jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2005/12/16 9ObA144/05z

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 16.12.2005

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling und Dr. Hopf sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Manfred Engelmann und Mag. Michael Zawodsky als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Monika H*****, vertreten durch Mairhofer & Gradl, Rechtsanwälte in Linz, gegen die beklagte Partei W***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Alfred Hawel ua, Rechtsanwälte in Linz, wegen EUR 18.959,21 brutto sA (Revisionsinteresse EUR 11.100,71), über außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 6. Juli 2005, GZ 12 Ra 48/05y-12, womit das Urteil des Landesgerichts Linz als Arbeits- und Sozialgericht vom 12. Jänner 2005, GZ 6 Cga 106/04t-8, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

Spruch

Die Revision der klagenden Partei wird, soweit sie sich auch gegen die Abweisung des Klagebegehrens von EUR 6.635,65 samt 9,47 % Zinsen seit 1. Oktober 2004 richtet, zurückgewiesen.

Im übrigen Umfang (Abweisung des Klagebegehrens von EUR 4.465,06 samt 9,47 % Zinsen seit 1. Oktober 2004) wird der Revision der klagenden Partei Folge gegeben und das angefochtene Berufungsurteil dahin abgeändert, dass das Ersturteil wiederhergestellt wird.

Die beklagte Partei ist schuldig, dem Österreichischen Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten, den mit EUR 340 bestimmten Aufwandersatz für das Berufungsverfahren und der klagenden Partei die mit EUR 929,74 (darin EUR 66,62 USt und EUR 530 Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin, eine begünstigte Behinderte iSd Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG), war ab 4. 1. 1993 bei der Beklagten beschäftigt. Ihr Arbeitsverhältnis unterlag ab 1. 7. 2001 dem Kollektivvertrag der Angestellten für Immobilienverwalter. Als die Klägerin am 30. 4. 2002 während ihres Krankenstands bei der Beklagten anrief und ihr Wiedererscheinen zur Arbeit in Aussicht stellte, wurde ihr eröffnet, dass sie nicht mehr kommen müsse, weil sie gekündigt und dienstfreigestellt werde. Über Urlaub wurde bei dieser Gelegenheit nicht gesprochen. Die Klägerin befand sich in der Folge vorerst weiterhin im Krankenstand. Am 17. 6. 2002 stellte die Beklagte beim zuständigen Behindertenausschuss den Antrag auf Zustimmung zur Kündigung der Klägerin. Ab 30. 9. 2002 wurde die Klägerin nach Beendigung ihres Krankenstands dienstfreigestellt. Die Beklagte erklärte der Klägerin, dass sie während der Dienstfreistellung ihren Urlaub verbrauchen müsse. Zwischen den Parteien kam es jedoch zu keiner ausdrücklichen

Urlaubsvereinbarung. Mit Bescheid vom 14. 7. 2003 wurde dem Antrag der Beklagten auf Zustimmung zur Kündigung der Klägerin stattgegeben. Die dagegen von der Klägerin erhobene Berufung wurde mit rechtskräftiger Entscheidung der Berufungskommission, die am 4. 5. 2004 zugestellt wurde, abgewiesen. Mit Schreiben der Beklagten vom 4. 6. 2004 wurde der Klägerin zum 30. 9. 2004 gekündigt und ihr weiters mitgeteilt, dass der offene Urlaub von 103 Tagen innerhalb der Dienstfreistellung zu verbrauchen sei. Die Kündigung ging der Klägerin erst am 30. 6. 2004 zu. Die Klägerin antwortete der Beklagten mit Schreiben vom 1. 7. 2004, dass sie dem Anbot, 103 Tage Urlaub in drei Monaten zu verbrauchen, nicht näher trete und ihren offenen Urlaub ausbezahlt erhalten möchte. Die Dienstfreistellung wurde von der Beklagten nicht widerrufen. Die Klägerin konsumierte in der Zeit vom Oktober 2002 bis zum Ende ihres Arbeitsverhältnisses (30. 9. 2004) keinen Urlaub. In diesem Zeitraum war die Klägerin bis auf einen Krankenstand vom 13. bis 20. 2. 2004 stets gesund geschrieben. Der Urlaubsanspruch der Klägerin betrug für das Jahr 2001 27 Arbeitstage, in den Jahren 2002 und 2003 jeweils 25 Arbeitstage und für 2004 schließlich anteilig 19 Arbeitstage. Zuletzt verbrauchte die Klägerin im Jahr 2001 24 Arbeitstage Urlaub, der auf ihren Resturlaub von 31 Tagen aus dem Jahr 2000 angerechnet wurde. Die Abrechnung der Beklagten vom September 2004 wies einen offenen Resturlaub der Klägerin von 103 Tagen aus.

Die Klägerin begehrte mit der am 4. 10. 2004 eingebrachten Klage nach Einschränkung des Klagebegehrens um EUR 2.952,20 und EUR 126,76 an bezahlter Abfertigung (ON 7) zuletzt den Betrag von EUR 18.959,21 brutto sA als Urlaubsersatzleistung für den offenen Urlaub von 103 Arbeitstagen. Einen Urlaubsverbrauch während der Dienstfreistellung habe sie abgelehnt, weil sie auf Grund der Situation bei der Arbeitgeberin sehr aufgeregt und daher keine Erholung möglich gewesen sei. Sie habe sich arbeitsbereit erklärt. Da sie bis zum Schreiben der Beklagten vom 4. 6. 2004 nur widerruflich dienstfreigestellt gewesen sei, habe sie auch nicht gewusst, ob sie die Beklagte nicht wieder zur Arbeit zurückrufe. Es sei ihr daher nicht möglich gewesen, über ihre Zeit frei zu verfügen und den Urlaub zu verbrauchen. Die Geltendmachung von Beendigungsansprüchen könne nicht missbräuchlich sein, zumal sie nicht habe wissen können, wie lange sie tatsächlich dienstfreigestellt werde.

