

# TE OGH 2005/6/29 90bA67/05a

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.06.2005

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling und Dr. Hradil sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Dr. Wolfgang Höfle und Mag. Michael Zawodsky als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Gerda S\*\*\*\*\*, Angestellte, \*\*\*\*\*, vertreten durch Sauerzopf & Partner, Rechtsanwälte in Eisenstadt, gegen die beklagte Partei N\*\*\*\*\*GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Reinhard Rosskopf, Rechtsanwalt in Wien, wegen EUR 14.498,20 sA, über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 24. Februar 2005, GZ 8 Ra 22/05x-15, womit das Urteil des Landesgerichts Eisenstadt als Arbeits- und Sozialgericht vom 17. August 2004, GZ 17 Cga 75/04a-11, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Der Revision der beklagten Partei wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben.

Die Arbeitsrechtssache wird an das Erstgericht zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## **Text**

Begründung:

Die Klägerin war seit 5. 5. 1997 bei der Beklagten als Marketing-Assistentin angestellt. Am 16. 7. 2001 wurde sie von einem Kind entbunden und war bis 11. 9. 2001 in Mutterschutz. Vom 12. 9. 2001 bis 15. 7. 2003 befand sie sich in Mutterschaftskarenz. Zuletzt verdiente sie ein monatliches Bruttogehalt von EUR 2.539,47 14 x jährlich. Noch während der Karenz der Klägerin fand am 17. 4. 2003 ein Gespräch zwischen der ihr und Wolfgang D\*\*\*\*\*, einem für Personalangelegenheiten zuständigen Mitarbeiter der Beklagten, statt. Dieser erklärte der Klägerin, dass, wenn sie am 16. 7. 2003 wieder ihre Arbeit aufnehmen wolle, kein Arbeitsplatz frei sei und sie daher gekündigt werden müsse. Um diese Kündigung zu vermeiden, einigte sich die Klägerin mit dem D\*\*\*\*\* darauf, dass sie über den 15. 7. 2003 hinaus bis einschließlich 6. 1. 2004 in Karenz verbleibe; dann sollte sie wieder ihre Arbeit aufnehmen. Am 27. 5. 2003 teilte D\*\*\*\*\* der Klägerin telefonisch mit, dass er dringend jemand für die Marketing-Abteilung brauche, weil eine andere Mitarbeiterin das Unternehmen verlassen wolle. Die Klägerin erklärte sich interessiert, wies aber darauf hin, eine Kinderbetreuungseinrichtung zu benötigen, weil sie in ihrer Verwandtschaft niemanden für die Betreuung ihres Kindes

habe. Im Juni 2003 einigte sich die Klägerin mit D\*\*\*\*\* darauf, dass sie noch nicht definitiv zusagen könne, wann sie wieder mit ihrer Vollzeitbeschäftigung beginnen könne, dass sie jedoch ab 15. 9. 2003 mit einer Teilzeitbeschäftigung beginne, dies jedoch unter der Voraussetzung, dass die Kinderbetreuung „klappe“. Die Einführungsphase in der Kinderkrippe vom 1. 9. bis 14. 9. 2003 verlief schlecht. Die Tochter der Klägerin blieb nicht in der Krippe, sodass die Klägerin am 10. 9. 2003 D\*\*\*\*\* telefonisch davon informierte, dass die Kinderbetreuung nicht „funktioniere“. Sie fragte ihn, wie es weitergehen solle, worauf er ihr zur Antwort gab, dass er so schnell keine Lösung parat habe, sich aber wieder bei der Klägerin melden werde. Am 15. 9. 2003 erhielt die Klägerin einen Anruf einer anderen Mitarbeiterin der Beklagten, der sie mitteilte, dass sie wegen der Probleme mit der Kinderbetreuung nicht kommen könne.

