

B E S C H L U S S

Der Fürstliche Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch seinen ersten Senat unter dem Vorsitz des Präsidenten Univ.Prof.iR Dr. Hubertus Schumacher sowie die OberstrichterIn Dr. Wolfram Purtscheller, Dr. Marie-Theres Frick, lic. iur. Thomas Ritter und Dr. Thomas Risch als weitere Mitglieder des Senates, ferner im Beisein der Schriftführerin Astrid Wanger, in der Rechtssache der klagenden Partei **A****** A-6840 Götzis, vertreten durch ******** gegen die beklagte Partei **B**** AG**, ********, 9492 Eschen, vertreten durch ******** wegen restlich EUR 24'549.51 s.A., über die Revision der klagenden Partei (Revisionsinteresse: EUR 13'446.18 s.A.) gegen das Teilurteil des Fürstlichen Obergerichts vom 22.12.2021, 05 CG.2021.126-29, mit dem über Berufung der beklagten Partei das Urteil des Fürstlichen Landgerichts vom 24.08.2021, 05 CG.2021.126-13, teilweise abgeändert wurde, in nicht öffentlicher Sitzung beschlossen:

Der Revision wird dahin F o l g e gegeben, dass das angefochtene Teilurteil (Punkt A 1 des Tenors in ON 19) a u f g e h o b e n und die Rechtssache in diesem Umfang zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht z u r ü c k v e r w i e s e n wird.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

1. Zwischen dem Kläger und der Beklagten wurde am 09.06.2017 ein Arbeitsvertrag abgeschlossen, mit dem der Kläger in der Abteilung „Metallgewerbe und -industrie“ als Kundenbetreuer eingesetzt wurde. Mit Schreiben vom 26.05.2020 kündigte die Beklagte dieses Arbeitsverhältnis zum 31.07.2020. In der Folge erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 21.09.2020 gegenüber dem Kläger, ihn rückwirkend per 12.06.2020 aus dem Arbeitsverhältnis zu entlassen, weil er seit 14.06.2020 unentschuldigt nicht mehr zur Arbeit erschienen sei und ab diesem Datum einen Krankenstand vorgetäuscht habe.

Soweit ist der Sachverhalt nicht strittig.

2. Der *Kläger* beehrte von der Beklagten die Bezahlung von EUR 34'130.23 s.A. Dazu brachte der Kläger – soweit derzeit noch entscheidungsrelevant – zusammengefasst vor, dass er vom 15.06.2020 bis

einschliesslich 10.07.2020 wegen Krankheit arbeitsunfähig gewesen sei und der Beklagten eine entsprechende Krankmeldung übermittelt habe. Da der Kläger auch in weiterer Folge arbeitsunfähig gewesen sei, sei sein Krankenstand am 09.07.2020 bis zum 31.07.2020 verlängert worden. Auch in diesem Zusammenhang habe der Kläger der Beklagten ohne Verzug eine Meldung über die Arbeitsunfähigkeit zukommen lassen. Weiters brachte der Kläger vor, die Beklagte als Arbeitgeberin sei dazu verpflichtet gewesen, den Kläger über die durch die Arbeitsunfähigkeit bedingte Verlängerung der Kündigungsfrist in Kenntnis zu setzen und ihn aufzufordern, ab dem 01.08.2020 die Arbeit wieder anzutreten. Im Gegensatz dazu wurde Mitte Juli 2020 dem Kläger aber kommuniziert, dass er „all seine Sachen“ bei der Beklagten abgeben könne. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hätte die Beklagte den Kläger darüber aufklären müssen, dass die Kündigungsfrist sich aufgrund des Krankenstandes verlängere und er daher ab dem 01.08.2020 seine Arbeit antreten müsse (ON 6 S 6). Die Beklagte habe ihm gegenüber stets kommuniziert, dass das Arbeitsverhältnis per 31.07.2020 ende. Die mit Schreiben vom 21.09.2020 ausgesprochene Entlassung sei ohne wichtigen Grund erfolgt und daher ungerechtfertigt. Die Unterstellung, der Kläger habe seinen Krankenstand lediglich vorgetäuscht und er sei ab dem 14.06.2020 unentschuldigt nicht mehr zur Arbeit erschienen, entspreche nicht der Wahrheit. Der Kläger sei tatsächlich und nachweislich bis einschliesslich 31.07.2020 arbeitsunfähig gewesen. Aufgrund dieser Arbeitsunfähigkeit sei die Kündigungsfrist gemäss § 1173a

Art 49 Abs 2 ABGB bis zum Ablauf des Krankenstandes unterbrochen worden, weshalb „die Kündigungsfrist bei einer ordentlichen Kündigung am 30.09.2020 enden würde“ und „die Kündigung erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt“ werde. Allerdings habe der Kläger zunächst nicht gewusst, dass sich die Kündigungsfrist über den 31.07.2020 hinaus verlängere. Dieser Umstand sei ihm wie erwähnt von der Beklagten auch nicht mitgeteilt worden. Ebenso wenig sei der Kläger von der Beklagten aufgefordert worden, ab dem 01.08.2020 die Arbeit anzutreten. Aus diesem Grund sei es für den Kläger auch nicht notwendig gewesen „Arbeitsunfähigkeitsbestätigungen ab dem 01.08.2020 vorzulegen“. Als Folge der unberechtigten Entlassung habe der Kläger gemäss § 1173a Art 56 Abs 3 ABGB Anspruch auf eine Entschädigung im Ausmass von zumindest drei Monatsgehältern in der Höhe von insgesamt EUR 13'413.00. Weiters stünden dem Kläger nachstehende Ansprüche zu:

Lohn Juni 2020 brutto	EUR 2'392.32
Lohn Juli 2020 brutto	EUR 3'832.28
Lohn August 2020 brutto	EUR 3'832.28
Lohn September 2020 brutto	EUR 3'832.28
13. und 14 Monatslohn (anteilig) brutto	EUR 5'547.75
Urlaubersatzleistung für 7,54 Urlaubstage brutto	EUR 1'280.32.

Daraus errechne sich insgesamt der Anspruch von EUR 34'130.23.

Von der Beklagten eingewendete Gegenforderungen bestünden nicht zu Recht.

3. Die *Beklagte* bestritt, beantragte Klagsabweisung und wendete – soweit noch relevant – zusammengefasst ein, sie sei bezüglich ihrer Mitarbeiter bei der D**** (D***) versichert. Deren Abklärungen hätten ergeben, dass kein ausreichend begründeter medizinischer Sachverhalt gegeben gewesen sei, der eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers zur Folge gehabt habe. Daher habe die Beklagte unverzüglich dessen rückwirkende Entlassung ausgesprochen. Da der Kläger auch tatsächlich nicht arbeitsunfähig gewesen und daher unentschuldigt nicht zur Arbeit erschienen sei, sei die rückwirkend fristlos ausgesprochene Entlassung gerechtfertigt. Dem Kläger stünden daher gegen die Beklagte keine Ansprüche mehr zu. Insbesondere habe der Kläger aus diversen Gründen auch keinen Anspruch auf eine Kündigungsentschädigung. Zudem habe die behauptete Arbeitsunfähigkeit nur bis 31.07.2020 gedauert. Der Kläger habe ab August 2020 keine Krankmeldungen mehr an die Beklagte übermittelt und sich auch nicht arbeitsbereit gemeldet. Der Kläger hätte aufgrund interner Einschulungen bei der Beklagten wissen müssen, dass eine allenfalls zu Recht bestehende Arbeitsfähigkeit (gemeint offenbar: Arbeitsunfähigkeit) die Kündigungsfrist nach hinten verschiebe. Der Beklagten stünden gegen den Kläger diverse Gegenforderungen zu, die compensando gegen die Klagforderung eingewendet werden. In ihrem Schriftsatz,

mit dem die Beklagte der D*** den Streit verkündete (ON 9 S 2 Abs 3), führte sie im Zusammenhang mit der Überprüfung der vom Kläger der Beklagten übermittelten Arbeitsunfähigkeitszeugnisse durch die D*** aus, dass sich diese aufgrund der schleppenden Rückmeldung des betreffenden Arztes entsprechend verzögert habe. Auch die weiteren Abwicklungen zwischen dem Kläger und der Beklagten hätten sich extrem mühsam gestaltet; der Kläger habe weder auf Anrufe noch auf Mails reagiert. Dem Kläger sei von der Beklagten unter anderem auch mitgeteilt worden, dass vorweg eine Abrechnung nicht vorgenommen werden könne, solange die Anerkennung durch die D*** nicht vorliege.

4. Das *Fürstliche Landgericht* gab mit Urteil vom 24.08.2021 (ON 13) dem Klagebegehren mit EUR 24'549.51 s.A. statt. Über das restliche Klagebegehren von EUR 9'580.72 s.A. und die compensando eingewendeten Gegenforderungen sprach das Erstgericht nicht ab.

Seiner Entscheidung legte das Erstgericht die oben zu Punkt 1. bzw nachfolgend wiedergegebenen Feststellungen zugrunde:

„Als Arbeitszeit vereinbarten Kläger und Beklagte eine Gleitarbeitszeit, wobei die wöchentliche Arbeitszeit 38.5 Stunden ausmachte. Der Kläger hatte Anspruch auf Urlaub von 25 Arbeitstagen pro Kalenderjahr. Bei Arbeitsverhinderung in Folge von Krankheit, Unglücksfall, Arztbesuch, Pflegeurlaub, Amtsweg oder Ähnlichem, hat der Arbeitnehmer dies dem Vorgesetzten ohne Verzug zu melden. Bei Vorlage einer Krankmeldung (Krankheit und Unfall) bereits ab dem ersten Tag erfolgt eine Lohnfortzahlung laut Versicherung bzw. gesetzlichen Bestimmungen des Fürstentums Liechtenstein. Beide

Vertragsparteien konnten nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist auflösen. Als Entlohnung wurde ab 01.08.2017 ein monatliches Bruttogehalt von EUR 3'500.-- festgelegt, wobei dieser Grundgehalt seit Januar 2020 auf EUR 3'695.13 brutto monatlich erhöht wurde. Ebenso wurde der Dienstgeberanteil für die Krankenversicherung ausbezahlt, dies in Höhe von EUR 137.15 (Beilagen A, B). Somit hat der Kläger einen monatlichen Bruttogehalt von EUR 3'832.28 ausbezahlt erhalten. Die Vertragsparteien haben die Ausrichtung eines 13. und 14. Monatslohns vereinbart (Weihnachts- und Urlaubsgeld).

