Auch dieser Rechtssatz macht im Umkehrschluss deutlich, dass eine solche Auslegung sehr wohl geboten ist, wenn sich ein eindeutiger Hinweis in der Auflösungserklärung findet.

Im allgemeinen Zivilrecht ist der Umgang mit einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung daher durch die Frage nach der Konversion geprägt, was durch einen rechtsvergleichenden Blick nach Deutschland untermauert wird. Mit Flume gilt die fristlose Kündigung, wenn kein wichtiger Grund vorliegt, als Kündigung zum nächstmöglichen Termin.⁴⁰ Zu § 314 BGB wird dementsprechend eine Umdeutung vertreten, wenn „das Vertragsverhältnis nach dem Willen des Kündigenden auf jeden Fall beendet werden soll und dies dem Gekündigten im Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung auch erkennbar war“.⁴¹ Dieses Konzept wird auch für die Spezialnorm des § 543 BGB zu Bestandverträgen angewendet, „wenn der Wille, den Vertrag auf jeden Fall beenden zu wollen, bei Abgabe der Kündigungserklärung für den Vertragsteil zweifelsfrei erkennbar ist, für den die Kündigung bestimmt ist“.⁴²

Maßgebend ist also eine Auslegung der Willenserklärung. Ergibt diese den Willen, das Rechtsverhältnis jedenfalls zu beenden, endet der Vertrag jedenfalls nach Ablauf des regulären Kündigungsregimes.

³⁹ Zum Arbeitsrecht auch 4 Ob 144/65 = EvBl 1966/241; 4 Ob 47/64 = JBl 1964, 573 (F. Bydliński); vgl auch Ziehensack, VBG Praxiskommentar (2019) § 32 Rz 19, 30.

⁴⁰ Flume, Das Rechtsgeschäft II⁴ (1992) 599.

⁴¹ Gaier in MüKoBGB⁸ (2019) § 314 BGB Rn 29; BGH VIII ZR 332/79 = NJW 1981, 976; BGH II ZR 165/96 = NJW 1998, 76; BAG 2 AZR 599 = NJW 1988, 581; BAG 2 AZR 310/00 = NJW 2002, 2972.

⁴² Bieber in MüKoBGB⁸ (2020) § 542 BGB Rn 12; BGH VIII ZR 332/79 = NJW 1981, 976.

²⁸ Krejci in Rummel ABGB³ §§ 1158–1159c Rz 104; Krejci in Rummel ABGB³ § 1162b Rz 23.

²⁹ Ehrenzweig, ABGB³ System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/1² (1928) 502 FN 215.

³⁰ Marhold, ZAS 1978, 5 (10 f); so auch Binder, Eine fehlerhafte Kündigung, RdA 1980, 231 ff.

³¹ Marhold, ZAS 1978, 5 (11).

³² Strasser, Die Beendigung der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht (1969) 51 f; zustimmend Jabornegg/Resch/Slezak in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1210 Rz 15, § 1211 Rz 7, § 1212 Rz 2.

³³ BGBl I 2014/83.

³⁴ Artmann in Klang³ § 1210 Rz 1, 4, 20 ff mwN. In Deutschland findet sich das Prinzip der Auflösungsklage zwar in § 133 HGB, nicht aber in § 723 BGB, siehe Schmidt in MüKoHGB⁴ (2016) § 133 Rn 2.

³⁵ Siehe nur die Nachweise bei Bollenberger/P. Bydliński in KBB⁶ § 914 Rz 12.

³⁶ 7 Ob 210/03p; Prölls/Martin, Versicherungsvertragsgesetz³⁰ (2018) § 8 Rn 8; Schauer, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht³ (1995) 300.

³⁷ 8 Ob 1674/93; 2 Ob 251/05h.

³⁸ 3 Ob 616/86.



Der Autor:

Univ.-Prof. Dr. Martin Spitzer ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Zivilverfahrensrecht an der WU Wien. Seine Schwerpunkte sind neben dem Kreditversicherungs- und Insolvenzrecht das Vertragsrecht, Schadenersatzrecht, Erbrecht und das Zivilverfahrensrecht.

Publikationen:

Beweisrecht (gemeinsam mit Wilfinger, 2020); Vertragslücken im österreichischen und europäischen Recht, ÖJZ 2020, 761-774; Änderung der Rechtslage und nachvertragliche anwaltliche Pflichten, EF-Z 2020/26 (gemeinsam mit P. Gruber); Bereicherungsrecht und GoA in KBB, 6. Auflage (2020). Das Bankgeheimnis, in Bollenberger/Oppitz, Bankvertragsrecht I (2019) 391-553; Perner/Spitzer/Kodek, Lehrbuch Bürgerliches Recht, 6. Auflage (2019); Human Rights, Global Supply Chains, and the Role of Tort, JETL 2019, 95-107.

✉ martin.spitzer@wu.ac.at

🌐 lesen.lexisnexus.at/autor/Spitzer/Martin