Die Beklagte bestritt das Klagevorbringen, beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete ein, dass von den von der Klägerin begehrten 103 Arbeitstagen Urlaub bereits 7 Arbeitstage aus 2000 und 27 Arbeitstage aus 2001 verjährt seien, sodass bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur mehr 69 Arbeitstage Urlaub offen gewesen seien. Da die Klägerin bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses unwiderruflich dienstfreigestellt gewesen sei, stehe ihr keine Urlaubsersatzleistung zu. Die Beklagte habe davon ausgehen können, dass die Klägerin im Zeitraum von ca zwei Jahren ihren Urlaub verbrauche. Es sei zu einer konkludenten Vereinbarung über den Urlaubsverbrauch gekommen, weil sich die Klägerin nie gegen einen Urlaubsverbrauch ausgesprochen habe. Im Übrigen sei es rechtsmissbräuchlich, wenn eine über ca zwei Jahre dienstfreigestellte Arbeitnehmerin nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Behauptung, sie habe keinen Urlaub verbraucht, eine Urlaubsersatzleistung geltend mache.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren unter Zugrundelegung der eingangs wiedergegebenen Feststellungen im Umfang von EUR 12.323,56 brutto sA statt, während es das Mehrbegehren der Klägerin von EUR 6.635,65 brutto sA abwies. Ein Teil des Urlaubsanspruchs von 34 Arbeitstagen sei gemäß § 4 Abs 5 UrlG zum 31. 12. 2003 verjährt. Zwischen den Parteien sei weder eine ausdrückliche noch eine schlüssige Urlaubsvereinbarung zustandegekommen. Die Klägerin habe die bezahlte Freizeit auch nicht tatsächlich für Zwecke in Anspruch genommen, für die während aufrechten Arbeitsverhältnisses Urlaub benötigt werde. In der ersten Dienstfreistellung vom April 2002 (gemeint: 30. 9. 2002) sei noch kein schlüssiges Anbot zum Urlaubsverbrauch gelegen, weil es aus Arbeitnehmersicht auch hätte sein können, dass keine Zustimmung zur Kündigung erteilt werde und daher das Arbeitsverhältnis fortzusetzen sei. Das Anbot zum Urlaubsverbrauch sei von der Beklagten erst im Juni 2004 erfolgt. Dass in der verbliebenen Zeit keine Urlaubsvereinbarung zustandegekommen sei, sei allerdings weder rechtsmissbräuchlich noch wider Treu und Glauben gewesen. Eine Zumutbarkeitsprüfung habe nicht zu erfolgen, weil die alte Regelung des § 9 UrlG, die derartiges noch vorgesehen habe, nicht mehr in Kraft sei. Die Klägerin habe daher Anspruch auf eine Urlaubsersatzleistung für 69 Arbeitstage in der Höhe von EUR 12.323,56.Das Erstgericht gab dem Klagebegehren unter Zugrundelegung der eingangs wiedergegebenen Feststellungen im Umfang von EUR 12.323,56 brutto sA statt, während es das Mehrbegehren der Klägerin von EUR 6.635,65 brutto sA abwies. Ein Teil des Urlaubsanspruchs von 34 Arbeitstagen sei gemäß Paragraph 4, Absatz 5, UrlG zum 31. 12. 2003 verjährt. Zwischen den Parteien sei weder eine ausdrückliche noch eine schlüssige Urlaubsvereinbarung zustandegekommen. Die Klägerin habe die bezahlte Freizeit auch nicht tatsächlich für Zwecke in Anspruch genommen, für die während aufrechten Arbeitsverhältnisses Urlaub benötigt

werde. In der ersten Dienstfreistellung vom April 2002 (gemeint: 30. 9. 2002) sei noch kein schlüssiges Anbot zum Urlaubsverbrauch gelegen, weil es aus Arbeitnehmersicht auch hätte sein können, dass keine Zustimmung zur Kündigung erteilt werde und daher das Arbeitsverhältnis fortzusetzen sei. Das Anbot zum Urlaubsverbrauch sei von der Beklagten erst im Juni 2004 erfolgt. Dass in der verbliebenen Zeit keine Urlaubsvereinbarung zustandegekommen sei, sei allerdings weder rechtsmissbräuchlich noch wider Treu und Glauben gewesen. Eine Zumutbarkeitsprüfung habe nicht zu erfolgen, weil die alte Regelung des Paragraph 9, UrlG, die derartiges noch vorgesehen habe, nicht mehr in Kraft sei. Die Klägerin habe daher Anspruch auf eine Urlaubsersatzleistung für 69 Arbeitstage in der Höhe von EUR 12.323,56.

Gegen das Ersturteil erhob nur die Beklagte Berufung, und zwar gegen den klagestattgebenden Teil. Das Berufungsgericht gab dieser Berufung teilweise Folge und änderte das Ersturteil dahin ab, dass es die Beklagte zur Zahlung von lediglich EUR 7.858,50 brutto sA verpflichtete, wohingegen es das Mehrbegehren von insgesamt EUR 11.100,71 sA (einschließlich der bereits im Ersturteil enthaltenen, unangefochten gebliebenen und sohin rechtskräftigen Teilabweisung von EUR 6.635,65 sA) abwies. Rechtlich sei mit dem Erstgericht davon auszugehen, dass weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Urlaubsvereinbarung nach § 4 Abs 1 UrlG zustandegekommen sei. Die Klägerin habe auch kein Verhalten gesetzt, das als faktische Annahmehandlung gedeutet werden könne. Ein Verfall von Urlaubsansprüchen komme nur innerhalb der Verjährung in Betracht. Ein Treueverstoß der Klägerin mit dem vorrangigen Zweck, die Beklagte zu schädigen, sei nicht ersichtlich. Die Geltendmachung der Urlaubsersatzleistung durch die Klägerin sei nicht schikanös. Dies bedeute aber noch nicht, dass ihr die volle Urlaubsersatzleistung für nicht verjährte 69 Arbeitstage an Urlaub zustehe. Arbeitnehmer treffe nämlich auch nach der Änderung einzelner Bestimmungen des UrlG durch das ARÄG 2000 die Obliegenheit, nach Ausspruch der Kündigung offene Urlaubsansprüche in einem zumutbaren Ausmaß zu verbrauchen (9 ObA 2/05t). Im vorliegenden Fall seien der Klägerin zwischen dem Zugang der Kündigung und dem Ende der Kündigungsfrist drei Monate zum Urlaubsverbrauch zur Verfügung gestanden. In dieser Zeit hätte sie von den insgesamt 69 nicht verjährten Urlaubstagen 25 Arbeitstage an Urlaub, also den Jahresurlaub, verbrauchen können. Es habe sich auch bei den Monaten Juli bis September um die Haupturlaubszeit gehandelt. Auf Grund des Zustimmungsverfahrens sei die Kündigung für die Klägerin auch nicht überraschend gekommen. Für die Zeit der Dienstfreistellung von Oktober 2002 bis zum Kündigungsausspruch habe hingegen eine solche Zumutbarkeitsprüfung nicht zu erfolgen. Die Dauer der Dienstfreistellung und das Ende des Beschäftigungsverhältnisses (Zustimmung oder Versagung der Zustimmung zur Kündigung) seien im Unterschied zur Dienstfreistellung während der Kündigungsfrist nicht im Vorhinein abschätzbar gewesen. Der Berufung der Beklagten sei daher teilweise Folge zu geben und der Zuspruch an Urlaubsersatzleistung an die Klägerin um 25 Arbeitstage von 69 auf 44 Arbeitstage zu kürzen. Die ordentliche Revision sei gemäß § 502 Abs 1 ZPO nicht zuzulassen, weil zu den zu lösenden Rechtsfragen eine einheitliche Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs bestehe, von der nicht abgewichen worden sei.Gegen das Ersturteil erhob nur die Beklagte Berufung, und zwar gegen den klagestattgebenden Teil. Das Berufungsgericht gab dieser Berufung teilweise Folge und änderte das Ersturteil dahin ab, dass es die Beklagte zur Zahlung von lediglich EUR 7.858,50 brutto sA verpflichtete, wohingegen es das Mehrbegehren von insgesamt EUR 11.100,71 sA (einschließlich der bereits im Ersturteil enthaltenen, unangefochten gebliebenen und sohin rechtskräftigen Teilabweisung von EUR 6.635,65 sA) abwies. Rechtlich sei mit dem Erstgericht davon auszugehen, dass weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Urlaubsvereinbarung nach Paragraph 4, Absatz eins, UrlG zustandegekommen sei. Die Klägerin habe auch kein Verhalten gesetzt, das als faktische Annahmehandlung gedeutet werden könne. Ein Verfall von Urlaubsansprüchen komme nur innerhalb der Verjährung in Betracht. Ein Treueverstoß der Klägerin mit dem vorrangigen Zweck, die Beklagte zu schädigen, sei nicht ersichtlich. Die Geltendmachung der Urlaubsersatzleistung durch die Klägerin sei nicht schikanös. Dies bedeute aber noch nicht, dass ihr die volle Urlaubsersatzleistung für nicht verjährte 69 Arbeitstage an Urlaub zustehe. Arbeitnehmer treffe nämlich auch nach der Änderung einzelner Bestimmungen des UrlG durch das ARÄG 2000 die Obliegenheit, nach Ausspruch der Kündigung offene Urlaubsansprüche in einem zumutbaren Ausmaß zu verbrauchen (9 ObA 2/05t). Im vorliegenden Fall seien der Klägerin zwischen dem Zugang der Kündigung und dem Ende der Kündigungsfrist drei Monate zum Urlaubsverbrauch zur Verfügung gestanden. In dieser Zeit hätte sie von den insgesamt 69 nicht verjährten Urlaubstagen 25 Arbeitstage an Urlaub, also den Jahresurlaub, verbrauchen können. Es habe sich auch bei den Monaten Juli bis September um die Haupturlaubszeit gehandelt. Auf Grund des Zustimmungsverfahrens sei die Kündigung für die Klägerin auch nicht überraschend gekommen. Für die Zeit der Dienstfreistellung von Oktober 2002 bis zum Kündigungsausspruch habe hingegen eine solche Zumutbarkeitsprüfung nicht zu erfolgen. Die Dauer der Dienstfreistellung und das Ende des