Der Kläger informierte die Beklagte im Februar 2020 von seiner Absicht und der Notwendigkeit eines Kuraufenthaltes. Dabei hat er der Beklagten angeboten, den Kuraufenthalt von Februar 2020 auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben (PV Kläger ON 11). Mit E-Mail vom 02.06.2020 informierte der Kläger die Beklagte darüber, dass ein Kuraufenthalt nunmehr beginnend mit 17.06.2020 terminiert wurde. Die Krankmeldung dafür werde er in der Folge zusenden (Beilage D). Aufgrund der gesundheitlichen Situation des Klägers wurde dieser von seinem Hausarzt Dr. *****_***** *****, Götzis, per 15.06.2020 bereits krankgeschrieben, dies bis 10.07.2020. Die Krankmeldung übermittelte der Kläger der Beklagten mit E-Mail vom 15.06.2020 (Beilagen E und F). Am 09.07.2020 wurde die Krankschreibung des Klägers bis auf 31.07.2020 verlängert (Beilage G). Die Beklagte teilte dem Kläger mit E-Mail vom 02.07.2020 mit, dass die D*** die Krankmeldungen des Klägers zur amtsärztlichen Überprüfung übernommen habe, bis dahin werde an den Kläger kein Gehalt ausbezahlt (Beilage H).

Am 15.09.2020 übermittelte die D*** der Beklagten sowie in Kopie dem Kläger ein Schreiben, welches aussagte, dass die der D*** vorgelegten Unterlagen bezüglich des Krankenstandes des Klägers die geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit nicht ausreichend zu begründen vermögen. Da aus ihrer Sicht kein begründeter medizinischer Sachverhalt vorliege, welcher eine

krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit rechtfertigen könne, werde die D*** für den Zeitraum 15.06.2020-31.07.2020 keine Krankengelder ausrichten (Beilage K). Aufgrund dieser Einschätzung der D*** Krankenversicherung hat die Beklagte, ohne weitere Kontaktaufnahme mit dem Kläger, diesen mit eingeschriebenem Brief vom 21.09.2020 fristlos per 14.06.2020 entlassen und als Begründung für die Entlassung angegeben, dass ab dem 14.06.2020 der Kläger unentschuldigt nicht mehr zur Arbeit erschienen ist. Zudem sei aufgrund der Abklärung der D*** davon auszugehen, dass er den Krankenstand vorgetäuscht hat (Beilage J).

Der Kläger wurde von der Beklagten nie aufgefordert, sich von einem Vertrauensarzt untersuchen zu lassen (PV Kläger, ON 11, PV *****, ZV ***** ON 11). Die Beklagte hat den Kläger nicht aufgefordert, seine Arbeit anzutreten (PV Kläger, PV *****, ZV ***** alle in ON 11). Die Beklagte hat den Kläger aufgrund der Abwesenheit weder abgemahnt noch eine Entlassung in Aussicht gestellt; sie hat den Kläger nach Ende des Krankenstandes am 31.07.2020 nicht mehr kontaktiert (PV Kläger ON 11, PV Beklagte ON 11).

Der Kläger hat feststelltermassen mehrere Erkrankungen des Stütz- und Bewegungsapparates (Beilagen N, O, P).

Der Kläger wusste nicht, dass sich die Kündigungsfrist mit Krankheit verlängert und ihm war daher nicht bekannt, dass die Kündigungsfrist sich bis 30. September 2020 verlängerte. Die Beklagte hat den Kläger nach dem 31.07.2020 weder aufgefordert seine Arbeit wieder anzutreten noch ihn sonst kontaktiert (PV Kläger ON 11).

Für Juni 2020 hat die beklagte Partei dem Kläger einen Gehalt aliquot bis 12.06.2020 ausbezahlt und zwar wie folgt:

Gehalt	EUR 1'478.05
Sachbezug Auto	EUR 63.01
Urlaubersatzleistung	EUR 2'045.63

und davon Abzüge gemacht von EUR 100.00 für Kasko lt Fuhrparkvereinbarung und EUR 314.15 für die Endreinigung des Fahrzeugs (Beilage L). Im Juni 2020 erhielt der Kläger EUR 2'684.40 ausbezahlt.

Der Kläger hat von Juli 2020 bis Anfang November 2020 kein Arbeitslosengeld erhalten. Anfang November 2020 hat der Kläger dann rückwirkend Arbeitslosengeld ab 09.07.2020 in der Höhe von EUR 54.37 täglich, das sind monatlich EUR 1'631.10 erhalten.

Der Kläger hat für die Berechnung der Klagssumme einen Lohnverrechner beauftragt und dafür an Kosten CHF 484.65 bezahlt.“

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht zusammengefasst aus, die Beklagte hätte den Kläger, wäre er tatsächlich im fraglichen Zeitraum nicht arbeitsunfähig gewesen, vor dem Ausspruch einer Entlassung verwarnen müssen. Da die Beklagte dem nicht entsprochen und den Kläger nicht aufgefordert habe, die Arbeit nach seinem Krankenstand wieder aufzunehmen, habe sie den Kläger zu Unrecht fristlos entlassen. Nachdem der Kläger bis 31.07.2020 eine Krankschreibung vorgelegt habe, habe sich die Kündigungsfrist bis 30.09.2020 verlängert, sodass das Arbeitsverhältnis erst mit diesem Datum beendet worden sei. Wegen der zu Unrecht ausgesprochenen Entlassung stünden dem Kläger Ansprüche in der Gesamthöhe von EUR 24'549.51 zu.

5. Das *Fürstliche Obergericht* änderte über Berufung der Beklagten mit seinem Teil-Urteil vom 22.12.2021 (ON 29) das erstinstanzliche Urteil teilweise dahin ab, dass ein Teilbegehren von EUR 13'446.18 s.A. abgewiesen wurde. Gleichzeitig sprach das Fürstliche Gericht (ohne Rechtskraftvorbehalt) aus, dass das

Ersturteil im Übrigen (also hinsichtlich des noch strittigen Begehrens von EUR 11'103.33 s.A.) aufgehoben und insoweit die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung sowie Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen werde. Unter Hinweis auf die von den Parteien im Arbeitsvertrag vom 09.06.2017 (Beilage A) ausdrücklich getroffene Rechtswahl vertrat das Berufungsgericht die Ansicht, dass ungeachtet des ausländischen Wohnsitzes und der fremden Staatsangehörigkeit des Klägers liechtensteinisches Sachrecht zur Anwendung gelange, wovon auch die Streitteile ausgegangen seien. Eine fristlose Kündigung bewirke die in der Zukunft gelegene Auflösung des Arbeitsvertrages. Eine solche könne daher nicht für die Vergangenheit wirksam werden. Schon deshalb sei der entsprechende Ausspruch der Beklagten unwirksam gewesen. Der Zuspruch einer Entschädigung nach § 1173a Art 56 Abs 3 ABGB an den Kläger würde aber voraussetzen, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund einer (ungerechtfertigten) fristlosen Kündigung durch die Beklagte beendet worden sei.

Der Kläger sei, dies ergebe sich zum einen implizit aus den vom Erstgericht getroffenen Feststellungen und sei zum anderen auch gar nicht strittig, ab dem 01.08.2020 – gemäss seinem eigenen Prozessstandpunkt sei der Kläger jedenfalls nur bis 31.07.2020 krankheitsbedingt nicht arbeitsfähig gewesen – nicht mehr zur Arbeit erschienen. Er habe der Beklagten gegenüber auch nicht seine Arbeitsbereitschaft erklärt. Falls der Kläger tatsächlich nicht, wie von der Beklagten eingewendet, krankheitsbedingt arbeitsunfähig gewesen sei, wäre das Arbeitsverhältnis aufgrund der von der Beklagten

ausgesprochenen ordentlichen Kündigung am 31.07.2020 beendet worden. Damit würden die Ansprüche, soweit sie nach dem Standpunkt des Klägers für den Zeitraum August und September 2020 geltend gemacht würden, schon deshalb nicht zu Recht bestehen. Wäre der Kläger tatsächlich krankheitsbedingt arbeitsunfähig gewesen, so wäre die ausgesprochene Kündigung gemäss § 1173a Art 49 ABGB erst per 30.09.2020 wirksam und erst mit diesem Datum das Arbeitsverhältnis beendet worden. Diesfalls hätte der Kläger allerdings nach Wiedererlangen der Arbeitsfähigkeit am 01.08.2020 der Beklagten bei sonstigem Verlust seines Lohnanspruchs unmissverständlich seine Dienste anbieten müssen. Die Beklagte hingegen sei nicht verpflichtet gewesen, den Kläger dazu aufzufordern bzw ihn über den Kündigungsschutz zu belehren. Vielmehr würde ein allfälliger Rechtsirrtum des Klägers diesem selbst schaden. Dies führe zu einer teilweisen Abweisung des Klagebegehrens im Umfang von EUR 13'446.18 s.A. Im Übrigen sei die Rechtssache noch nicht entscheidungsreif, weil für die Beurteilung der Ansprüche des Klägers, soweit sie aus dem Zeitraum 12.06. bis 31.07.2020 resultierten, massgeblich sei, ob er – wie von ihm behauptet – krankheitsbedingt an der Erbringung seiner Arbeitsleistung verhindert gewesen sei oder ob er – wie von der Beklagten eingewendet – seine Arbeitsunfähigkeit nur vorgetäuscht habe. Dazu habe das Erstgericht jedoch keine Feststellungen getroffen, sodass das Ersturteil an dem von der Beklagten gerügten sekundären Feststellungsmangel leide. Insoweit sei das erstinstanzliche Urteil aufzuheben. Damit erübrigten sich weitere Erwägungen zu den von der

Beklagten darüber hinaus gehend erhobenen Verfahrensrügen.

6. Der *Kläger* bekämpft das Teilurteil ON 29 mit seiner (nach Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Rechtsmittelfrist) fristgerechten Revision mit dem Erklären, als Revisionsgründe Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens, Aktenwidrigkeit sowie unrichtige rechtliche Beurteilung geltend zu machen. Die Revisionsausführungen münden in einen Abänderungsantrag dahin, dass der Berufung der Beklagten gegen das Ersturteil keine Folge gegeben und dieses im Ausmass eines Zuspruches von EUR 13'446.18 s.A. bestätigt werde. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Auf die Revisionsausführungen wird im Nachfolgenden – soweit von Bedeutung – bei deren Behandlung eingegangen werden.

7. Die *Beklagte* erstattete fristgerecht eine Revisionsbeantwortung mit dem Antrag, der Revision keine Folge zu geben. Auf die darin enthaltenen Ausführungen wird – soweit entscheidungsrelevant – noch zurückzukommen sein.

8. Die Revision ist mit Rücksicht auf den CHF 5'000.00 übersteigenden Streitwert und die nicht zur Gänze bestätigende Entscheidung des Berufungsgerichtes gemäss § 471 ZPO zulässig. Sie ist im Ergebnis auch im Sinn des hilfsweise gestellten Aufhebungsantrages berechtigt.

