

# TE OGH 2023/3/23 90bA5/23k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.03.2023

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs Dr. Fichtenau als Vorsitzende, die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Mag. Ziegelbauer und Dr. Hargassner sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Gerald Fuchs (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Mag. phil. Dr. iur. Robert Toder (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei \* H\*, geboren am \*, vertreten durch Dr. Peter Wallnöfer, LL.M., und andere, Rechtsanwälte in Innsbruck, gegen die beklagte Partei Stadtgemeinde H\*, vertreten durch Dr. Peter Klaunzer, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen 932,56 EUR sA, über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 20. Dezember 2022, GZ 13 Ra 25/22g-43, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Die außerordentliche Revision der klagenden Partei wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen. Die außerordentliche Revision der klagenden Partei wird gemäß Paragraph 508 a, Absatz 2, ZPO mangels der Voraussetzungen des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

[1] Die Klägerin war bei der Beklagten zuletzt von 26. 1. 2005 bis zur einvernehmlichen Beendigung des Dienstverhältnisses wegen ihres Pensionsantritts am 31. 3. 2020 als Kindergartenhelferin mit 25 Wochenstunden teilzeitbeschäftigt. Auf das Dienstverhältnis ist das Tiroler Gemeinde-Vertragsbedienstetengesetz 2012 (G-VBG) anwendbar. Die Beklagte zahlte der Klägerin anlässlich der Beendigung des Dienstverhältnisses eine Urlaubersatzleistung für nicht verbrauchte 5,6 Arbeitstage (28 Stunden) aus, die sie für den Zeitraum 1. 9. 2019 bis 31. 3. 2020 errechnete.

[2] Die Vorinstanzen wiesen übereinstimmend das Begehren der Klägerin auf Zahlung einer weiteren Urlaubersatzleistung von 932,56 EUR für 15 Arbeitstage (75 Stunden) ab. Diese Differenz hatte die Klägerin unter Einbeziehung der zwischen dem 1. 4. 2020 und dem Ende des Schuljahres 2020 liegenden Ferien- und Feiertage errechnet.

## Rechtliche Beurteilung

[3] Die dagegen gerichtete außerordentliche Revision der Klägerin zeigt keine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO auf. [3] Die dagegen gerichtete außerordentliche Revision der Klägerin zeigt keine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO auf.

[4] 1. Das Tiroler G-VBG 2012 unterscheidet zwischen Assistenzkräften ohne Ferien und Assistenzkräften mit Ferien:

[5] Die Dienstleistung für Assistenzkräfte ohne Ferien (§ 110 Abs 1 Tiroler G-VBG 2012) richtet sich nach dem Kinderbetreuungsjahr im Sinne des § 2 Abs 16 Tiroler Kinderbildungs- und Kinderbetreuungsgesetz. Danach ist das Kinderbetreuungsjahr der Zeitraum vom 1. 9. bis zum 31. 8. des nachfolgenden Kalenderjahres. [5] Die Dienstleistung für Assistenzkräfte ohne Ferien (Paragraph 110, Absatz eins, Tiroler G-VBG 2012) richtet sich nach dem Kinderbetreuungsjahr im Sinne des Paragraph 2, Absatz 16, Tiroler Kinderbildungs- und Kinderbetreuungsgesetz. Danach ist das Kinderbetreuungsjahr der Zeitraum vom 1. 9. bis zum 31. 8. des nachfolgenden Kalenderjahres.

[6] Für Assistenzkräfte mit Ferien (§ 110 Abs 2 Tiroler G-VBG 2012) – wie die Klägerin – richtet sich die Dienstleistung nach dem Kindergartenjahr im Sinn des § 2 Abs 17 Satz 1 Tiroler Kinderbildungs- und Kinderbetreuungsgesetz. Das Kindergartenjahr ist der Zeitraum des Unterrichtsjahres im Sinn des § 109 Abs 3 Tiroler Schulorganisationsgesetz 1991. Danach beginnt das Unterrichtsjahr mit dem Schuljahr und dauert bis zum Beginn der Hauptferien. Ausgenommen sind bestimmte schulfreie Tage (§ 2 Abs 17 Satz 2 Tiroler Kinderbildungs- und Kinderbetreuungsgesetz). [6] Für Assistenzkräfte mit Ferien (Paragraph 110, Absatz 2, Tiroler G-VBG 2012) – wie die Klägerin – richtet sich die Dienstleistung nach dem Kindergartenjahr im Sinn des Paragraph 2, Absatz 17, Satz 1 Tiroler Kinderbildungs- und Kinderbetreuungsgesetz. Das Kindergartenjahr ist der Zeitraum des Unterrichtsjahres im Sinn des Paragraph 109, Absatz 3, Tiroler Schulorganisationsgesetz 1991. Danach beginnt das Unterrichtsjahr mit dem Schuljahr und dauert bis zum Beginn der Hauptferien. Ausgenommen sind bestimmte schulfreie Tage (Paragraph 2, Absatz 17, Satz 2 Tiroler Kinderbildungs- und Kinderbetreuungsgesetz).