Beschäftigungsverhältnisses (Zustimmung oder Versagung der Zustimmung zur Kündigung) seien im Unterschied zur Dienstfreistellung während der Kündigungsfrist nicht im Vorhinein abschätzbar gewesen. Der Berufung der Beklagten sei daher teilweise Folge zu geben und der Zuspruch an Urlaubsersatzleistung an die Klägerin um 25 Arbeitstage von 69 auf 44 Arbeitstage zu kürzen. Die ordentliche Revision sei gemäß Paragraph 502, Absatz eins, ZPO nicht zuzulassen, weil zu den zu lösenden Rechtsfragen eine einheitliche Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs bestehe, von der nicht abgewichen worden sei.

Gegen den klageabweisenden Umfang der Berufungsentscheidung „in Höhe von EUR 11.100,71 sA" richtet sich die außerordentliche Revision der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, dass dem Klagebegehren hinsichtlich „eines weiteren Betrags von EUR 11.110,71" stattgegeben werde.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist, soweit sie sich damit auch gegen die Abweisung des Klagebegehrens von EUR 6.635,65 sA richtet, unzulässig und in diesem Umfang zurückzuweisen (vgl 6 Ob 96/98f ua). Die insoweit bereits mit dem Ersturteil erfolgte Teilabweisung des Klagebegehrens wegen Verjährung erwuchs nämlich in Teilrechtskraft, weil nur gegen die teilweise Klagestattgebung im Umfang von EUR 12.323,56 sA von Beklagtenseite Berufung erhoben wurde. Im darüber hinausgehenden Umfang der erst durch das Berufungsgericht erfolgten Klageabweisung von EUR 4.456,06 sA ist die Revision der Klägerin jedoch zulässig und insoweit auch berechtigt.Die Revision ist, soweit sie sich damit auch gegen die Abweisung des Klagebegehrens von EUR 6.635,65 sA richtet, unzulässig und in diesem Umfang zurückzuweisen vergleiche 6 Ob 96/98f ua). Die insoweit bereits mit dem Ersturteil erfolgte Teilabweisung des Klagebegehrens wegen Verjährung erwuchs nämlich in Teilrechtskraft, weil nur gegen die teilweise Klagestattgebung im Umfang von EUR 12.323,56 sA von Beklagtenseite Berufung erhoben wurde. Im darüber hinausgehenden Umfang der erst durch das Berufungsgericht erfolgten Klageabweisung von EUR 4.456,06 sA ist die Revision der Klägerin jedoch zulässig und insoweit auch berechtigt.

Im Revisionsverfahren ist nur strittig, ob die der Klägerin gebührende Urlaubsersatzleistung hinsichtlich 25 Urlaubstagen zu kürzen ist, weil die Klägerin nach Erhalt der Kündigung vom 4. 6. 2004 am 30. 6. 2004 innerhalb der noch verbleibenden Kündigungsfrist bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses am 30. 9. 2004 keinen Urlaub verbrauchte. Hiezu ist Folgendes zu erwägen:

Die Bestimmungen des Abschnitts I („Erholungsurlaub") des Urlaubsgesetzes (UrlG),BGBl 1976/390, gelten für Arbeitnehmer aller Art, deren Arbeitsverhältnis - wie im vorliegenden Fall - auf einem privatrechtlichen Vertrag beruht (§ 1 Abs 1 UrlG). Der Urlaub soll vor allem der Wiederherstellung der Arbeitskraft des Arbeitnehmers, seiner körperlichen und geistigen Erholung und somit der Aufrechterhaltung seiner Gesundheit dienen (Kuderna, Urlaubsrecht² § 2 Rz 2 mwN ua). Der Zeitpunkt des Urlaubsantritts ist zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer unter Rücksichtnahme auf die Erfordernisse des Betriebs und die Erholungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers zu vereinbaren. Die Vereinbarung hat so zu erfolgen, dass der Urlaub möglichst bis zum Ende des Urlaubsjahrs, in dem der Anspruch entstanden ist, verbraucht werden kann (§ 4 Abs 1 UrlG). Der Urlaubsanspruch verjährt nach Ablauf von zwei Jahren ab dem Ende des Urlaubsjahrs, in dem er entstanden ist (§ 4 Abs 5 UrlG). Dem Arbeitnehmer gebührt für das Urlaubsjahr, in dem das Arbeitsverhältnis endet, zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Ersatzleistung als Abgeltung für den der Dauer der Dienstzeit in diesem Urlaubsjahr im Verhältnis zum gesamten Urlaubsjahr entsprechenden Urlaub. Bereits verbrauchter Jahresurlaub ist auf das aliquote Urlaubsausmaß anzurechnen (§ 10 Abs 1 UrlG). Eine Ersatzleistung gebührt nicht, wenn der Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund vorzeitig austritt (§ 10 Abs 2 UrlG). Für nicht verbrauchten Urlaub aus vorangegangenen Urlaubsjahren gebührt anstelle des noch ausständigen Urlaubsentgelts eine Ersatzleistung in vollem Ausmaß des noch ausständigen Urlaubsentgelts, soweit der Urlaubsanspruch noch nicht verjährt ist (§ 10 Abs 3 UrlG).Die Bestimmungen des Abschnitts römisch eins („Erholungsurlaub") des Urlaubsgesetzes (UrlG), BGBl 1976/390, gelten für Arbeitnehmer aller Art, deren Arbeitsverhältnis - wie im vorliegenden Fall - auf einem privatrechtlichen Vertrag beruht (Paragraph eins, Absatz eins, UrlG). Der Urlaub soll vor allem der Wiederherstellung der Arbeitskraft des Arbeitnehmers, seiner körperlichen und geistigen Erholung und somit der Aufrechterhaltung seiner Gesundheit dienen (Kuderna, Urlaubsrecht² Paragraph 2, Rz 2 mwN ua). Der Zeitpunkt des Urlaubsantritts ist zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer unter Rücksichtnahme auf die Erfordernisse des Betriebs und die Erholungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers zu vereinbaren. Die Vereinbarung hat so zu erfolgen, dass der Urlaub möglichst bis zum Ende des