8.1. Der *Kläger* hat gegen das Teilurteil und den aufhebenden Beschluss des Fürstlichen Obergerichts vom 22.12.2021 in ON 29 ein als Revision bezeichnetes Rechtsmittel eingebracht, das sich sowohl gegen das

Teilurteil als auch den Aufhebungsbeschluss richtete (ON 31). Dieses Rechtsmittel wurde vom Fürstlichen Obersten Gerichtshof mit Beschluss vom 06.05.2022 (ON 41) als verspätet und teilweise unzulässig zurückgewiesen. Der Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts war nämlich nicht mit einem sogenannten Rechtskraftvorbehalt versehen worden, sodass der implizit im Rechtsmittel dagegen ausgeführte Rekurs gemäss § 487 Abs 1 Ziff 3 ZPO unzulässig war.

Durch die Bewilligung der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Rechtsmittelfrist durch das Erstgericht ist das Verfahren gemäss § 150 Abs 1 ZPO in die Lage zurückgetreten, die vor der Versäumung bestanden hatte. Sohin wurde der Beschluss des Fürstlichen Obersten Gerichtshofs vom 06.05.2022 ex lege soweit aufgehoben, als damit das Rechtsmittel des Klägers als verspätet zurückgewiesen wurde. Unberührt blieb die Zurückweisung des Rechtsmittels als teilweise unzulässig. Das Erstgericht hätte daher diesen Beschluss, soweit er von der Wiedereinsetzung erfasst wurde, zur Klarstellung aufheben können. Unterlässt aber das Bewilligungsgericht einen derartigen Aufhebungsbeschluss (wie hier übrigens auch eine Kostenentscheidung gemäss § 154 ZPO), so ist seine Entscheidung insoweit nicht unvollständig, weil ein Aufhebungsbeschluss lediglich deklarative Bedeutung hätte (vgl. *Gitschthaler in Rechberger/Klicka ZPO*⁵ § 150 Rz 1/1 mN aus der österreichischen Judikatur).

Wird ein bereits eingebrachtes Rechtsmittel der Partei vom Gericht als verspätet zurückgewiesen und von der Partei in weiterer Folge die Wiedereinsetzung in den

vorigen Stand gegen die Versäumung der Rechtsmittelfrist eingebracht, so muss sie entgegen § 149 Abs 1 Satz 2 ZPO das zurückgewiesene Rechtsmittel nicht neuerlich einbringen. Vielmehr hat das Rechtsmittelgericht das Rechtsmittel zu behandeln, da durch die Wiedereinsetzung der entsprechende Aufhebungsbeschluss wie gesagt ex lege weggefallen ist. Bringt die Partei das Rechtsmittel dennoch mit dem Wiedereinsetzungsantrag neuerlich ein, so stellt dies nur eine Wiederholung des Rechtsmittels dar, die nicht erforderlich wäre. Dieser Schriftsatz ist aber nach österreichischer Judikatur deshalb ebenso wenig unzulässig wie der ursprüngliche Rechtsmittelschriftsatz, sodass keines der beiden Rechtsmittel zurückgewiesen werden muss (6 Ob 832/83; vgl 3 Ob 65/88). Will man sich diesem Grundsatz anschliessen, so kann dies jedenfalls nur für den Fall gelten, in dem das ursprünglich eingebrachte und das mit dem Wiedereinsetzungsantrag neuerlich vorgelegte Rechtsmittel inhaltlich miteinander identisch sind. Es wäre aber nicht zulässig, mit dem zweiten Rechtsmittel geänderte Rechtsmittelausführungen darzustellen und beispielsweise damit inhaltlich auf die ebenfalls bereits eingebrachte Rechtsmittelbeantwortung einzugehen. Dies stellte einen Verstoss gegen die Einmaligkeit des Rechtsmittels dar.

Hier sind die Rechtsmittel des Klägers in ON 31 und ON 43 soweit inhaltlich identisch, als sie eine Revision gegen das Teilurteil ON 29 ausführen. Hingegen enthielt die Revision ON 31 auch inhaltlich als Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluss ON 29 aufzufassende Erwägungen, die vom Wiedereinsetzungsbeschluss des Erstgerichts unberührt blieben und damit richtigerweise nicht mehr

Gegenstand des Verfahrens sind und auch nicht mehr in das Rechtsmittel ON 43 aufgenommen wurden. Sinngemäss gelten diese Überlegungen auch für die beiden Revisionsbeantwortungen, die die Beklagte zu den Rechtsmitteln des Klägers eingebracht hat (ON 35 und ON 54). Soweit in den nachfolgend eingebrachten Rechtsmittelschriftsätzen nicht weiter relevante Abweichungen gegenüber den inhaltlichen Ausführungen laut den ersten Rechtsmittelschriftsätzen enthalten sind, genügt es, diese nicht weiter zu beachten.

8.2. Das Erstgericht hat über einen Teil des Klagebegehrens und über die von der Beklagten eingewendeten Gegenforderungen nicht abgesprochen. Dies wurde von den Parteien weder mit Berufung noch mit einem Ergänzungsantrag gerügt. Die entsprechenden Begehren sind damit aus dem Verfahren ausgeschieden (vgl OGH 06.05.2022 zu 05 CG.2021.126 Erw 8.1. in ON 41; OGH 05.02.2021 zu 09 CG.2017.616 Erw 2 aE LJZ 2021, 47/3; RIS-Justiz RS0042374, RS0041490).

8.3. Das Fürstliche Obergericht hat in der Sache, von den Parteien nicht gerügt, inländisches Recht angewendet. Dazu hat es auf den Arbeitsvertrag vom 09.06.2017 Bezug genommen (vgl Beilage A Punkt 20). Die Parteien haben demnach ausdrücklich eine entsprechende Rechtswahl gemäss Art 11 Abs 1, 39 Abs 1, 48 IPRG getroffen. Anhaltspunkte dafür, dass diese gemäss Art 48 Abs 3 IPRG unbeachtlich sein könnte, ergeben sich aus den vorliegenden Verfahrensergebnissen (so insbesondere auch aus Beilage A) nicht. Der Inhalt der erwähnten Beilage, deren Echtheit und Richtigkeit anerkannt und damit nicht

bestritten wurde (ON 6 Seite 8 Mitte), kann daher als unbedenklich der Entscheidung des Revisionsgerichtes zugrunde gelegt werden (vgl OGH 03.12.2015 zu 08 CG.2014.349 Erw 9.1. unter Hinweis auf RIS-Justiz RS0121557; vgl noch weiter unten Erw 8.7.1.4.).

Die Parteien haben die Richtigkeit der Anwendung liechtensteinischen Sachrechts auch nicht in Frage gestellt, sondern dieses ihren Rechtsmittelschriftsätzen zumindest implizit zugrunde gelegt. Selbst wenn hier laut den vorstehenden Ausführungen nicht liechtensteinisches Recht sondern eine andere Rechtsordnung anzuwenden wäre, müsste diese von den Parteien konkret bezeichnet und dazu auch ausgeführt werden, welches für sie günstigere als das vom Berufungsgericht erzielte Ergebnis daraus zu erwarten wäre, sofern dem nicht zwingendes Recht entgegenstünde. Das ist allerdings nicht der Fall (vgl OGH 08 CG.2014.349 Erw 9.1. aE mwN).

8.4.1. Wie oben wiedergegeben hat das Berufungsgericht seine Entscheidung unter anderem darauf gestützt, dass *„der Kläger gemäss seinem eigenen Prozessstandpunkt jedenfalls nur bis 31.07.2020 krankheitsbedingt nicht arbeitsfähig war“*. Dies ergebe sich zum einen implizit aus den vom Erstgericht getroffenen Feststellungen und sei zum anderen auch gar nicht strittig. Die Revisionsausführungen bemängeln nun unter mehreren Gesichtspunkten diese Erwägungen als unzutreffend (unrichtige rechtliche Beurteilung, Aktenwidrigkeit, wesentlicher Verfahrensmangel). Der Kläger sei nämlich nach den Revisionsausführungen ab dem 01.08.2020 nicht wieder arbeitsfähig gewesen.

Mit seinen Ausführungen habe das Berufungsgericht nach dem Standpunkt des Klägers in Verletzung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit ohne Beweisergänzung eine unrichtige Tatsachenfeststellung getroffen. Im Fall der dazu an sich vorzunehmenden Beweiswiederholung bzw -ergänzung, insbesondere durch die ergänzende Einvernahme des Klägers, hätte sich nämlich ergeben, dass der Kläger sowohl im August 2020 als auch in den darauffolgenden Monaten bis in das Jahr 2021 krankheitsbedingt arbeitsunfähig gewesen sei. Damit würden seine den Zeitraum 01.08.2020 bis 30.09.2020 betreffenden Ansprüche zu Recht bestehen.

Die zitierte Erwägung des Berufungsgerichts sei auch aktenwidrig, weil der Kläger im Rahmen seiner Einvernahme als Partei angegeben habe, dass er „*auch im August noch krank*“ gewesen sei. Der Kläger habe auch vorgebracht, dass er nicht gewusst habe, dass sich die Kündigungsfrist über den 31.07.2020 hinaus verlängere. Dies sei ihm von der Beklagten nicht mitgeteilt worden, die ihn auch nicht aufgefordert habe, ab dem 01.08.2020 die Arbeit anzutreten. Aus diesem Grund sei es nicht notwendig gewesen, „Arbeitsunfähigkeitsbestätigungen ab dem 01.08.2020 vorzulegen“. Das Berufungsgericht habe daher seine rechtliche Beurteilung auch auf eine aktenwidrige Grundlage gestützt.

8.4.2. Dem hält die Beklagte zusammengefasst entgegen, dass das Berufungsgericht mit der vom Kläger gerügten Formulierung lediglich dessen eigenen Prozesstandpunkt wiedergegeben habe. Der Kläger habe nie behauptet, über den 31.07.2020 hinaus arbeitsunfähig

gewesen zu sein. Die nunmehrige gegenteilige Behauptung des Klägers (Arbeitsunfähigkeit über den 01.08.2020 hinaus) sei in einem „Wunschsachverhalt“ begründet.