Am 22. 9. 2003 erhielt die Klägerin ein mit 18. 9. 2003 datiertes Schreiben der Beklagten mit folgendem Inhalt:

„Bezugnehmend auf Ihr Telefonat mit unserem Marketingleiter, Herrn D\*\*\*\*\*, halten wir der Ordnung halber fest, dass Sie das Dienstverhältnis zu unserem Unternehmen von Ihnen aus vorzeitig beendet haben. Wir wünschen Ihnen für die Zukunft alles Gute...“

Am 29. 9. 2000 erklärte die Klägerin einem Betriebsratsmitglied, dass sie am 6. 1. 2004 den Wiedereinstieg probieren könne, dass eine Kinderbetreuung aber derzeit nicht möglich sei. Das Betriebsratsmitglied erfuhr von der Unternehmensleitung, dass diese auf die Klägerin „nicht gut zu sprechen sei“ und man auch in der Frage der Abfertigung hart bleiben wolle. Dies teilte das Betriebsratsmitglied am 1. 10. 2003 der Klägerin mit.

Für die Teilzeitbeschäftigung der Klägerin wäre ein monatliches Bruttogehalt von EUR 1.316,88 14 x jährlich vorgesehen gewesen.

Es ist nicht feststellbar, dass der Beklagten wegen der Einstellung eines anderen Mitarbeiters in der Marketing-Abteilung ein Schaden entstanden ist.

Mit ihrer Klage vom 15. 3. 2004 begehrte die Klägerin den Zuspruch von EUR 14.498,20 brutto sA (Kündigungsentschädigung für die Zeit vom 23. 9. bis 31. 12. 2003: EUR 5.121,20 brutto; Urlaubsersatzleistung für sieben Arbeitstage: EUR 488,84 brutto; Abfertigung in der Höhe von drei Monatsentgelten: EUR 8.888,16 brutto). Die Beklagte habe das Arbeitsverhältnis unberechtigt vorzeitig aufgelöst. Der Klägerin stünden daher die beendigungsabhängigen Ansprüche wie bei einer Arbeitgeberkündigung zu.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Zwischen den Streitteilen sei verbindlich vereinbart worden, dass die Klägerin am 15. 9. 2003 wieder ihren Dienst im Rahmen einer Teilzeitbeschäftigung antritt. Nach weiteren sechs Monaten sollte die Klägerin wieder zur Vollzeittätigkeit zurückkehren. Dennoch habe die Klägerin erklärt, ihren Dienst nicht antreten zu können und sei in der Folge auch nicht erschienen. Dieses Vorgehen der Klägerin sei als vorzeitiger Austritt vom karenzierten Dienstverhältnis zu werten; die Beklagte habe keine Auflösungserklärung abgegeben. Die in der Klage geltend gemachten Ansprüche beständen daher schon dem Grunde nach nicht zu Recht. Darüber hinaus habe die Klägerin im Hinblick auf die Karenzierungsvereinbarung während der Zeit bis 31. 12. 2003 auch keine entgeltlichen Leistungen erbracht, sodass sie auch keinen Entgeltanspruch habe. Auch der Abfertigungsanspruch bestehe wegen des unberechtigten Austritts der Klägerin nicht. Zudem sei die Höhe der begehrten Abfertigung unzutreffend, weil Karenzzeiten nicht als Beschäftigungszeiten zu zählen seien.

Im Übrigen wendete die Beklagte compensando bis zur Höhe des Klagebegehrens eine nicht näher spezifizierte Gegenforderung aus dem Titel des Schadenersatzes ein, weil sie eine Ersatzkraft habe einstellen müssen.