Urlaubsjahrs, in dem der Anspruch entstanden ist, verbraucht werden kann (Paragraph 4, Absatz eins, UrlG). Der Urlaubsanspruch verjährt nach Ablauf von zwei Jahren ab dem Ende des Urlaubsjahrs, in dem er entstanden ist (Paragraph 4, Absatz 5, UrlG). Dem Arbeitnehmer gebührt für das Urlaubsjahr, in dem das Arbeitsverhältnis endet, zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Ersatzleistung als Abgeltung für den der Dauer der Dienstzeit in diesem Urlaubsjahr im Verhältnis zum gesamten Urlaubsjahr entsprechenden Urlaub. Bereits verbrauchter Jahresurlaub ist auf das aliquote Urlaubsausmaß anzurechnen (Paragraph 10, Absatz eins, UrlG). Eine Ersatzleistung gebührt nicht, wenn der Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund vorzeitig austritt (Paragraph 10, Absatz 2, UrlG). Für nicht verbrauchten Urlaub aus vorangegangenen Urlaubsjahren gebührt anstelle des noch ausständigen Urlaubsentgelts eine Ersatzleistung in vollem Ausmaß des noch ausständigen Urlaubsentgelts, soweit der Urlaubsanspruch noch nicht verjährt ist (Paragraph 10, Absatz 3, UrlG).

§ 10 UrlG trat in der vorstehend zitierten Fassung des Arbeitsrechtsänderungsgesetzes (ARÄG) 2000,BGBl I 2000/44 (vgl zu den Zielsetzungen dieses Gesetzes Cerny, Urlaubsrecht9 21 f ua), mit 1. 1. 2001 in Kraft und gilt ab dem Urlaubsjahr, das nach dem 31. 12. 2000 beginnt (§ 19 Abs 5 UrlG). § 9 UrlG aF trat hingegen mit Ablauf des 31. 12. 2000 außer Kraft, ausgenommen für jenes Urlaubsjahr, das vor dem 1. 1. 2001 begonnen hat (§ 19 Abs 6 UrlG). Die hier maßgeblichen Ansprüche stammen aus der Zeit danach. Die revisionsgegenständliche Frage ist daher auf der Grundlage des UrlG idF des ARÄG 2000 (und späterer Änderungen) zu beurteilen (unstrittig). Der durch das ARÄG 2000 aufgehobene § 9 UrlG aF, der eine "Urlaubsentschädigung" vorsah, wenn das Arbeitsverhältnis nach Entstehung des Urlaubsanspruchs, jedoch vor Verbrauch des Urlaubs ua durch Kündigung seitens des Arbeitgebers endete (Abs 1), wenn die Kündigungsfrist weniger als drei Monate betrug (Z 3) oder wenn die Kündigungsfrist zwar mindestens drei Monate betrug, aber der Urlaub während der Kündigungsfrist nicht verbraucht werden konnte oder dem Arbeitnehmer der Urlaubsverbrauch während der Kündigungsfrist nicht zumutbar war (Z 4), ist hingegen nicht mehr anzuwenden (gleichfalls unstrittig).Paragraph 10, UrlG trat in der vorstehend zitierten Fassung des Arbeitsrechtsänderungsgesetzes (ARÄG) 2000, BGBl römisch eins 2000/44 vergleiche zu den Zielsetzungen dieses Gesetzes Cerny, Urlaubsrecht9 21 f ua), mit 1. 1. 2001 in Kraft und gilt ab dem Urlaubsjahr, das nach dem 31. 12. 2000 beginnt (Paragraph 19, Absatz 5, UrlG). Paragraph 9, UrlG aF trat hingegen mit Ablauf des 31. 12. 2000 außer Kraft, ausgenommen für jenes Urlaubsjahr, das vor dem 1. 1. 2001 begonnen hat (Paragraph 19, Absatz 6, UrlG). Die hier maßgeblichen Ansprüche stammen aus der Zeit danach. Die revisionsgegenständliche Frage ist daher auf der Grundlage des UrlG in der Fassung des ARÄG 2000 (und späterer Änderungen) zu beurteilen (unstrittig). Der durch das ARÄG 2000 aufgehobene Paragraph 9, UrlG aF, der eine "Urlaubsentschädigung" vorsah, wenn das Arbeitsverhältnis nach Entstehung des Urlaubsanspruchs, jedoch vor Verbrauch des Urlaubs ua durch Kündigung seitens des Arbeitgebers endete (Absatz eins,), wenn die Kündigungsfrist weniger als drei Monate betrug (Ziffer 3,) oder wenn die Kündigungsfrist zwar mindestens drei Monate betrug, aber der Urlaub während der Kündigungsfrist nicht verbraucht werden konnte oder dem Arbeitnehmer der Urlaubsverbrauch während der Kündigungsfrist nicht zumutbar war (Ziffer 4,), ist hingegen nicht mehr anzuwenden (gleichfalls unstrittig).

Das UrlG behandelt den Urlaubsverbrauch im gekündigten und ungekündigten Arbeitsverhältnis gleich (Egermann, Urlaubsverbrauch in der Kündigungsfrist: Zur Rechtslage nach dem ARÄG 2000, ZAS 2004, 8 ua), dh auch in der Kündigungsfrist ist der Zeitpunkt des Urlaubsantritts zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unter Rücksichtnahme auf die Erfordernisse des Betriebs und die Erholungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers zu vereinbaren (§ 4 Abs 1 UrlG; Löschnigg, Arbeitsrecht10 419; 9 ObA 77/01s, DRdA 2003/4 [Reissner] ua). Der Abschluss der Urlaubsvereinbarung bedarf übereinstimmender Willenserklärungen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer über den Beginn und Ende des Urlaubs. Solche lagen hier nicht vor, die Klägerin lehnte eine Urlaubsvereinbarung ab. Rechtlich ist daher mit den Vorinstanzen davon auszugehen, dass zwischen den Parteien weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Urlaubsvereinbarung zustandegekommen ist. Richtig ist auch, dass die Klägerin kein Verhalten setzte, das allenfalls als faktische Annahmehandlung gedeutet werden könnte.Das UrlG behandelt den Urlaubsverbrauch im gekündigten und ungekündigten Arbeitsverhältnis gleich (Egermann, Urlaubsverbrauch in der Kündigungsfrist: Zur Rechtslage nach dem ARÄG 2000, ZAS 2004, 8 ua), dh auch in der Kündigungsfrist ist der Zeitpunkt des Urlaubsantritts zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unter Rücksichtnahme auf die Erfordernisse des Betriebs und die Erholungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers zu vereinbaren (Paragraph 4, Absatz eins, UrlG; Löschnigg, Arbeitsrecht10 419; 9 ObA 77/01s, DRdA 2003/4 [Reissner] ua). Der Abschluss der Urlaubsvereinbarung bedarf übereinstimmender Willenserklärungen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer über den Beginn und Ende des Urlaubs. Solche lagen hier nicht vor, die Klägerin lehnte eine Urlaubsvereinbarung ab. Rechtlich ist daher mit den Vorinstanzen davon auszugehen,

dass zwischen den Parteien weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Urlaubsvereinbarung zustandegekommen ist. Richtig ist auch, dass die Klägerin kein Verhalten setzte, das allenfalls als faktische Annahmehandlung gedeutet werden könnte.