8.4.3.1. Der in mehrfacher Hinsicht vom Kläger gerügte Teil der Entscheidungsgründe des Berufungsgerichts, wonach *„der Kläger gemäss seinem eigenen Prozessstandpunkt jedenfalls nur bis 31.07.2020 krankheitsbedingt nicht arbeitsfähig“* gewesen sei, stellt sich schon seinem Wortlaut aber auch den übrigen vom Berufungsgericht angestellten Überlegungen nach nicht als eine von diesem getroffene Tatsachenfeststellung dar. Schon deshalb geht der Vorwurf des Klägers, diese Annahme sei ohne Beweiswiederholung bzw -ergänzung getroffen worden, als verfehlt dar. Vielmehr hat das Berufungsgericht unmissverständlich den vom Kläger schon im erstinstanzlichen Verfahren eingenommenen Prozessstandpunkt wiedergegeben. Dies stimmt mit dem Akteninhalt überein und begründet daher auch keine Aktenwidrigkeit.

In der Klage brachte der Kläger nämlich zunächst vor, aus bestimmten Gründen sei sein Krankenstand bis zum 31.07.2020 verlängert worden (ON 1 S 4 unten). Auf Seite 6 Abs 1 der Klage hat der Kläger dezidiert behauptet, dass er tatsächlich und nachweislich bis einschliesslich 31.07.2020 arbeitsunfähig gewesen sei. Entsprechendes ergibt sich aus dem Protokoll vom 23.06.2021 (ON 6 S 3 Abs 2). Auch in weiterer Folge unterstellte der Kläger offenbar, dass er ab dem 01.08.2020 wieder arbeitsfähig gewesen sei (ON 6 S 6 Pkt J Abs 2). Sein in der Revision erwähntes Vorbringen, dass es für ihn nicht notwendig

gewesen sei, „*Arbeitsunfähigkeitsbestätigungen ab dem 01.08.2020 vorzulegen*“ (ON 11 S 12 Abs 1), wurde in erster Instanz nur mit Überlegungen begründet, wonach er über die Verlängerung der Kündigungsfrist über den 31.07.2020 hinaus nicht Bescheid gewusst habe und von der Beklagten auch nicht aufgefordert worden sei, ab dem 01.08.2020 die Arbeit anzutreten. Dass der Kläger aber auch zu diesem Zeitpunkt und darüber hinaus arbeitsunfähig gewesen sei, ergibt sich daraus nicht.

Einen entsprechenden Prozessstandpunkt hat der Kläger auch noch in seiner Berufungsbeantwortung ON 25 eingenommen, wonach die Beklagte ihn „*nach Ende des Krankenstandes am 31.07.2020 nicht mehr kontaktiert*“ habe (ON 25 S 3 Abs 2). Dementsprechend hatte das Erstgericht von den Parteien nicht gerügt festgestellt, dass die Beklagte den Kläger *nach Ende des Krankenstandes am 31.07.2020* nicht mehr kontaktiert hat (ON 13 S 7 Abs 2). Auch in einem anderen Zusammenhang ist in der Berufungsbeantwortung die Rede vom Ende der Arbeitsunfähigkeit mit 31.07.2020 (ON 25 S 4 Abs 3 bis S 5 Abs 2, S 10 Abs 6). Mit keinem Wort wurde konkret oder hinreichend schlüssig erwähnt, dass der Kläger über den 31.07.2020 hinaus arbeitsunfähig gewesen sei. Der Prozessstandpunkt des Klägers war daher in dieser Hinsicht nicht unklar, sodass es insoweit auch keiner Erörterung oder Anleitung des Klägers zu einem entsprechenden Vorbringen bedurfte.

All das spricht dafür, dass schon die Parteien, aber auch das Erstgericht in erster Instanz davon ausgegangen sind, dass der Krankenstand des Klägers am 31.07.2020

geendet hatte und er somit ab diesem Zeitpunkt nicht mehr arbeitsunfähig war.

Damit liegt weder die behauptete Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens noch eine dem Fürstlichen Obergericht unterlaufene Aktenwidrigkeit vor.

Die Frage, ob § 267 ZPO zutreffend angewendet wurde, ob nämlich ein schlüssiges Tatsachengeständnis vorlag oder nicht, ist eine Verfahrensfrage, deren Überprüfung nur im Rahmen einer Verfahrensrüge möglich ist. Grundsätzlich bedürfen alle Tatsachen eines Beweises, die nicht ausdrücklich (§ 266 ZPO) oder schlüssig (§ 267 ZPO) zugestanden worden sind. Tatsachen, die nicht zugestanden aber auch nicht ausdrücklich bestritten worden sind, müssen deshalb grundsätzlich unter Beweis gestellt werden. Das bloße Unterbleiben der Bestreitung reicht somit für sich allein für die Annahme eines Tatsachengeständnisses nicht aus. Auch bloss unterbliebenes ausdrückliches, also sogenanntes unsubstantiiertes Bestreiten ist nur dann ausnahmsweise als Geständnis anzusehen, wenn im Einzelfall gewichtige Indizien dafür sprechen (vgl 3 Ob 79/17i Erw 2.2. mwN).

Die Beklagte hat generell und dezidiert bestritten, dass der Kläger im fraglichen Zeitraum und damit über den 31.07.2020 hinaus arbeitsunfähig gewesen sei. Daher ist das Berufungsgericht im Zusammenhang mit den wiedergegebenen Prozessbehauptungen des Klägers auch unter diesem Aspekt zu Recht davon ausgegangen, dass in diesem Zusammenhang ein unstrittiger Sachverhalt (keine Arbeitsunfähigkeit des Klägers über den 31.07.2020 hinaus) rechtlich zu beurteilen war, der im Sinn der §§ 266,

267 ZPO nicht beweisbedürftig und zu dem daher auch keine Feststellung zu treffen war. Ob die darauf fussende rechtliche Beurteilung richtig oder unrichtig ist, wird noch zu behandeln sein.

8.4.3.2. Den weiteren Revisionsausführungen ist entgegenzuhalten, dass durch die Beweisaufnahme hervorgekommene Umstände vom Gericht nur dann berücksichtigt werden dürfen, wenn sie in einem entsprechenden Parteilvortrag Deckung finden. Das gilt insbesondere auch für die Angaben des Klägers im Rahmen seiner Einvernahme als Partei, wonach er im August 2020 und auch danach noch arbeitsunfähig gewesen sei (RIS-Justiz RS0038037; OGH 03.05.2019 06 CG.2018.8 GE 2019, 223 Erw 10.1.4.; OGH 06.07.2018 06 CG.2015.299 GE 2019, 167 Erw 8.2.1. ua).

Selbst wenn ein entsprechendes Vorbringen vorgelegen hätte, stellte die Aussage des Klägers nur ein einziges Beweisergebnis dar, dass von den Tatsacheninstanzen beweiswürdigend zu beurteilen gewesen wäre. Das bloße Vorliegen dieser Aussage des Klägers bedeutet daher noch nicht, dass auf dieser Basis auch eine entsprechende Tatsachengrundlage zu schaffen gewesen wäre. Vielmehr wären dazu alle von den Parteien in zulässiger und zu beachtender Weise angebotenen Beweise sowie die daraus abgeleiteten Beweisergebnisse zu berücksichtigen gewesen. Eine weitere Vertiefung dieser Überlegungen erübrigt sich aber im Hinblick auf das Fehlen einer entsprechenden Tatsachenbehauptung.

Erwähnt sei daher nur noch, dass die unzulässige Berücksichtigung einer sogenannten überschüssenden

Feststellung, also einer solchen, die nicht durch eine Prozessbehauptung gedeckt ist, mit einer Rechtsrüge geltend gemacht werden könnte (OGH 07.10.2016 08 CG.2009.407 GE 2017,164 mWN; RIS-Justiz RS0112213, vgl RS0037972).

8.4.3.3. Berücksichtigt man den vom Kläger in erster Instanz und auch noch im Berufungsverfahren eingenommenen Standpunkt, so stellt sich seine nunmehr in der Revision vehement vorgetragene Behauptung, er sei über den 31.07.2020 hinaus arbeitsunfähig gewesen, als ein *venire contra factum proprium* dar. Hiermit wird ein „widersprüchliches Verhalten“ als Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs anerkannt. Darunter wird verstanden, dass der Berechtigte (hier der Kläger) beim Verpflichteten (hier der Beklagten) durch sein Verhalten den Eindruck erweckt hat, ein ihm zustehendes Recht nicht (mehr) geltend zu machen, sodass ihm im Hinblick darauf eine spätere Berufung auf das Recht verwehrt wird. Der Berechtigte erweckt beim Verpflichteten durch sein Verhalten Vertrauen auf das Bestehen einer bestimmten Sach- oder Rechtslage, weshalb die „Widersprüchlichkeit“ nur zwischen der objektiven Rechtslage und dem Verhalten des Berechtigten gesehen wird (OGH 04.03.2022 09 CG.2020.97 LES 2022, 92 Erw 11.6. unter Hinweis auf 7 Ob 15/20m und 7 Ob 133/18m ua; vgl dazu auch § 232 Abs 1 ZPO, aus dem sich im Umkehrschluss ableiten lässt, dass un schlüssiges und widersprüchliches Verhalten nicht zulässig sind). Genau ein solches widersprüchliches Verhalten ist aber dem Kläger vorzuwerfen, wenn er nunmehr in der Revision mit Nachdruck die Behauptung vertritt, über den 31.07.2020 hinaus arbeitsunfähig

gewesen zu sein. Das ist im Hinblick auf seinen in den Vorinstanzen eingenommenen Standpunkt, aus dem sich Gegenteiliges ableiten lässt, unzulässig.

8.5.1. Die Revision bemängelt, dass das Berufungsgericht die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes überprüft und im Wesentlichen für unrichtig befunden habe. Dies wäre deshalb unzulässig gewesen, weil die Beklagte in ihrer Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil keine gesetzmässig ausgeführte Rechtsrüge erhoben habe.

8.5.2. Dies wird von der Revisionsgegnerin in Abrede gestellt.

8.5.3. Die Beklagte hatte jedoch in ihrer Berufung ausgeführt, dass das Erstgericht keine Feststellung dahin getroffen habe, dass der Kläger im fraglichen Zeitraum bis 31.07.2020 tatsächlich arbeitsunfähig gewesen sei. Dies war aber nach den beiderseitigen Prozessstandpunkten der Parteien strittig. Die Feststellung, der Hausarzt des Klägers habe diesen „auf Grund seiner gesundheitlichen Situation“ bis 10.07.2020 krankgeschrieben (ON 13 S 6 Abs 3), sagt nämlich im Wesentlichen nur etwas über die damalige, nicht näher hinterfragte Einschätzung des Hausarztes, nicht aber hinreichend deutlich aus, ob der Kläger bis zu diesem Zeitraum und darüber hinaus tatsächlich wegen Krankheit arbeitsunfähig gewesen ist. In diesem Zusammenhang wurde in der Berufung abgeleitet, das Erstgericht hätte mangels einer entsprechenden Feststellung nicht von einer Verlängerung der Kündigungsfrist ausgehen dürfen. Unabhängig davon, ob diese rechtliche Beurteilung zutreffend ist, stellt sie jedenfalls eine gesetzmässig

ausgeführte Rechtsrüge dar, die auf der zulässigen Behauptung eines sekundären Feststellungsmangels beruht.