Das Erstgericht sprach aus, dass die Klageforderung zu Recht und die Gegenforderung nicht zu Recht bestehet und gab dem Klagebegehrten statt. Es vertrat die Rechtsauffassung, dass zunächst eine Karenzierungsvereinbarung bis einschließlich 6. 1. 2004 zustande gekommen sei. Die sodann getroffene Vereinbarung einer Teilzeitbeschäftigung ab 15. 9. 2003 sei unter der auflösenden Bedingung gestanden, dass die Klägerin keine ausreichende Betreuung für ihr Kind finde. Diese Bedingung sei in der Folge auch eingetreten, was von der Klägerin auch rechtzeitig bekanntgegeben worden sei. Die Klägerin habe nie eine als Auflösung des Dienstverhältnisses aufzufassende Erklärung abgegeben. Vielmehr sei das Schreiben der Beklagten vom 18. 9. 2003 als vorzeitige Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu beurteilen. Die Klägerin habe daher Anspruch auf Kündigungsentschädigung, Urlaubsersatzleistung und Abfertigung in der begehrten Höhe.

Das Berufungsgericht bestätigte das Ersturteil. Es billigte die erstgerichtliche Rechtsauffassung und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die außerordentliche Revision der Beklagten.

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise, ihr nicht Folge zu geben.

Die Revision ist zulässig, weil das Berufungsgericht die Rechtslage verkannt hat. Sie ist im Sinne des darin enthaltenen Aufhebungsantrags auch berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Den Vorinstanzen ist darin beizupflichten, dass zunächst zwischen den Streitteilen eine Karenzierungsvereinbarung für die Zeit nach Ablauf der Mutterschaftskarenz bis zum 6. 1. 2004 zustande kam. Während dieser Zeit sollte die Arbeitspflicht der Klägerin einerseits und die Entgeltpflicht der Beklagten andererseits ruhen. Es trifft auch zu, dass die frühere Aufnahme einer Teilzeitbeschäftigung durch die Klägerin von der einvernehmlich festgelegten Bedingung eines geeigneten Betreuungsplatzes für ihr Kind abhängig war. Da die Klägerin keine geeignete Lösung für die Betreuung ihres Kindes gefunden hat, ist daher die Teilzeitvereinbarung wieder weggefallen, sodass weiterhin die Karenzierungsvereinbarung zum Tragen kam.

Da die Klägerin keine Erklärung abgegeben hat, die als Auflösung des Arbeitsverhältnisses gedeutet werden könnte, ist dem Schreiben der Beklagten vom 18. September 2003 der Erklärungswert einer einseitigen vorzeitigen Auflösung durch den Arbeitgeber beizumessen (vgl 9 ObA 28/92). Da die Klägerin keine Erklärung abgegeben hat, die als Auflösung des Arbeitsverhältnisses gedeutet werden könnte, ist dem Schreiben der Beklagten vom 18. September 2003 der Erklärungswert einer einseitigen vorzeitigen Auflösung durch den Arbeitgeber beizumessen vergleiche 9 ObA 28/92).

Die bei vorzeitiger unberechtigter Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber vorgesehene Regelung der Ersatzansprüche nach § 29 AngG kommt analog auch auf alle anderen Fälle einer unberechtigten vorzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber zur Anwendung (Martinek/M. Schwarz/W. Schwarz AngG7 Anm 2 zu § 29 AngG mit zahlreichen Judikaturhinweisen). Da das Schreiben der Beklagten jedenfalls eine die Kündigungsfrist verletzende vorzeitige Auflösung durch den Arbeitgeber darstellt, kann sich die Klägerin auf § 29 AngG berufen. Die bei vorzeitiger unberechtigter Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber vorgesehene Regelung der Ersatzansprüche nach Paragraph 29, AngG kommt analog auch auf alle anderen Fälle einer unberechtigten vorzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber zur Anwendung (Martinek/M. Schwarz/W. Schwarz AngG7 Anmerkung 2 zu Paragraph 29, AngG mit zahlreichen Judikaturhinweisen). Da das Schreiben der Beklagten jedenfalls eine die Kündigungsfrist verletzende vorzeitige Auflösung durch den Arbeitgeber darstellt, kann sich die Klägerin auf Paragraph 29, AngG berufen.