Das in § 4 Abs 1 UrlG verankerte Erfordernis des Abschlusses einer Urlaubsvereinbarung schließt die Annahme eines einseitigen Gestaltungsrechts aus (RIS-Justiz RS0070760 ua). Der Arbeitnehmer kann vom Arbeitgeber nicht gezwungen werden, zu einem bestimmten Zeitpunkt Urlaub zu machen. Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer den konkreten Urlaubsverbrauch und dessen zeitliche Lage nicht vorschreiben, kann ihn also nicht einfach "in den Urlaub schicken". Auch durch eine - allein in der Ingerenz des Arbeitgebers liegende - Dienstfreistellung kann der Arbeitgeber den Urlaubsverbrauch nicht einseitig erzwingen (Cerny aaO § 4 Erl 1; Egermann aaO 9; 9 ObA 113/02m ua). Den Arbeitnehmer trifft insbesondere auch keine Rechtspflicht, den (Rest-)Urlaub während der Kündigungsfrist zu verbrauchen (vgl Kuderna aaO § 4 Rz 1).Das in Paragraph 4, Absatz eins, UrlG verankerte Erfordernis des Abschlusses einer Urlaubsvereinbarung schließt die Annahme eines einseitigen Gestaltungsrechts aus (RIS-Justiz RS0070760 ua). Der Arbeitnehmer kann vom Arbeitgeber nicht gezwungen werden, zu einem bestimmten Zeitpunkt Urlaub zu machen. Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer den konkreten Urlaubsverbrauch und dessen zeitliche Lage nicht vorschreiben, kann ihn also nicht einfach "in den Urlaub schicken". Auch durch eine - allein in der Ingerenz des Arbeitgebers liegende - Dienstfreistellung kann der Arbeitgeber den Urlaubsverbrauch nicht einseitig erzwingen (Cerny aaO Paragraph 4, Erl 1; Egermann aaO 9; 9 ObA 113/02m ua). Den Arbeitnehmer trifft insbesondere auch keine Rechtspflicht, den (Rest-)Urlaub während der Kündigungsfrist zu verbrauchen vergleiche Kuderna aaO Paragraph 4, Rz 1).

Die Rechtsprechung vertrat zur Rechtslage vor dem ARÄG 2000 auf der Grundlage des § 9 Abs 1 Z 3 und 4 UrlG aF die Auffassung, dass in einer Dienstfreistellung während der Kündigungsfrist von mindestens drei Monaten das unbefristete (konkludente) Anbot des Arbeitgebers zum Abschluss von Urlaubsvereinbarungen nach Belieben des Arbeitnehmers enthalten sei. Durch eine Freistellung in einer Kündigungsfrist dieser Länge bringe der Arbeitgeber schlüssig zum Ausdruck, dass die nach § 4 Abs 1 UrlG relevanten Erfordernisse des Betriebs jegliche vom Arbeitnehmer gewünschte Urlaubsvereinbarung ermöglichen. Dies begründe für den Arbeitnehmer ein einseitiges Gestaltungsrecht (Option), auf Grund dessen er durch einseitige Erklärung, auch im Sinne einer stillen Annahme gemäß § 864 ABGB, dem Antrag des Arbeitgebers (auch bloß tatsächlich) entsprechen könne (8 ObA 282/95, DRdA 1996/23 [Kerschner]; 9 ObA 140/95, ZAS 1996/18, 19 [Vogt]; 9 ObA 113/02m; RIS-Justiz RS0053087 ua). § 9 UrlG aF wurde als Ausdruck der gesetzlichen Wertung gesehen, dass dem Arbeitnehmer der Urlaubsverbrauch in einer Kündigungsfrist von unter drei Monaten nicht zumutbar sei, der Arbeitnehmer bei längeren Kündigungsfristen den Urlaub hingegen grundsätzlich verbrauchen solle. Mit der Aufhebung von § 9 UrlG aF ist die wesentliche Stütze dieser Auslegungsregel entfallen. Die Weigerung des Arbeitnehmers, Urlaub selbst während einer drei Monate oder länger dauernden Kündigungsfrist zu verbrauchen, ist seit dem ARÄG 2000 von Gesetzes wegen finanziell nicht mehr „sanktioniert" (Grießer, Reflexionen zur Änderung des Urlaubsrechts durch das ARÄG 2000, in FS Cerny 205 [215 f];Egermann aaO 10).Die Rechtsprechung vertrat zur Rechtslage vor dem ARÄG 2000 auf der Grundlage des Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, und 4 UrlG aF die Auffassung, dass in einer Dienstfreistellung während der Kündigungsfrist von mindestens drei Monaten das unbefristete (konkludente) Anbot des Arbeitgebers zum Abschluss von Urlaubsvereinbarungen nach Belieben des Arbeitnehmers enthalten sei. Durch eine Freistellung in einer Kündigungsfrist dieser Länge bringe der Arbeitgeber schlüssig zum Ausdruck, dass die nach Paragraph 4, Absatz eins, UrlG relevanten Erfordernisse des Betriebs jegliche vom Arbeitnehmer gewünschte Urlaubsvereinbarung ermöglichen. Dies begründe für den Arbeitnehmer ein einseitiges Gestaltungsrecht (Option), auf Grund dessen er durch einseitige Erklärung, auch im Sinne einer stillen Annahme gemäß Paragraph 864, ABGB, dem Antrag des Arbeitgebers (auch bloß tatsächlich) entsprechen könne (8 ObA 282/95, DRdA 1996/23 [Kerschner]; 9 ObA 140/95, ZAS 1996/18, 19 [Vogt]; 9 ObA 113/02m; RIS-Justiz RS0053087 ua). Paragraph 9, UrlG aF wurde als Ausdruck der gesetzlichen Wertung gesehen, dass dem Arbeitnehmer der Urlaubsverbrauch in einer Kündigungsfrist von unter drei Monaten nicht zumutbar sei, der Arbeitnehmer bei längeren Kündigungsfristen den Urlaub hingegen grundsätzlich verbrauchen solle. Mit der Aufhebung von Paragraph 9, UrlG aF ist die wesentliche Stütze dieser Auslegungsregel entfallen. Die Weigerung des Arbeitnehmers, Urlaub selbst während einer drei Monate oder länger dauernden Kündigungsfrist zu verbrauchen, ist seit dem ARÄG 2000 von Gesetzes wegen finanziell nicht mehr „sanktioniert" (Grießer, Reflexionen zur Änderung des Urlaubsrechts durch das ARÄG 2000, in FS Cerny 205 [215 f]; Egermann aaO 10).