Weiters wurde in der Berufung die Rechtsansicht des Erstgerichts wirksam in Frage stellt, dass die Beklagte als Arbeitgeberin des Klägers bei einer vermeintlich nicht zutreffenden Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit eine Verwarnung aussprechen hätte müssen, um in der Folge eine fristlose Entlassung vornehmen zu können. Dazu enthält die Berufung rechtliche Erwägungen, die unabhängig von ihrer Richtigkeit einer Überprüfung der Rechtsfragen durch das Berufungsgericht zugänglich waren.

Dasselbe gilt für die rechtliche Annahme des Erstgerichts, wonach der Kläger ab dem 01.08.2020 nicht mehr an seinem Arbeitsplatz erscheinen hätte müssen, weil er von der Beklagten hiezu nicht aufgefordert worden sei. In diesem Zusammenhang machte die Berufung sekundäre Feststellungsmängel geltend, weil aus Sicht der Klägers nicht zu allen relevanten Prozessbehauptungen Feststellungen getroffen worden seien, und führte dazu rechtlich begründete Erwägungen ins Treffen. Ob diese Argumente der Rechtsrüge zutreffend waren oder nicht, war eben vom Berufungsgericht zu überprüfen. Sollten diese Erwägungen nicht zutreffend gewesen sein, so wäre der Rechtsrüge kein Erfolg beschieden gewesen. Eine nicht gesetzmässige Ausführung der Rechtsrüge, die eine Überprüfung der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts unzulässig gemacht hätte, lag aber nicht vor.

Dass die Berufung allenfalls teilweise von Feststellungen abwich oder im Rahmen der rechtlichen

Beurteilung teilweise Feststellungen als unrichtig rügte, machte die Rechtsrüge in ihrer Gesamtheit noch nicht unzulässig und unüberprüfbar.

8.6. Gerügt wird (nach Meinung der Beklagten zu Unrecht) die aus Sicht des Klägers überraschende Rechtsansicht des Berufungsgerichtes, dass *„der Kläger nach Wiedererlangen der Arbeitsfähigkeit am 01.08.2020 der Beklagten bei sonstigem Verlust seines Lohnanspruchs unmissverständlich seine Dienste anbieten hätte müssen“*, und *„die Beklagte auch nicht verpflichtet gewesen wäre, den Kläger dazu aufzufordern bzw ihn über den Kündigungsschutz zu belehren, während ein allfälliger Rechtsirrtum des Klägers diesem selbst schaden würde“*. Bei einer entsprechenden Erörterung hätte der Kläger zusätzlich noch behaupten können, dass er auch ab dem 01.08.2020 bis in das Jahr 2021 krankheitsbedingt arbeitsunfähig und schon allein aus diesem Grund nicht in der Lage gewesen sei, der Beklagten seine Dienste anzubieten. Die unterbliebene Erörterung samt der nicht eingeräumten Möglichkeit, weiteres Vorbringen zu erstatten, begründe ebenfalls eine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens.

Allerdings hat die Beklagte schon in ihrem Schriftsatz vom 15.06.2021 (ON 5 S 4 Abs 3) vorgebracht, dass eine allfällige Arbeitsunfähigkeit des Klägers nur bis zum 31.07.2020 festgestellt worden sei, weshalb er spätestens ab dem 01.08.2020 (offenbar gemeint: vertragswidrig) keinerlei Dienste mehr verrichtet und sich auch nicht arbeitsbereit gemeldet habe, sodass ihm ab diesem Datum keinesfalls irgendeine Lohnfortzahlung

zustehen würde und daher die diesbezüglichen Ansprüche (betreffend August und September 2020) ausdrücklich bestritten würden.

Schliesslich hat der Kläger selbst vorgebracht, die Beklagte habe ihm gegenüber verschwiegen, dass im Fall einer Arbeitsunfähigkeit während der Kündigungsfrist diese unterbrochen werde und ab Erlangen der Arbeitsfähigkeit weiterlaufe. Die Beklagte als Arbeitgeberin wäre verpflichtet gewesen, den Kläger über die Verlängerung der Kündigungsfrist in Kenntnis zu setzen und ihn aufzufordern, ab dem 01.08.2020 die Arbeit anzutreten. Spätestens Mitte Juli 2020 hätte die Beklagte den Kläger darüber aufklären müssen, dass die Kündigungsfrist sich aufgrund des Krankenstandes verlängere und er daher ab dem 01.08.2020 seine Arbeit antreten müsse (ON 6 S 6 Pkt J).

In diesen beiderseitigen Prozessstandpunkten sind die vorstehenden Überlegungen des Berufungsgerichts, die der Kläger als überraschend wertet, gedeckt. Es bestand daher keine Veranlassung, in diese Richtung eine rechtliche Erörterung vorzunehmen und dem Kläger Gelegenheit zu geben, das jetzt relevierte Vorbringen zu erstatten, das wiederum in Widerspruch zu seinen bisherigen Behauptungen steht. Auch in diesem Zusammenhang liegt daher kein Verfahrensmangel vor (vgl RIS-Justiz RS 0120056 [T4]).

8.7.1. Das Fürstliche Obergericht begründete sein abänderndes Teilurteil wie erwähnt unter anderem damit, dass der Kläger nach Wiedererlangen der Arbeitsfähigkeit am 01.08.2020 der Beklagten bei sonstigem Verlust seines

Lohnspruchs unmissverständlich seine Dienste anbieten hätte müssen, während die Beklagte nicht verpflichtet gewesen sei, den Kläger dazu aufzufordern bzw ihn über den Kündigungsschutz zu belehren; vielmehr würde ein allfälliger Rechtsirrtum des Klägers diesem selbst schaden. Dazu wurde unter anderem die Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts BGE 115 V 437 (E 5, 6) zitiert.

Dem hält der Kläger in der Revision sinngemäss entgegen, dass der Fürstliche Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung 01 CG.2011.210 (vom 06.08.2012 GE 2012, 120) von der in diesem schweizerischen Judikat vertretenen Rechtsmeinung teilweise abgewichen sei. Dementsprechend habe für die Beklagte wegen der von ihr verfrüht ausgesprochenen Kündigung gegenüber dem Kläger eine Informationspflicht bestanden, die sie missachtet habe. Es wäre für sie ein Leichtes gewesen, die von ihr geschaffene unklare Lage zu bereinigen und sich mit dem Kläger in Verbindung zu setzen. Damit habe der Kläger seine ab dem 01.08.2020 entstandenen Ansprüche nicht verwirkt, selbst wenn man die Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit ab diesem Zeitpunkt unterstelle.

Das wird von der Beklagten in ihrer Revisionsbeantwortung bestritten. Es sei der Kläger gewesen, der durch die Vorlage unrichtiger Arbeitsunfähigkeitsmeldungen eine unklare Lage herbeigeführt habe. Die Beklagte habe nicht in Kenntnis oder während des aufrechten Bestandes einer (ohnedies zweifelhaften) Arbeitsunfähigkeit gekündigt, sondern völlig unabhängig davon und somit durch die Kündigung

keine unklare Situation verursacht. Der Kläger beanspruche daher für einen Zeitraum ab dem 01.08.2020 Lohn, obwohl er ab diesem Zeitpunkt keine Minute für die Beklagte gearbeitet habe und auch dazu nicht bereit gewesen sei.

8.7.1.1. Nach § 1173a Art 45 Abs 1 ABGB kann ein unbefristetes Arbeitsverhältnis von jeder Vertragspartei gekündigt werden. Die Kündigungsfrist betrug im Zeitpunkt der Kündigung durch die Beklagte – wie dies von den Parteien und den Vorinstanzen übereinstimmend angenommen wird – gemäss § 1173a Art 45c Abs 1 ABGB zwei Monate. Laut § 1173a Art 49 Abs 1 lit a ABGB darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar ab dem zweiten Dienstjahr während 90 Tagen.

Dass der Kläger eine allfällige Arbeitsunfähigkeit, sollte eine solche tatsächlich bestanden haben, selbst verschuldet habe, wurde nicht behauptet und ist daher hier nicht weiter Thema.

Eine während der genannten Sperrfrist erklärte Kündigung ist nach § 1173a Art 49 Abs 2 ABGB nichtig. Ist dagegen wie hier die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt. In Verbindung mit Abs 3 der zuletzt zitierten Gesetzesstelle hätte sich daher die Kündigungsfrist durch eine allfällige tatsächlich bestandene Arbeitsunfähigkeit des Klägers nach den beiderseitigen Prozessstandpunkten sowie der nicht

gerügten und damit nicht näher zu prüfenden Rechtsansicht des Berufungsgerichtes vom 31.07.2020 bis 30.09.2020 verlängert.

Diese Rechtslage entspricht im Wesentlichen der schweizerischen Rezeptionsvorlage (vgl insbesondere Art 335c Abs 1 und Abs 2, 336c Abs 1 lit b und Abs 2 chOR), sodass hier auch auf schweizerische Judikatur und Lehre zurückzugreifen ist.

8.7.1.2. Richtig ist, dass das schweizerische Bundesgericht in der vom Berufungsgericht zitierten Entscheidung BGE 115 V 437 E 5. und 6. zusammengefasst ausgesprochen hat, dass der Arbeitnehmer nach wiedererlangter Arbeitsfähigkeit zur Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet sei. Komme der Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht nicht nach und lägen keine anerkannten Verhinderungsgründe vor, so gerate er wegen Nichterfüllung des Vertrages in Verzug. Der Arbeitgeber könne in diesem Fall für die Dauer der fehlenden Arbeitsleistung den Lohn verweigern. Ebenso würden die Regeln über den Annahmeverzug des Arbeitgebers gelten. Könne die Arbeit infolge des Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden oder komme er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so bleibe dieser zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet sei. Ein Arbeitgeberverzug liege grundsätzlich erst vor, wenn der Arbeitnehmer die Arbeit eindeutig angeboten habe. Ein Arbeitgeber gerate grundsätzlich nicht in Annahmeverzug, wenn er es unterlasse, den

Arbeitnehmer aufzufordern, seine Arbeit während des durch die zitierte Rechtslage verlängerten Arbeitsverhältnisses weiterzuführen. Vielmehr sei es Sache des Arbeitnehmers, seine Dienste anzubieten. Erst wenn diese abgelehnt würden, komme der Arbeitgeber in Verzug.