Die Kündigungsentschädigung nach § 29 AngG ist ein Schadenersatzanspruch, durch den der Angestellte unbeschadet der gesetzlich vorgesehenen Anrechnung wirtschaftlich so gestellt werden soll, wie er bei ordnungsgemäßer Beendigung des Arbeitsverhältnisses gestellt gewesen wäre (Martinek/M. Schwarz/W. Schwarz aaO 661). Hier begeht die Klägerin allerdings - wie die Beklagte zutreffend geltend macht - Kündigungsentschädigung für einen entgeltfreien Zeitraum. Durch den Eintritt der auflösenden Bedingung ist die zunächst geschlossene Teilzeitvereinbarung weggefallen, sodass wieder die Vereinbarung über eine Karenzierung bis einschließlich 6. 1. 2004 zum Tragen kam. Damit konnte der Klägerin aber in der Zeit, für die Kündigungsentschädigung begehrt wird, kein Schaden entstehen, weil sie in dieser Zeit ohnedies kein Entgelt erhalten hätte (Arb 10.041). Das auf Zuspruch der Kündigungsentschädigung gerichtete Teilbegehren in Höhe von EUR 5.121,20 sA erweist sich daher als nicht berechtigt. Die Kündigungsentschädigung nach Paragraph 29, AngG ist ein Schadenersatzanspruch, durch den der Angestellte unbeschadet der gesetzlich vorgesehenen Anrechnung wirtschaftlich so gestellt werden soll, wie er bei ordnungsgemäßer Beendigung des Arbeitsverhältnisses gestellt gewesen wäre (Martinek/M. Schwarz/W. Schwarz aaO 661). Hier begeht die Klägerin allerdings - wie die Beklagte zutreffend geltend macht - Kündigungsentschädigung für einen entgeltfreien Zeitraum. Durch den Eintritt der auflösenden Bedingung ist die zunächst geschlossene Teilzeitvereinbarung weggefallen, sodass wieder die Vereinbarung über eine Karenzierung bis einschließlich 6. 1. 2004 zum Tragen kam. Damit konnte der Klägerin aber in der Zeit, für die Kündigungsentschädigung begehrt wird, kein Schaden entstehen, weil sie in dieser Zeit ohnedies kein Entgelt erhalten hätte (Arb 10.041). Das auf Zuspruch der Kündigungsentschädigung gerichtete Teilbegehren in Höhe von EUR 5.121,20 sA erweist sich daher als nicht berechtigt.

Das Begehr auf Zuspruch von Urlaubersatzleistung für sieben Arbeitstage kann noch nicht abschließend beurteilt werden.

Auch dieses Begehr wird von der Beklagten unter Hinweis darauf bestritten, dass die Beendigung in einer entgeltfreien Zeit erfolgte.