Auch nach der Aufhebung von § 9 UrlG aF kann eine Dienstfreistellung (zumindest) das konkludente Anbot des Arbeitgebers auf Abschluss einer Urlaubsvereinbarung enthalten, sofern die dafür erforderlichen Voraussetzungen einer schlüssigen Willenserklärung vorliegen. Selbst wenn dies der Fall ist, hat es aber der Arbeitnehmer in der Hand, wie auch schon nach der Rechtslage vor dem ARÄG 2000, das Anbot anzunehmen oder nicht (Kerschner in DRdA 1996/23, 303; Egermann aaO 10). Durch die Dienstfreistellung wird sohin der Abschluss einer Urlaubsvereinbarung erleichtert (9 ObA 77/01s, DRdA 2003/4 [Reissner] ua); der Arbeitnehmer kann aber durch die Dienstfreistellung nicht direkt zum Urlaubsverbrauch gezwungen werden (Grießer aaO 216 ua). Zu berücksichtigen ist aber, dass auch im gekündigten Arbeitsverhältnis trotz Dienstfreistellung die Treuepflicht des Arbeitnehmers bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses fortdauert. Mit dieser wäre es insbesondere nicht vereinbar, im gekündigten Arbeitsverhältnis das Anbot des Arbeitgebers zum Abschluss einer Urlaubsvereinbarung während der Dienstfreistellung zwar abzulehnen, dann aber doch hinter dem Rücken des Arbeitgebers die bezahlte Freizeit zu einem erheblichen Teil tatsächlich für Zwecke zu verwenden, die die Gewährung von Urlaub erfordert hätten (9 ObA 61/94, DRdA 1994/48 [Holzner] = wbl 1994, 408 [Grillberger]; 9 ObA 113/02m ua). Eine derartige Verletzung der Treuepflicht durch die Klägerin liegt aber nach den Feststellungen hier nicht vor. Dass eine lange Dienstfreistellung auch in Kombination mit anderen Verhaltensweisen des Arbeitnehmers unter Umständen die Annahme einer Verletzung der Treuepflicht rechtfertigen kann, erscheint grundsätzlich vorstellbar. Eine nähere Auseinandersetzung mit dieser Frage kann jedoch im vorliegenden Fall unterbleiben, weil insoweit von der Beklagten kein substanziiertes Vorbringen erstattet wurde, das über die bloße Dauer der Dienstfreistellung als solche hinausgeht.Auch nach der Aufhebung von Paragraph 9, UrlG aF kann eine Dienstfreistellung (zumindest) das konkludente Anbot des Arbeitgebers auf Abschluss einer Urlaubsvereinbarung enthalten, sofern die dafür erforderlichen Voraussetzungen einer schlüssigen Willenserklärung vorliegen. Selbst wenn dies der Fall ist, hat es aber der Arbeitnehmer in der Hand, wie auch schon nach der Rechtslage vor dem ARÄG 2000, das Anbot anzunehmen oder nicht (Kerschner in DRdA 1996/23, 303; Egermann aaO 10). Durch die Dienstfreistellung wird sohin der Abschluss einer Urlaubsvereinbarung erleichtert (9 ObA 77/01s, DRdA 2003/4 [Reissner] ua); der Arbeitnehmer kann aber durch die Dienstfreistellung nicht direkt zum Urlaubsverbrauch gezwungen werden (Grießer aaO 216 ua). Zu berücksichtigen ist aber, dass auch im gekündigten Arbeitsverhältnis trotz Dienstfreistellung die Treuepflicht des Arbeitnehmers bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses fortdauert. Mit dieser wäre es insbesondere nicht vereinbar, im gekündigten Arbeitsverhältnis das Anbot des Arbeitgebers zum Abschluss einer Urlaubsvereinbarung während der Dienstfreistellung zwar abzulehnen, dann aber doch hinter dem Rücken des Arbeitgebers die bezahlte Freizeit zu einem erheblichen Teil tatsächlich für Zwecke zu verwenden, die die Gewährung von Urlaub erfordert hätten (9 ObA 61/94, DRdA 1994/48 [Holzner] = wbl 1994, 408 [Grillberger]; 9 ObA 113/02m ua). Eine derartige Verletzung der Treuepflicht durch die Klägerin liegt aber nach den Feststellungen hier nicht vor. Dass eine lange Dienstfreistellung auch in Kombination mit anderen Verhaltensweisen des Arbeitnehmers unter Umständen die Annahme einer Verletzung der Treuepflicht rechtfertigen kann, erscheint grundsätzlich vorstellbar. Eine nähere Auseinandersetzung mit dieser Frage kann jedoch im vorliegenden Fall unterbleiben, weil insoweit von der Beklagten kein substanziiertes Vorbringen erstattet wurde, das über die bloße Dauer der Dienstfreistellung als solche hinausgeht.

§ 4 Abs 1 Satz 2 UrlG bringt den Grundsatz zum Ausdruck, dass der Urlaub in dem Jahr zu verbrauchen ist, in dem der Anspruch entstanden ist (Cerny aaO § 4 Erl 6). Nach Aufhebung von § 9 UrlG aF durch das ARÄG 2000 besteht aber keine Obliegenheit mehr des Arbeitnehmers, den Urlaub gerade in der (längeren) Kündigungsfrist zu verbrauchen (Grießer aaO 216; Egermann aaO 12; vgl auch Cerny aaO § 4 Erl 14, der differenziert: Er geht zwar zunächst trotz der durch das ARÄG 2000 geänderten Systematik davon aus, dass die hinter der früheren Regelung des § 9 UrlG aF gestandene Wertung nach wie vor gültig sei, dh dass der Urlaubsverbrauch während einer kürzeren als dreimonatigen Kündigungsfrist grundsätzlich unzumutbar sei, hingegen bei einer längeren Kündigungsfrist die Zumutbarkeit des Urlaubsverbrauchs zu prüfen sei. Auch Cerny kommt aber letztlich zu dem Ergebnis, dass jedenfalls nicht allgemein gesagt werden könne, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich verpflichtet sei, den Urlaub während der Kündigungsfrist anzutreten, wenn nicht mangelnde Erholungsmöglichkeiten oder andere wichtige Gründe entgegenstehen, und zwar auch dann nicht, wenn die Kündigungsfrist drei Monate oder mehr betrage; vielmehr müsse in jedem Fall eine Interessenabwägung iSd § 4 Abs 1 UrlG vorgenommen werden).Paragraph 4, Absatz eins, Satz 2 UrlG bringt den Grundsatz zum Ausdruck, dass der Urlaub in dem Jahr zu verbrauchen ist, in dem der Anspruch entstanden ist (Cerny aaO Paragraph 4, Erl 6). Nach Aufhebung von Paragraph 9, UrlG aF durch das ARÄG 2000 besteht aber keine Obliegenheit mehr des Arbeitnehmers, den Urlaub gerade in der (längeren)

Kündigungsfrist zu verbrauchen (Grießer aaO 216; Egermann aaO 12; vergleiche auch Cerny aaO Paragraph 4, Erl 14, der differenziert: Er geht zwar zunächst trotz der durch das ARÄG 2000 geänderten Systematik davon aus, dass die hinter der früheren Regelung des Paragraph 9, UrlG aF gestandene Wertung nach wie vor gültig sei, dh dass der Urlaubsverbrauch während einer kürzeren als dreimonatigen Kündigungsfrist grundsätzlich unzumutbar sei, hingegen bei einer längeren Kündigungsfrist die Zumutbarkeit des Urlaubsverbrauchs zu prüfen sei. Auch Cerny kommt aber letztlich zu dem Ergebnis, dass jedenfalls nicht allgemein gesagt werden könne, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich verpflichtet sei, den Urlaub während der Kündigungsfrist anzutreten, wenn nicht mangelnde Erholungsmöglichkeiten oder andere wichtige Gründe entgegenstehen, und zwar auch dann nicht, wenn die Kündigungsfrist drei Monate oder mehr betrage; vielmehr müsse in jedem Fall eine Interessenabwägung iSd Paragraph 4, Absatz eins, UrlG vorgenommen werden).