Bei diesem Judikat handelt es sich um eine sozialversicherungsrechtliche Entscheidung. Die damals vertretene Rechtsmeinung wurde vom schweizerischen Bundesgericht in der Folge aber auch unter arbeitsvertraglichen Gesichtspunkten aufrecht erhalten (01.09.2005 zu 4 C.230.205; BGE 132 III 406 E 2.6 S 412 f; vgl 4 A_289/210 vom 27.07.2010).

In seiner Entscheidung 01 CG.2011.210 hat der Fürstliche Oberste Gerichtshof darauf hingewiesen, dass es im Allgemeinen zutreffen mag, dass eine Arbeitgeberin nicht verpflichtet ist, einen Arbeitnehmer auf seine Rechte hinzuweisen, welche dieser rechtsirrtümlicherweise nicht kennt. Ist der Rechtsirrtum indes darauf zurückzuführen, dass ein Arbeitnehmer eine Erklärung genauso versteht, wie sie die Arbeitgeberin rechtsirrtümlich abgegeben hat, so ist *diese* nach Treu und Glauben gehalten, die von ihr selber geschaffene unklare Lage zu bereinigen. Daher trägt sie die Folgen, falls sie dies unterlässt. In diesem Punkt vermochte die Begründung des schweizerischen Bundesgerichts laut BGE 115 V 437, wonach es Sache des Arbeitnehmers sei, im Interesse seines Lohnanspruchs die notwendige Klarheit zu schaffen, das Revisionsgericht jedenfalls für den Fall nicht durchwegs zu überzeugen, wenn sie vorbehaltlos gemeint sein sollte: also auch dann, wenn die unklare Lage vom kündigenden Arbeitgeber geschaffen wurde. In eben

diesem Punkt hat das schweizerische Bundesgericht seine Rechtsprechung allerdings inzwischen durch die zuvor angeführten Entscheidungen präzisiert (OGH 01 CG.2011.210 Erw 13.14.1.).

Weiters sprach das Revisionsgericht damals aus, dass im Sinn eines anerkannten billigen Ausgleichs zwischen den Interessen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers ein Arbeitgeber den Arbeitnehmer auf eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Kündigungsschutzbestimmungen aufmerksam machen muss, wenn er den Rechtsirrtum des Arbeitnehmers bemerken und gleichzeitig erkennen muss, dass der Arbeitnehmer durch die Nichtgeltendmachung des Kündigungsschutzes einen irreparablen Nachteil erleidet. Gleiches hat dann zu gelten, wenn eine Arbeitgeberin sich nicht hinreichend über die Voraussetzungen und die Modalitäten einer arbeitsvertragsrechtlichen Kündigung vergewissert, bevor sie diese ausspricht, vorzeitig kündigt und insofern in Kauf nimmt, beim Arbeitnehmer, einen entsprechenden Rechtsirrtum zu überzeugen. Das gilt auch dann, wenn ein Arbeitgeber durch eine vorzeitige Kündigung eine unklare Lage geschaffen hat, die sich als Folge eines ihm bekannten Krankenstandes des Arbeitnehmers zusätzlich verkompliziert, sich – im Wissen um dessen Auswirkungen auf die laufende Kündigungsfrist – mit dem Arbeitnehmer nicht in Verbindung setzt und insofern wiederum in Kauf nimmt, dass dieser seine Arbeitsleistung nach Ablauf der unrichtig angesetzten Kündigungsfrist nicht mehr anbietet. Daraus resultiert, dass eine Lohnfortzahlungspflicht auch ohne Arbeitsangebot des Arbeitnehmers insoweit besteht, als der Arbeitgeber eine

allfällige Informationspflicht missachtete. Als wesentlichen Umstand gewichtete das Revisionsgericht dabei, wer, rein *ursächlich*, in erster Linie zu vertreten hat, dass im Zusammenhang mit einer arbeitsvertraglichen Kündigung Probleme entstanden sind (01 CG.2011.210 Erw 13.4.3).

8.7.1.3. Dies entspricht im Wesentlichen auch der schweizerischen Lehre (vgl unter anderem *Streiff/von Kaenel/Rudolph* Arbeitsvertrag⁷, Praxiskommentar zu Art 319 bis 362 OR Art 336c N 11). Eine Verpflichtung für den Arbeitnehmer, zur Arbeit zu kommen oder diese mindestens anzubieten, bestehe demnach dann nicht, wenn der Arbeitgeber auf einen falschen Termin gekündigt habe, dies jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer den Irrtum nicht erkenne. Das gelte auch dann, wenn der Arbeitnehmer freigestellt gewesen sei oder der Arbeitgeber anderweitig klar zu verstehen gegeben habe, dass er die Arbeit nicht mehr annehmen wolle. Mit der Verlängerung der Kündigungsfrist eines freigestellten Arbeitnehmers durch kürzere Krankheit oder Unfall müsse der Arbeitgeber demnach rechnen, nicht aber mit der langen Sperrfrist einer Schwangerschaft oder einer längeren Erkrankung; diesfalls sei die Arbeit auch bei vorgängig, in Unkenntnis der Schwangerschaft oder Erkrankung ausgesprochener Freistellung anzubieten.

Weitere Ausnahmen von der zitierten Rechtslage werden anerkannt, wenn der Arbeitgeber ganz klar die Annahme der Arbeit im Voraus abgelehnt hat; ebenso wenn feststeht, dass er sie aus anderen Gründen nicht mehr annehmen wird. Einem Arbeitgeber wurde demnach zum

Verhängnis, dass er im kantonalen Gerichtsverfahren freimütig erklärte, er sei an einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu keinem Zeitpunkt interessiert gewesen. Ebenso war kein Arbeitsangebot mehr nötig, nachdem eine Diplomatin ihrer ausländischen Hausangestellten erklärt hatte, sie könne sie nicht im garantierten 100%-Pensum beschäftigen, und als der Übernehmer eines Betriebs erklärt hatte, bestimmte Mitarbeiter nicht beschäftigen zu wollen. Auch der Umstand, dass der Arbeitgeber die Stelle bereits durch eine Drittperson besetzt hat, kann den Arbeitnehmer von der Anbietungspflicht befreien. Verzug setzt schliesslich weiter voraus, dass der Arbeitnehmer überhaupt in der Lage und bereit ist, die vertragskonforme Leistung zu erbringen (*Streiff/von Kaenel/Rudolph* Art 324 N 9 mN aus der schweizerischen Judikatur). Nach der schweizerischen Judikatur kann dem Arbeitnehmer auch dann kein Vorwurf gemacht werden, wenn ihn der Arbeitgeber bis zum Ende des Urlaubs wirksam von der Arbeitspflicht befreit hat oder die angebotene Arbeit auf jeden Fall nicht angenommen hätte (BGer 4 A_289/2010 vom 27.07.2010 E 4.1).

8.7.1.4. Wie bereits erwähnt hat der Kläger vorgebracht, ihm sei Mitte Juli 2020 kommuniziert worden, er solle all seine Sachen bei der Beklagten abgeben. Dazu wurde auf die Beilage M verwiesen (ON 6 S 6 Pkt J). Dieses Vorbringen wurde von der Beklagten nicht substantiiert bestritten. Das Erstgericht hat dazu keine Feststellung getroffen.

Tatsächlich teilte der Kläger laut dieser Beilage mit Mail vom 10.07.2020 dem Geschäftsführer der

Beklagten ***** ***** mit, er würde nach einem von ihm in den kommenden Tagen in Liechtenstein wahrzunehmenden Termin „*gerne alles Eigentum der ***** abgeben*“. Darauf antwortete ***** ***** dem Kläger nach dem Inhalt dieser Urkunde am 13.07.2020: „*Du kannst alle Sachen nach deinem Termin LIE bei uns abgeben*“. Die Beklagte hat die Echtheit dieser Urkunde anerkannt und die Richtigkeit nicht bestritten, sondern dazu auf ihren Prozessstandpunkt verwiesen (ON 6 S 8 Mitte). Damit wurde also auch die Richtigkeit dieser Urkunde nicht bestritten. Der Inhalt der Beilage M wird sinngemäss auch durch das nicht substantiiert bestrittene Vorbringen des Klägers abgedeckt.

Wie teilweise bereits oben (Erw 8.3.) ausgeführt ist es prozessual zulässig, unstrittiges Parteivorbringen oder den Inhalt einer schon in erster Instanz vorgelegten unbedenklichen Urkunde, deren Echtheit und Richtigkeit nicht bestritten wurde, auch noch in dritter Instanz der Entscheidung zugrunde zu legen (RIS-Justiz RS0121557; vgl OGH 07.02.2020, 02 CG.2013.496 GE 2020, 57 Erw 8.15; OGH 04.02.2022, 15 CG.2018.313 Erw 10.2.1.b) GE 2022, 142 ua).

Es ist daher davon auszugehen, dass der Kläger im Einvernehmen mit der Beklagten die ihm von dieser zur Verfügung gestellten Arbeitsutensilien zurückstellen sollte und allenfalls auch tatsächlich zurückgestellt hat. Es entspricht aber der allgemeinen Lebenserfahrung und der gerichtlichen Praxis, dass ein Arbeitnehmer, der die ihm vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Arbeitsutensilien an diesen zurückstellt, seine

Arbeitsleistung für diesen Arbeitgeber nicht mehr in der vertraglich vereinbarten Art und Weise ausüben kann. Die Beklagte hat daher mit ihrem Mail vom 13.07.2020 laut Beilage M während des bis 31.07.2020 verlängerten Krankenstandes objektiv verständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie an der weiteren Erbringung einer Arbeitsleistung des Klägers für die Beklagte nicht mehr interessiert ist. Dies konnte nur dahin verstanden werden, dass das auch für die zitierte Rechtslage gilt, wonach die Kündigungsfrist durch eine allenfalls tatsächlich bestandene Arbeitsunfähigkeit des Klägers bis 30.09.2020 verlängert worden sein sollte.

Damit steht nach der hier massgeblichen Tatsachengrundlage ein Sachverhalt fest, der mit jenen Fällen vergleichbar ist, nach denen im Sinn der zitierten Judikatur und Literatur für den Arbeitnehmer (den Kläger) ein Ausnahmefall bestand, der ihn von seiner Verpflichtung, dem Arbeitgeber die Arbeitsleistung anzubieten, befreite. Vielmehr wäre es hier an der Beklagten gelegen, dem Kläger gegenüber im Gegensatz zu ihrer ursprünglichen Erklärung, die auf ein mangelndes Interesse an einer weiteren Arbeitsleistung des Klägers schliessen liess, zum Ausdruck zu bringen, dass er jedenfalls nach dem Ende des behaupteten Krankenstandes bis zum Ablauf der Kündigungsfrist für die Beklage weiter seine Arbeit erbringen soll. Der gegenteiligen Ansicht des Fürstlichen Obergerichts vermag sich daher das Revisionsgericht nicht anzuschliessen.