Nach der mit Art III Z 1 SRÄG 1995 eingeführten Bestimmung des § 2 Abs 2 Satz 3 UrlG wird der Urlaubsanspruch durch Zeiten, in denen kein Anspruch auf Entgelt besteht, nicht verkürzt, sofern gesetzlich nicht ausdrücklich anderes bestimmt wird. Kuderna (Die durch das Sozialrechts-Änderungsgesetz vorgenommenen Ergänzungen der §§ 2, 9, 10 und 19 des Urlaubsgesetzes, DRdA 1996, 465 [468]) meint aber, dass Zeiten einer auf einer (ausdrücklichen oder schlüssigen) Vereinbarung der Parteien des Arbeitsverhältnisses beruhenden Karenzierung mangels abweichender Vereinbarung nicht unter diese Bestimmung fallen, weil sich der sachliche Geltungsbereich des UrlG auf derartige Karenzierungen nicht erstrecke. Anders sei dies nur in jenen (wohl sehr seltenen) Fällen, in denen die vereinbarte Karenzierung im Interesse des Arbeitgebers vereinbart werde, weil in diesen Fällen eine Interessensabwägung für einen ungekürzten Urlaubsanspruch spreche. Schrank (Zur Beseitigung der Aliquotierungsjudikatur durch die UrlG-Nov - eine Replik, ecolex 1996, 290 [291, FN 1]) geht auch in diesen Fällen von der Anwendbarkeit des Verkürzungsverbots aus, kritisiert dies aber als überzogen und teilt offenkundig die Meinung, dass eine sachgerechte Risikozuordnung für die - von Kuderna befürwortete - Ausnahme vom Verkürzungsverbot spreche. Da § 2 Abs 2 Satz 3 UrlG ganz allgemein im Zusammenhang mit Zeiten von Arbeitsverhinderungen gesehen wird, in denen kein Entgeltanspruch besteht (Cerny, Urlaubsrecht 86), das Wesen der Karenzierungsvereinbarung aber im freiwilligen wechselseitigen Verzicht auf die Arbeits- bzw Entgeltleistung besteht, schließt sich der Oberste Gerichtshof der Auffassung Kudernas an und geht daher ebenfalls davon aus, dass Zeiten einer zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbarten Karenz - sofern die Vereinbarung nicht im Interesse des Arbeitgebers erfolgte - nicht von § 2 Abs 2 Satz 3 UrlG erfasst werden. Hier wurde die Karenzierung im Interesse der Klägerin - nämlich zur Vermeidung ihrer sonst notwendigen Kündigung - vereinbart, sodass das Verkürzungverbot des § 2 Abs 2 Satz 3 UrlG auf diese Zeit nicht zur Anwendung kommt. Nach der mit Art römisch III Ziffer eins, SRÄG 1995 eingeführten Bestimmung des Paragraph 2, Absatz 2, Satz 3 UrlG wird der Urlaubsanspruch durch Zeiten, in denen kein Anspruch auf Entgelt besteht, nicht verkürzt, sofern gesetzlich nicht ausdrücklich anderes bestimmt wird. Kuderna (Die durch das Sozialrechts-Änderungsgesetz vorgenommenen Ergänzungen der Paragraphen 2, 9, 10 und 19 des Urlaubsgesetzes, DRdA 1996, 465 [468]) meint aber, dass Zeiten einer auf einer (ausdrücklichen oder schlüssigen) Vereinbarung der Parteien des Arbeitsverhältnisses beruhenden Karenzierung mangels abweichender Vereinbarung nicht unter diese Bestimmung fallen, weil sich der sachliche Geltungsbereich des UrlG auf derartige Karenzierungen nicht erstrecke. Anders sei dies nur in jenen (wohl sehr seltenen) Fällen, in denen die vereinbarte Karenzierung im Interesse des Arbeitgebers vereinbart werde, weil in diesen Fällen eine Interessensabwägung für einen ungekürzten Urlaubsanspruch spreche. Schrank (Zur Beseitigung der Aliquotierungsjudikatur durch die UrlG-Nov - eine Replik, ecolex 1996, 290 [291, FN 1]) geht auch in diesen Fällen von der Anwendbarkeit des Verkürzungsverbots aus, kritisiert dies aber als überzogen und teilt offenkundig die Meinung, dass eine sachgerechte Risikozuordnung für die - von Kuderna befürwortete - Ausnahme vom Verkürzungsverbot spreche. Da Paragraph 2, Absatz 2, Satz 3 UrlG ganz allgemein im Zusammenhang mit Zeiten von Arbeitsverhinderungen gesehen wird, in denen kein Entgeltanspruch besteht (Cerny, Urlaubsrecht 86), das Wesen der Karenzierungsvereinbarung aber im freiwilligen wechselseitigen Verzicht auf die Arbeits- bzw Entgeltleistung besteht, schließt sich der Oberste Gerichtshof der Auffassung Kudernas an und geht daher ebenfalls davon aus, dass Zeiten einer zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbarten Karenz - sofern die Vereinbarung nicht im Interesse des Arbeitgebers erfolgte - nicht von Paragraph 2, Absatz 2, Satz 3 UrlG erfasst werden. Hier wurde die Karenzierung im Interesse der Klägerin - nämlich zur Vermeidung ihrer sonst notwendigen Kündigung - vereinbart, sodass das Verkürzungverbot des Paragraph 2, Absatz 2, Satz 3 UrlG auf diese Zeit nicht zur Anwendung kommt.