Das „Horten von Urlaub" ist nach den Intentionen des UrlG - auch nach Aufhebung des § 9 UrlG aF (Cerny aaO § 4 Erl 28 ua) - zweifellos verpönt (Andexlinger, RdW 1998, 322; Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I4 313 ua, jeweils noch zur alten Rechtslage). Der Nichtabschluss der Urlaubsvereinbarung durch den Arbeitnehmer steht aber nach Aufhebung des § 9 UrlG aF nur mehr unter der „Sanktion" der Verjährung des Urlaubsanspruchs nach § 4 Abs 5 UrlG. Unterbleibt der Urlaubsverbrauch bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses, so gebührt dem Arbeitnehmer für den nicht verbrauchten Urlaub grundsätzlich eine Ersatzleistung (§ 10 Abs 1 UrlG; Cerny aaO § 4 Erl 6 ua). Eine Ersatzleistung gebührt von Gesetzes wegen nur dann nicht, wenn der Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund vorzeitig austritt (§ 10 Abs 2 UrlG). Dies war nicht der Fall.Das „Horten von Urlaub" ist nach den Intentionen des UrlG - auch nach Aufhebung des Paragraph 9, UrlG aF (Cerny aaO Paragraph 4, Erl 28 ua) - zweifellos verpönt (Andexlinger, RdW 1998, 322; Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I4 313 ua, jeweils noch zur alten Rechtslage). Der Nichtabschluss der Urlaubsvereinbarung durch den Arbeitnehmer steht aber nach Aufhebung des Paragraph 9, UrlG aF nur mehr unter der „Sanktion" der Verjährung des Urlaubsanspruchs nach Paragraph 4, Absatz 5, UrlG. Unterbleibt der Urlaubsverbrauch bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses, so gebührt dem Arbeitnehmer für den nicht verbrauchten Urlaub grundsätzlich eine Ersatzleistung (Paragraph 10, Absatz eins, UrlG; Cerny aaO Paragraph 4, Erl 6 ua). Eine Ersatzleistung gebührt von Gesetzes wegen nur dann nicht, wenn der Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund vorzeitig austritt (Paragraph 10, Absatz 2, UrlG). Dies war nicht der Fall.

Zu einem Entfall der Urlaubsersatzleistung könnte man unter Umständen auch im Fall eines Rechtsmissbrauchs des Arbeitnehmers kommen (Grießer aaO 216; Egermann aaO 12; vgl auch Schrank, Einseitige Urlaubsgestaltung in besonderen Ausnahmefällen?, ZAS 2004, 4 [5 ff], der insbesondere bei Alturlauben im Zusammenhang mit „Hortungsverhalten" die Auffassung vertritt, dass aus der Ablehnung zumutbaren Urlaubs Rechtsmissbrauch folgen könne; vgl auch Andexlinger, RdW 1988, 322 noch zur alten Rechtslage). Bei Rechtsmissbrauch ist aber der anzulegende Maßstab strenger als bei der bloßen Treuepflichtverletzung (Egermann aaO 12). Nach der Rechtsprechung liegt ein Rechtsmissbrauch nicht nur dann vor, wenn die Schädigungsabsicht den einzigen oder überwiegenden Grund der Rechtsausübung bildet (Schikane), sondern auch dann, wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein ganz krasses Missverhältnis besteht, wenn also das unlautere Motiv der Rechtsausübung das lautere Motiv eindeutig überwiegt (9 Ob 32/02z mwN; RIS-Justiz RS0026265; RS0026271 ua). Ob ein Rechtsmissbrauch vorliegt, ist grundsätzlich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls zu beurteilen (9 Ob 32/02z; RIS-Justiz RS0110900 ua). Diese Beurteilung erfordert eine Gesamtschau unter Einbeziehung insbesondere von Dauer der Kündigungsfrist, Anzahl der Urlaubstage, Verhalten des Arbeitnehmers in der Kündigungsfrist sowie Erholungsmöglichkeit des Arbeitnehmers und Erfordernisse des Betriebs. Auch das Urlaubsverhalten in der Vergangenheit ist zu berücksichtigen. Allein, dass der Urlaubsverbrauch unter Berücksichtigung der Jahreszeit, in der die Kündigungsfrist liegt, zumutbar wäre, reicht noch nicht aus, um bereits einen Missbrauchsfall als gegeben anzunehmen (vgl Egermann aaO 12). Verallgemeinernde Schlussfolgerungen aus ziffernmäßigen Angaben über ein bestimmtes Ausmaß des Urlaubsrestes und eine bestimmte Dauer der Dienstfreistellung und Kündigungsfrist allein sind aber mit größter Vorsicht zu behandeln.Zu einem Entfall der Urlaubsersatzleistung könnte man unter Umständen auch im Fall eines Rechtsmissbrauchs des Arbeitnehmers kommen (Grießer aaO 216; Egermann aaO 12; vergleiche auch Schrank, Einseitige Urlaubsgestaltung in besonderen Ausnahmefällen?, ZAS 2004, 4 [5 ff], der insbesondere bei Alturlauben im Zusammenhang mit „Hortungsverhalten" die Auffassung vertritt, dass aus der Ablehnung zumutbaren Urlaubs Rechtsmissbrauch folgen könne; vergleiche auch Andexlinger, RdW 1988, 322 noch zur alten Rechtslage). Bei Rechtsmissbrauch ist aber der anzulegende Maßstab strenger als bei der bloßen Treuepflichtverletzung (Egermann aaO 12). Nach der Rechtsprechung liegt ein

Rechtsmissbrauch nicht nur dann vor, wenn die Schädigungsabsicht den einzigen oder überwiegenden Grund der Rechtsausübung bildet (Schikane), sondern auch dann, wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein ganz krasses Missverhältnis besteht, wenn also das unlautere Motiv der Rechtsausübung das lautere Motiv eindeutig überwiegt (9 Ob 32/02z mwN; RIS-Justiz RS0026265; RS0026271 ua). Ob ein Rechtsmissbrauch vorliegt, ist grundsätzlich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls zu beurteilen (9 Ob 32/02z; RIS-Justiz RS0110900 ua). Diese Beurteilung erfordert eine Gesamtschau unter Einbeziehung insbesondere von Dauer der Kündigungsfrist, Anzahl der Urlaubstage, Verhalten des Arbeitnehmers in der Kündigungsfrist sowie Erholungsmöglichkeit des Arbeitnehmers und Erfordernisse des Betriebs. Auch das Urlaubsverhalten in der Vergangenheit ist zu berücksichtigen. Allein, dass der Urlaubsverbrauch unter Berücksichtigung der Jahreszeit, in der die Kündigungsfrist liegt, zumutbar wäre, reicht noch nicht aus, um bereits einen Missbrauchsfall als gegeben anzunehmen vergleiche Egermann aaO 12). Verallgemeinernde Schlussfolgerungen aus ziffernmäßigen Angaben über ein bestimmtes Ausmaß des Urlaubsrestes und eine bestimmte Dauer der Dienstfreistellung und Kündigungsfrist allein sind aber mit größter Vorsicht zu behandeln.