8.7.1.5. An sich zutreffend verweist die Beklagte allerdings in ihrer Revisionsbeantwortung darauf, dass sie

im Zusammenhang mit entsprechenden Beweisthemen in ihrer Berufung vom 22.09.2021 (ON 14) als Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens geltend gemacht hat, dass das Erstgericht von der Beklagten dazu angebotene Beweise nicht aufgenommen hat. Das Berufungsgericht habe sich mit der Mängelrüge insoweit aber nicht auseinandergesetzt.

Tatsächlich hat die Beklagte in ihrer Berufung ON 14 unter anderem ausgeführt, dass Mag. ***** als Vertreter der Beklagten vor dem Erstgericht ausgesagt hat, dass der Kläger eine rechtliche Einschulung auch über das liechtensteinische Arbeitsrecht erhalten hat und es dabei auch darum gegangen sei, dass sich im Krankheitsfall die Kündigungsfrist entsprechend verlängere. In der beantragten ergänzenden Einvernahme hätte Mag. ***** auch angeben können, dass es unrichtig sei, dass der Kläger nicht gewusst habe, dass sich die Kündigungsfrist mit Krankheit verlängere.

Darauf kommt es aber letztlich nicht an, weil der Kläger nach der wiedergegebenen massgeblichen Rechts- und Sachverhaltsgrundlage davon ausgehen konnte, dass die Beklagte selbst über die Rechtslage zutreffend informiert war und ungeachtet dessen eine weitere Erbringung seiner Arbeitsleistungen nicht wünschte.

Es ist entgegen den seinerzeitigen Ausführungen in der Berufung auch nicht entscheidend, dass die Beklagte im Sinn ihrer Behauptungen (die nach deren Standpunkt von Mag. ***** bestätigt werden hätten können) noch nach dem 31.07.2020 versucht habe, den Kläger zu kontaktieren, oder dass er allenfalls tatsächlich kontaktiert worden sei.

Die Beklagte hat nämlich in erster und zweiter Instanz nicht wirksam behauptet, sie hätte mit der angeblich versuchten Kontaktaufnahme den Kläger auffordern wollen, entgegen der ursprünglich sinngemäss zum Ausdruck gebrachten Intention seine Arbeitsleistung doch über den 31.07.2020 hinaus für die restliche Kündigungsfrist zu erbringen.

Die Beklagte hat in diese Richtung eine Behauptung grundsätzlicher Natur nur in ihrem Schriftsatz gemäss § 21 Abs 1 ZPO vom 01.07.2021 (ON 9) vorgetragen, mit dem der streitverkündeten D*** der Grund der Benachrichtigung und die Lage des Rechtsstreites bekannt zu geben war. Bei diesem Schriftsatz handelt es sich aber nicht um einen solchen im Sinn des § 257 ZPO, der dazu dient, Prozessvorbringen in das Verfahren einzubringen. Dass mit diesem Schriftsatz anderes beabsichtigt war, ergibt sich auch nicht aus dem Protokoll vom 08.07.2021 (ON 11 S 2 oben). Abgesehen davon wurde von der Beklagten auch im Schriftsatz ON 9 nicht vorgetragen, dass sie mit ihren demnach unternommenen Anrufen und Mails den Kläger entgegen der ursprünglich zum Ausdruck gebrachten Intention dazu veranlassen wollte, doch über den 31.07.2020 hinaus für den Rest der Kündigungsfrist Arbeitsleistungen für die Beklagte zu erbringen. Dass der Kläger überhaupt nicht erreichbar war, wurde ebenfalls nicht vorgetragen, sondern nur, dass der Kläger auf Anrufe und Mails nicht reagiert habe. Schliesslich ist unstrittig und ergibt sich auch aus den Feststellungen, dass der Kläger für die Beklagte jedenfalls im Postweg erreichbar war. Dass eine entsprechende Aufforderung aber auch im Postweg ergangen sei, wurde von der Beklagten ebenfalls nicht behauptet.

8.7.1.6. Somit erweist sich die Revision in diesem Punkt als berechtigt. Dies führt insoweit zu einer Aufhebung des angefochtenen Teilurteils, soweit es um die Ansprüche des Klägers geht, die er für den Zeitraum August und September 2020 geltend macht. Es bedarf nämlich auch zur abschliessenden Beurteilung dieser Ansprüche der Klärung der Frage, ob der Kläger tatsächlich bis 31.07.2020 arbeitsunfähig war oder nicht, weil davon wiederum abhängt, ob das Arbeitsverhältnis nur bis 31.07.2020 oder darüber hinaus andauerte (dazu noch weiter unten).

8.8.1. Der Revisionswerber führt selbst aus, dass eine ausgesprochene fristlose Entlassung nicht rückwirkend wirksam werden kann. Hier sei jedoch die Entlassung mit Schreiben vom 21.09.2020 und damit noch innerhalb der bis zum 30.09.2020 verlängerten Kündigungsfrist ausgesprochen worden. Damit betreffe sie auch den Anspruch des Klägers bis zu diesem Zeitpunkt. Dieses Verhalten der Beklagten sei aus mehreren Gründen unbillig und stossend. Daher hätte das (richtig: Berufungsgericht) wie das Erstgericht zum Ergebnis kommen müssen, dass dem Kläger eine Kündigungsentschädigung von EUR 3'832.28 zustehe.

8.8.2. Dem hält die Revisionsbeantwortung entgegen, dass – wie es das Berufungsgericht gesehen hat – eine rückwirkende (fristlose) Kündigung rechtlich und eine Umdeutung dieses Entlassungsschreibens in eine für die Zukunft wirksame fristlose Kündigung nicht möglich sei. Das Entlassungsschreiben könne nur so verstanden werden, dass dem Kläger aufgrund der ungerechtfertigten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen kein Lohnanspruch

mehr zustehe, zumal der Kläger in diesem Fall unbegründet nicht mehr zur Arbeit erschienen sei.

8.8.3.1. Gemäss § 1173a Art 53 Abs 1 ABGB kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer jederzeit das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen fristlos auflösen. Nach Abs 2 dieser Bestimmung gilt als wichtiger Umstand namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Laut Abs 3 dieser Norm entscheidet das Gericht über das Vorhandensein solcher Umstände nach seinem Ermessen, darf aber in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung als wichtigen Grund anerkennen.

Gemäss § 1173a Art 56 Abs 1 ABGB hat der Arbeitnehmer im Fall einer fristlosen Entlassung ohne wichtigen Grund Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre. Nach Abs 3 dieser Gesetzesstelle kann der Richter den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt; diese Entschädigung darf den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen.

Diese Bestimmungen entsprechen im Wesentlichen der schweizerischen Rezeptionsgrundlage (vgl insbesondere Art 337, 337c chOR). Es ist daher auch in diesem Zusammenhang geboten, auf schweizerische Rechtsprechung und Lehre zurückzugreifen.

8.8.3.2. Wie schon das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist eine Kündigung eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, mit der ein rechtsänderndes Gestaltungsrecht ausgeübt wird. Als aufhebendes Gestaltungsrecht betrifft diese Befugnis die einseitige, sofort oder ab einem bestimmten Zeitpunkt in der Zukunft (Anmerkung des Senates: gemeint offensichtlich nur bei Einhaltung einer Kündigungsfrist, also nicht bei einer fristlosen Auflösung) wirksame Auflösung des Arbeitsvertrages. Selbst eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung führt zum sofortigen Vertragsende. Mit Zugang der Kündigung tritt die Rechtsänderung ein (*Streiff/von Kaenel/Rudolph* Art 335 N 2). Das Wort „auflösen“ in Art 337 chOR (vgl § 1173a Art 53 Abs 1 ABGB) macht nach *Streiff/von Kaenel/Rudolph* deutlich, dass die Auflösung nur die Zukunft betrifft (dem tritt der Senat mit folgender Anmerkung bei: Gemeint ist damit offenbar, dass die Wirkung nicht in der Vergangenheit und *nach* dem Zugang der Erklärung, sondern *mit* dem Zugang eintritt, was sich aus den weiteren zitierten Grundsätzen und auch aus der Verwendung des Wortes „fristlos“ in diesem Zusammenhang ergibt). Das Arbeitsverhältnis wird durch eine fristlose Auflösung nämlich mit sofortiger Wirkung faktisch wie rechtlich beendet. Eine Umdeutung einer ungerechtfertigten fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses in eine ordentliche Kündigung auf den nächsten zulässigen Kündigungstermin ist damit weder nötig noch zulässig. Auch laufende Sperrfristen nach Art 336c chOR (vgl § 1173a Art 49 ABGB) ändern nichts an der sofortigen Vertragsbeendigung, doch sind sie bei der Berechnung des

Lohnersatzanspruchs zu berücksichtigen. Wer eine fristlose Auflösung ausspricht, übt ein sofort wirksam werdendes Gestaltungsrecht aus und kann sie nachher nicht einfach widerrufen (vgl. *Streich/von Kaenel/Rudolph* Art 337 N 1, 20, 24).

Der Anspruch nach § 1173a Art 56 Abs 1 ABGB (vgl. Art 337c chOR Abs 1) wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung ist sofort mit dem Zugang der Kündigung fällig und nicht erst nach Ablauf der hypothetischen ordentlichen Kündigungsfrist. Das ergibt sich aus seiner Natur als Schadenersatz und aufgrund der rechtlichen Beendigung des Vertrages. In dem das Gesetz von der rechtlichen und faktischen Beendigung des Arbeitsvertrages ausgeht, ist klar, dass die Fortsetzung der Anstellung auch nicht gerichtlich eingefordert werden kann (*Streich/von Kaenel/Rudolph* Art 337c N 3).

8.8.3.3. Voraussetzung der gerechtfertigten fristlosen Auflösung ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Ein wichtiger Grund für eine gerechtfertigte fristlose Auflösung liegt insbesondere immer dann vor, wenn dem Kündigenden (hier der Beklagten) nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist, das Arbeitsverhältnis weiter zu führen, dies mindestens bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin oder Ablauf des befristeten Vertrages. Das ist nur bei besonders schweren Verfehlungen des Vertragspartners der Fall, während bei leichteren oder mittleren Vertragsverletzungen der wichtige Grund nur vorliegt, wenn diese trotz Verwarnung wiederholt vorkamen. Die Verfehlungen müssen einerseits objektiv geeignet sein, das gegenseitige Vertrauen, welches die

Grundlage des Arbeitsverhältnisses ist, zu zerstören oder schwer zu erschüttern. Zusätzlich verlangt die schweizerische Judikatur, dass die Verfehlungen auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des Vertrauens geführt haben ([insoweit kritisch] *Streiff/von Kaenel/Rudolph* Art 337 N 2).