Für die Zeit der Mutterschaftskarenz ist § 15f Abs 2 MuttSchG zu beachtenFür die Zeit der Mutterschaftskarenz ist Paragraph 15 f, Absatz 2, MuttSchG zu beachten.

Welche Auswirkungen all dies auf das Begehr auf Urlaubersatzleistung hat, kann derzeit nicht beurteilt werden, weil Vorbringen und Feststellungen darüber, wie sich diese Forderung errechnet bzw zusammensetzt, fehlen. Insofern erweist sich das Verfahren daher als ergänzungsbedürftig.

Das Begehr der Klägerin auf Zuspruch von Abfertigung ist dem Grunde nach berechtigt. Das Vorliegen einer

bestimmten, den Abfertigungsanspruch vernichtenden Beendigungsart hat der Arbeitgeber nachzuweisen (RIS-Justiz RS0105949; zuletzt etwa 8 ObA 161/01m), dem dieser Nachweis hier nicht gelungen ist. Zudem ergibt sich aus den Feststellungen, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin bereits vor Antritt der Mutterschaftskarenz vier Jahre, sechs Monate und sechs Tage gedauert hat.

Ob bei der Berechnung des Abfertigungsanspruchs auch die Zeit der Mutterschaftskarenz (zum Teil) zu berücksichtigen ist, kann hingegen noch nicht beurteilt werden. Grundsätzlich ist dies nach § 15f Abs 1 MuttSchG nicht der Fall (Ercher/Stech/Langer, MuttSchG, § 15f Rz 5). Bislang unbeachtet blieb aber die Bestimmung des § 9b Abs 1a des hier anzuwendenden (./B) Kollektivvertrages für die Angestellten der holzverarbeitenden Industrie. Nach dieser Bestimmung wird der erste Karenzurlaub innerhalb des Dienstverhältnisses im Sinne der §§ 15 ff MuttSchG bzw § 2 EKUG für die Bemessung der Kündigungsfrist, der Dauer des Krankenentgeltanspruches und der Urlaubsdauer voll, für die Bemessung der Höhe der Abfertigung bis zum Höchstausmaß von zehn Monaten angerechnet. Voraussetzung für die Anrechnung ist eine dreijährige Dauer des Dienstverhältnisses, wobei ein Karenzurlaub im obigen Sinne einzurechnen ist. Nach dieser Formulierung hat im hier zu beurteilenden Fall, in dem das Arbeitsverhältnis bereits mehr als die geforderte Zeit von drei Jahren gedauert hat, eine Anrechnung der Mutterschaftskarenz im Ausmaß von 10 Monaten dann zu erfolgen, wenn es sich um die erste KARENZ im Dienstverhältnis handelte. Das wurde aber bislang - weil die Bedeutung dieser Frage nicht erkannt wurde - nicht erklärt. Zwar spricht einiges für die Annahme, dass es sich um die erste Mutterschaftskarenz im Arbeitsverhältnis handelte. Gesichert ist diese Annahme allerdings nicht, sodass sich das Verfahren auch aus diesem Grund als ergänzungsbedürftig erweist. Ob bei der Berechnung des Abfertigungsanspruchs auch die Zeit der Mutterschaftskarenz (zum Teil) zu berücksichtigen ist, kann hingegen noch nicht beurteilt werden. Grundsätzlich ist dies nach Paragraph 15 f, Absatz eins, MuttSchG nicht der Fall (Ercher/Stech/Langer, MuttSchG, Paragraph 15 f, Rz 5). Bislang unbeachtet blieb aber die Bestimmung des Paragraph 9 b, Absatz eins a, des hier anzuwendenden (./B) Kollektivvertrages für die Angestellten der holzverarbeitenden Industrie. Nach dieser Bestimmung wird der erste Karenzurlaub innerhalb des Dienstverhältnisses im Sinne der Paragraphen 15, ff MuttSchG bzw Paragraph 2, EKUG für die Bemessung der Kündigungsfrist, der Dauer des Krankenentgeltanspruches und der Urlaubsdauer voll, für die Bemessung der Höhe der Abfertigung bis zum Höchstausmaß von zehn Monaten angerechnet. Voraussetzung für die Anrechnung ist eine dreijährige Dauer des Dienstverhältnisses, wobei ein Karenzurlaub im obigen Sinne einzurechnen ist. Nach dieser Formulierung hat im hier zu beurteilenden Fall, in dem das Arbeitsverhältnis bereits mehr als die geforderte Zeit von drei Jahren gedauert hat, eine Anrechnung der Mutterschaftskarenz im Ausmaß von 10 Monaten dann zu erfolgen, wenn es sich um die erste KARENZ im Dienstverhältnis handelte. Das wurde aber bislang - weil die Bedeutung dieser Frage nicht erkannt wurde - nicht erklärt. Zwar spricht einiges für die Annahme, dass es sich um die erste Mutterschaftskarenz im Arbeitsverhältnis handelte. Gesichert ist diese Annahme allerdings nicht, sodass sich das Verfahren auch aus diesem Grund als ergänzungsbedürftig erweist.