Davon, dass die Schädigungsabsicht der Klägerin den überwiegenden (oder gar einzigen) Grund der Rechtsausübung bildete, kann nach den bindenden Feststellungen keine Rede sein. Derartiges wurde von der Beklagten auch gar nicht behauptet. Diese leitete den behaupteten Rechtsmissbrauch allein daraus ab, dass die Klägerin trotz etwa zweijähriger Dienstfreistellung eine Urlaubsersatzleistung geltend mache. Sie zielt damit offenbar auf ein Missverhältnis der Interessen der Parteien ab. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass die Klägerin zunächst bis zum 29. 9. 2002 monatelang im Krankenstand war. Danach war sie zufolge des von der Beklagten anhängig gemachten Verfahrens auf Zustimmung des Behindertenausschusses zur Kündigung gemäß BEinstG dienstfreigestellt; erst mit der erfolglosen Berufung im Zustimmungsverfahren und der Zustellung der Kündigung der Beklagten am 30. 6. 2004 manifestierte sich für die Klägerin das in drei Monaten bevorstehende Ende des Arbeitsverhältnisses zum 30. 9. 2004. Im Übrigen war es, wie schon erwähnt, die alleinige Entscheidung der Beklagten, während der Kündigungsfrist auf die Dienste der arbeitsbereiten Klägerin zu verzichten. Keine Norm des Arbeitsrechts verhält den Arbeitgeber zur Dienstfreistellung während der Kündigungsfrist (Grillberger in wbl 1994, 408 [410]). Bei dieser Gesamtschau drängt sich durch Hinzutreten weiterer Umstände die Annahme rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der Klägerin nicht auf. Beweispflichtig für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs ist aber der den Rechtsmissbrauch Behauptende. Selbst wenn nur geringe Zweifel am Rechtsmissbrauch verbleiben, geben diese zugunsten des Rechtsausübenden den Ausschlag, weil demjenigen, der an sich ein Recht hat - das hier daraus resultiert, dass keine Pflicht zum Urlaubsverbrauch während der Kündigungsfrist besteht - grundsätzlich zugestanden werden soll, dass er innerhalb der Schranken dieses Rechts handelt (4 Ob 233/02x; 6 Ob 72/05i; RIS-Justiz RS0026205 ua). Es liegt daher - nach Lage des Vorbringens und des festgestellten Sachverhalts - kein Rechtsmissbrauch der Klägerin vor.

Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts ergibt auch aus9 ObA 2/05t (DRdA 2005/36 [Balla]; dazu auch Höfle in ASoK 2005, 200 und SWK 2005, W 74) keine abweichende Beurteilung der gegenständlichen Rechtsfrage. Dort wurden die erhobenen Revisionen zurückgewiesen, weil die (für das gegenständliche Verfahren nicht weiter relevante) Frage, wegen der vom Berufungsgericht die ordentliche Revision zugelassen worden war, von den Parteien nicht aufgegriffen, aber auch sonst keine andere erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO angeschnitten wurde. Das hier gegenständliche Thema wurde in 9 ObA 2/05t - entgegen den zitierten, insoweit etwas missverständlichen Rezensionen - nicht näher problematisiert, weil die Parteien des Vorprozesses die Auffassung des Berufungsgerichts nicht in Frage stellten, es sei auch nach der Änderung einzelner Bestimmungen des UrlG durch das ARÄG 2000 daran festzuhalten, dass den Arbeitnehmer die Obliegenheit treffe, nach Ausspruch der Kündigung offene Urlaubsansprüche in einem ihm zumutbaren Ausmaß zu verbrauchen. Der Senat konnte in 9 ObA 2/05t nur resümieren, dass eine erhebliche Rechtsfrage weder in diesem noch in einem anderen Zusammenhang aufgeworfen werde und hatte demzufolge auch keine Möglichkeit, auf die hier gegenständliche Frage näher einzugehen. Die dort allein aufgeworfene Frage, in welchem Umfang dem Arbeitnehmer der Verbrauch von offenem Urlaub innerhalb der Kündigungsfrist zumutbar gewesen wäre, war nicht erheblich iSd § 502 Abs 1 ZPO, weil sie regelmäßig nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls gelöst werden kann.Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts ergibt auch aus9 ObA 2/05t (DRdA 2005/36 [Balla]; dazu auch Höfle in ASoK 2005, 200 und SWK 2005, W 74) keine abweichende Beurteilung der gegenständlichen Rechtsfrage. Dort wurden die erhobenen Revisionen zurückgewiesen, weil die (für das gegenständliche Verfahren nicht weiter relevante) Frage, wegen der vom Berufungsgericht die ordentliche Revision zugelassen worden war, von den Parteien nicht aufgegriffen, aber auch sonst keine andere erhebliche

Rechtsfrage iSd Paragraph 502, Absatz eins, ZPO angeschnitten wurde. Das hier gegenständliche Thema wurde in 9 ObA 2/05t - entgegen den zitierten, insoweit etwas missverständlichen Rezensionen - nicht näher problematisiert, weil die Parteien des Vorprozesses die Auffassung des Berufungsgerichts nicht in Frage stellten, es sei auch nach der Änderung einzelner Bestimmungen des UrlG durch das ARÄG 2000 daran festzuhalten, dass den Arbeitnehmer die Obliegenheit treffe, nach Ausspruch der Kündigung offene Urlaubsansprüche in einem ihm zumutbaren Ausmaß zu verbrauchen. Der Senat konnte in 9 ObA 2/05t nur resümieren, dass eine erhebliche Rechtsfrage weder in diesem noch in einem anderen Zusammenhang aufgeworfen werde und hatte demzufolge auch keine Möglichkeit, auf die hier gegenständliche Frage näher einzugehen. Die dort allein aufgeworfene Frage, in welchem Umfang dem Arbeitnehmer der Verbrauch von offenem Urlaub innerhalb der Kündigungsfrist zumutbar gewesen wäre, war nicht erheblich iSd Paragraph 502, Absatz eins, ZPO, weil sie regelmäßig nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls gelöst werden kann.

Der Revision der Klägerin ist daher Folge zu geben und das Ersturteil wiederherzustellen.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 Abs 1 ZPO iVm§ 58a ASGG, jene über die Kosten des Revisionsverfahrens auf §§ 41, 50 Abs 1 ZPO. Für die Revision war zufolge Teilrechtskraft hinsichtlich EUR 6.635,65 sA lediglich eine Bemessungsgrundlage von EUR 4.465,05 zugrunde zu legen. Der Beklagten erwuchs aus der Teilzurückweisung der Revision kein teilweiser Kostenersatzanspruch hinsichtlich der Revisionsbeantwortung, weil sie nicht auf diesen Zurückweisungsgrund hingewiesen hat. Ihre Rechtsmittelbeantwortung diente daher (auch) insoweit nicht der zweckentsprechenden Rechtsverteidigung.Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gründet sich auf Paragraphen 41,, 50 Absatz eins, ZP

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, http://www.ogh.gv.at

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at