Demnach müssen also die besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits (trotz teilweiser kritischer [nicht hinreichend überzeugender], teilweise aber zustimmender Literatur auch nach der neueren und damit zu übernehmenden Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts) tatsächlich solche Umstände herbeigeführt haben. Den Worten „Treu und Glauben“ in Art 1173a Abs 2 Art 53 Abs 2 ABGB (vgl Art 337 Abs 2 chOR) ist im Gesamtzusammenhang der Bestimmung nicht zwingend nur eine objektive Komponente zu entnehmen. Abs 3 bringt sogar eine Arbeitsverhinderung aus subjektiven Gründen ins Spiel. Schliesslich ist dem Gesetz nicht zu entnehmen, dass ein Arbeitsverhältnis auch dann aufgelöst werden kann, wenn die dem Arbeitsvertrag ganz allgemein immanente Vertrauensgrundlage tatsächlich weder zerstört noch tiefgreifend erschüttert wurde. In einem solchen Fall liegt also kein Grund vor, aus dem den Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann.

Zu berücksichtigen ist sodann die verbleibende Zeit bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab. Das Gericht entscheidet darüber nach seinem Ermessen. In der schweizerischen Rechtsprechung ist anerkannt, dass beispielsweise Straftaten, die der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit oder auch im Privatleben zu Lasten des Arbeitgebers begeht, einen wichtigen Grund für eine fristlosen Entlassung ohne vorgängige Verwarnung sein können. Allerdings kommt es auch in diesen Fällen massgebend auf die Umstände des Einzelfalles an, insbesondere auf die Schwere der Straftat sowie darauf, ob die Straftat unmittelbare Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis hat. Bei vermögensrechtlichen Delikten zu Lasten des Arbeitgebers ist der geringe Wert des Diebesguts beispielsweise unerheblich (BGer 22.06.2017 4A_177/2017 E 2.2, vgl auch BGer 25.03.2020 4A_54/2020 E 6.1).

Hat ein Arbeitgeber auf die weiteren Dienste des Arbeitnehmers verzichtet (sogenannte Freistellung), so ist der Fall recht selten, dass er während der Kündigungsfrist noch eine fristlose Entlassung aussprechen und die Lohnzahlung einstellen kann. Unzumutbarkeit ergibt sich meist bei einer persönlichen Konfrontation; diese entfällt beim nicht mehr am Arbeitsort erscheinenden Arbeitnehmer. Nur wenn nach der Freistellung schwerwiegende Tatbestände, zum Beispiel Veruntreuungen, hervorkommen, oder sich der freigestellte

Arbeitnehmer zu krassen Illoyalitäten gegen den bisherigen Arbeitgeber hinreissen lässt, kann nachträglich die fristlose Entlassung ausgesprochen werden. Die fristlose Auflösung ist ein Notventil und als solches stets zurückhaltend zu handhaben (*Streiff/von Kaenel/Rudolph* Art 337 N 2 und 3).

Bei Pflichtverletzungen und anderen Unkorrektheiten am Arbeitsplatz bedarf es oft einer vorgängigen Verwarnung. Hierhin gehören grobe Verletzungen der Arbeitspflicht; zum Beispiel trotz Verwarnung regelmässig zu spätes Erscheinen am oder Fernbleiben vom Arbeitsplatz, nicht aber gelegentliches Zuspätkommen; wie wiederholtes „Blaumachen“, das heisst unentschuldigtes Fernbleiben vom Arbeitsplatz und wiederholte längere unerlaubte Arbeitsunterbrüche, das unentschuldigte Verlassen der Arbeitsstelle, auch ohne Verwarnung längeres unentschuldigtes Fernbleiben vom Arbeitsplatz, beharrliche Arbeitsverweigerung sowie simulierte Arbeitsunfähigkeit (*Streiff/von Kaenel/Rudolph* Art 337 N 5 1105, 1106), wie sie hier von der Beklagten behauptet wird.

8.8.3.4. Daraus resultiert hier Folgendes:

Im Zusammenhang mit den vorstehenden rechtlichen Erwägungen wird von den Parteien zu Recht die Ansicht des Berufungsgerichts nicht in Zweifel gezogen, dass die Beklagte die fristlose Entlassung nicht rückwirkend per 14.06.2020 aussprechen konnte. Die Beklagte hat aber mit ihrem Schreiben vom 21.09.2020 auch für den Kläger objektiv erkennbar unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie an einem Andauern des Beschäftigungsverhältnisses ab sofort nicht mehr

interessiert ist und dieses daher mit sofortiger Wirkung sowie noch vor Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist beenden möchte. Damit wurde ein entsprechendes Gestaltungsrecht ausgeübt, dass zur sofortigen Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses geführt hat. Wie erwähnt ist die Umdeutung einer fristlosen Entlassung in eine ordentliche Kündigung auf den nächsten, also in der Zukunft liegenden Kündigungstermin nicht zulässig, weil das Arbeitsverhältnis damit sofort auch rechtlich beendet wird. Es hindert aber, wenn sie in unzulässiger Weise rückwirkend ausgesprochen wird, nicht eine Umdeutung der fristlosen Auflösung in eine solche mit sofortiger Wirkung, wenn eine entsprechende Absicht des Kündigenden wie hier erkennbar ist. Welche rechtlichen Konsequenzen sich daran anschliessen, hängt davon ab, ob die fristlose Entlassung gerechtfertigt oder ungerechtfertigt ausgesprochen wurde.

Wie schon eingehend begründet wurde, ist der Entscheidung zugrunde zu legen, dass der Kläger in jedem Fall ab dem 01.08.2020 (wieder) arbeitsfähig war. Sollte er bereits im Zeitraum zuvor arbeitsfähig gewesen sein und seine Arbeitsunfähigkeit im Sinn der Behauptungen der Beklagten nur vorgetäuscht haben, so hätte sich die Kündigungsfrist nicht nach § 1173a Art 49 Abs 2 ABGB fortgesetzt. Vielmehr wäre das Beschäftigungsverhältnis infolge der ordentlichen Kündigung durch die Beklagte mit 31.07.2020 beendet worden. Die von der Beklagten mit Schreiben vom 21.09.2020 ausgesprochene fristlose Entlassung wäre dann schon deshalb wirkungslos gewesen, weil ein bereits beendetes Arbeitsverhältnis ohne Fortsetzung desselben nicht neuerlich beendet werden

kann. Damit könnte in diesem Fall § 1173a Art 56 ABGB (unter anderem mit der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung einer Entschädigung) nicht zum Tragen kommen, weil diese Bestimmung schon ihrem Wortlaut, aber auch ihrem erkennbaren Gesetzeszweck nach offensichtlich auf eine wirksame fristlose Entlassung abstellt, die zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt.

Die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung darf hingegen in keinem Fall als wichtiger Grund anerkannt werden (§ 1173a Art 53 Abs 3 ABGB). Sollte also der Kläger zunächst tatsächlich arbeitsunfähig und damit nach den obigen Ausführungen unverschuldet an der Erbringung der Arbeitsleistung bis 31.07.2020 verhindert gewesen sein (wie das Berufungsgericht bereits zutreffend ausführte, fehlt es dazu an hinreichend bestimmten Feststellungen – dazu oben Erw 8.5.3.), dann hätte an sich das Beschäftigungsverhältnis bis 30.09.2020 angedauert, wäre aber im konkreten Fall durch die ausgesprochene fristlose Entlassung mit Zugang des Schreibens vom 21.09.2020 vorzeitig beendet worden, wenn dieser (nicht festgestellte) Zeitpunkt nicht nach dem Ablauf der verlängerten Kündigungsfrist gelegen wäre. In diesem Fall wäre die fristlose Auflösung des Beschäftigungsverhältnisses durch die Beklagte nicht gerechtfertigt gewesen.

8.8.3.5. Diese rechtlichen Grundsätze zur fristlosen Auflösung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber wurden von den Parteien bisher nicht hinreichend bedacht und mit ihnen auch nicht ausreichend erörtert. Dadurch mangelt es an wesentlichen

Verfahrensergebnissen und darauf aufbauenden Feststellungen, weshalb eine abschliessende rechtliche Beurteilung des vom Kläger erhobenen Begehrens auf Zahlung einer Kündigungsschädigung und des auch für den Zeitraum nach der allenfalls wirksamen fristlosen Entlassung geltend gemachten Anspruchs nicht möglich ist. In diesem Sinn erweist sich die Revision des Klägers auch zu diesen Punkten im Ergebnis als berechtigt. Daher ist auch das angefochtene Teilurteil aufzuheben und die Rechtssache – im Hinblick auf die voraussichtlich umfassende Verfahrensergänzung – an das Erstgericht zurückzuverweisen.

Im fortgesetzten Verfahren wird insbesondere auch in diesem Zusammenhang zu klären sein, ob der Kläger im fraglichen Zeitraum tatsächlich arbeitsunfähig war oder nicht bzw. ob und unter welchen Umständen er im Fall seiner Arbeitsfähigkeit dennoch Bescheinigungen über seine vermeintliche Arbeitsunfähigkeit erlangen und diese damit vortäuschen konnte.

Gegebenenfalls wäre auch abzuklären, wann dem Kläger das Schreiben über die fristlose Entlassung zugekommen ist, damit der Zeitpunkt der allfälligen Rechtswirksamkeit der Ausübung des Gestaltungsrechts geklärt ist. Die von den Parteien zu den noch strittigen Tatsachenbehauptungen gestellten Beweisanträge werden sorgfältig zu prüfen sein, um nicht durch eine ungerechtfertigte Ablehnung derselben eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens zu begründen.

Nach den derzeit vorliegenden Behauptungen der Parteien ist nicht zu prüfen, ob der Kläger im betreffenden

Zeitraum allenfalls tatsächlich arbeitsfähig war, seine Arbeitsunfähigkeit allerdings nicht vortäuschte, aber beispielsweise als Folge der Einschätzung durch den Hausarzt und der damit verbundenen Krankschreibung mit Grund annehmen konnte und deshalb seine Arbeitsleistung damals nicht erbrachte.

9. Der Kostenvorbehalt ist in § 52 Abs 1 letzter Satz ZPO begründet.

Fürstlicher Oberster Gerichtshof,
1. Senat

Vaduz, am 02. September 2022

Der Präsident

Univ.Prof.iR Dr. Hubertus Schumacher

Für die Richtigkeit der Ausfertigung

Astrid Wanger



Rechtsmittel:

Gegen diesen Beschluss ist kein Rechtsmittel zulässig.