Wird die Mutterschaftskarenz im Umfang von 10 Monaten bei der Berechnung der Abfertigung berücksichtigt, überschreitet die anrechenbare Dienstzeit der Klägerin die in § 23 Abs 1 AngG normierte Grenze von fünf Jahren. Auf die Zeit der vereinbarten KARENZ kommt es unter dieser Voraussetzung nicht an, weil die nächste abfertigungsrelevante Grenze (10 Jahre) von der Klägerin in keinem Fall erreicht wird. Ist hingegen die Mutterschaftskarenz nicht anzurechnen, erreicht die Klägerin die abfertigungsrelevante Schwelle von fünf Jahren in keinem Fall, und zwar auch dann nicht, wenn man die Zeit der vereinbarten KARENZ bis zu dem in der Klage genannten Termin 31. 12. 2003 einbezieht. Auf die Frage, ob die Zeit der vereinbarten KARENZierung bei der Berechnung der Abfertigung zu berücksichtigen ist, braucht daher nicht eingegangen zu werden. Wird die Mutterschaftskarenz im Umfang von 10 Monaten bei der Berechnung der Abfertigung berücksichtigt, überschreitet die anrechenbare Dienstzeit der Klägerin die in Paragraph 23, Absatz eins, AngG normierte Grenze von fünf Jahren. Auf die Zeit der vereinbarten KARENZ kommt es unter dieser Voraussetzung nicht an, weil die nächste abfertigungsrelevante Grenze (10 Jahre) von der Klägerin in keinem Fall erreicht wird. Ist hingegen die Mutterschaftskarenz nicht anzurechnen, erreicht die Klägerin die abfertigungsrelevante Schwelle von fünf Jahren in keinem Fall, und zwar auch dann nicht, wenn man die Zeit der vereinbarten KARENZ bis zu dem in der Klage genannten Termin 31. 12. 2003 einbezieht. Auf die Frage, ob die Zeit der vereinbarten KARENZierung bei der Berechnung der Abfertigung zu berücksichtigen ist, braucht daher nicht eingegangen zu werden.

Da sich somit das Verfahren in mehrfacher Hinsicht als ergänzungsbedürftig erweist, waren die Entscheidungen der

Vorinstanzen in Stattgebung der Revision aufzuheben. Die Sache ist an das Erstgericht zurückzuverweisen, das Verfahren und Feststellungen im aufgezeigten Sinn zu ergänzen und auf der so gewonnenen Grundlage über das Klagebegehren neuerlich zu entscheiden haben wird.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 ZPO. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 52, ZPO.

**Textnummer**

E77882

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2005:009OBA00067.05A.0629.000

**Im RIS seit**

29.07.2005

**Zuletzt aktualisiert am**

19.01.2012

**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](http://www.jusline.at)