[7] Das Ausmaß des Erholungsurlaubs beträgt für beide Arbeitnehmergruppen bis zum vollendeten 43. Lebensjahr 200 Dienststunden (§ 74 Abs 1 lit a Tiroler G-VBG 2012) und ab dem vollendeten 43. Lebensjahr 240 Dienststunden (lit b). Urlaubsjahr ist das Kinderbetreuungsjahr (§ 111 Abs 1 iVm § 104 Abs 1 lit a iVm § 73 Tiroler G-VBG 2012 bzw § 111 Abs 2 iVm § 104 Abs 2 lit a iVm § 73 Tiroler G-VBG 2012). Zeiten einer (allfälligen) Beurlaubung während der Zeiten außerhalb des Kindergartenjahres gelten als verbrauchter Erholungsurlaub (§ 111 Abs 1 und 2 iVm § 104 Abs 1 lit c „allfälligen“) bzw Abs 2 lit a Tiroler G-VBG 2012). [7] Das Ausmaß des Erholungsurlaubs beträgt für beide Arbeitnehmergruppen bis zum vollendeten 43. Lebensjahr 200 Dienststunden (Paragraph 74, Absatz eins, Litera a, Tiroler G-VBG 2012) und ab dem vollendeten 43. Lebensjahr 240 Dienststunden (Litera b,). Urlaubsjahr ist das Kinderbetreuungsjahr (Paragraph 111, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 104, Absatz eins, Litera a, in Verbindung mit Paragraph 73, Tiroler G-VBG 2012 bzw Paragraph 111, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 104, Absatz 2, Litera a, in Verbindung mit Paragraph 73, Tiroler G-VBG 2012). Zeiten einer (allfälligen) Beurlaubung während der Zeiten außerhalb des Kindergartenjahres gelten als verbrauchter Erholungsurlaub (Paragraph 111, Absatz eins und 2 in Verbindung mit Paragraph 104, Absatz eins, Litera c, „allfälligen“) bzw Absatz 2, Litera a, Tiroler G-VBG 2012).

[8] Nach § 81 Abs 1 Tiroler G-VBG 2012 gebührt dem Vertragsbediensteten bei Beendigung des Dienstverhältnisses für das laufende Kalenderjahr eine Ersatzleistung als Abgeltung für den Erholungsurlaub, der der Dauer der Dienstzeit in diesem Kalenderjahr im Verhältnis zum gesamten Kalenderjahr entspricht. Bereits verbrauchter Erholungsurlaub dieses Kalenderjahres ist auf das aliquote Urlaubsausmaß anzurechnen. Für Assistenzkräfte nach § 110 Abs 1 und 2 Tiroler G-VBG 2012 tritt anstelle des Kalenderjahres das Kinderbetreuungsjahr (§ 104 Abs 1 lit a und Abs 2 lit a Tiroler G-VBG 2012). Die Ersatzleistung gebührt in dem Ausmaß der Bemessungsgrundlage, das dem Verhältnis des aliquoten Urlaubsausmaßes unter Anrechnung bereits verbrauchten Erholungsurlaubs nach Abs 1 zum vollen Urlaubsausmaß entspricht (§ 81 Abs 2 letzter Satz Tiroler G-VBG 2012). [8] Nach Paragraph 81, Absatz eins, Tiroler G-VBG 2012 gebührt dem Vertragsbediensteten bei Beendigung des Dienstverhältnisses für das laufende Kalenderjahr eine Ersatzleistung als Abgeltung für den Erholungsurlaub, der der Dauer der Dienstzeit in diesem Kalenderjahr im Verhältnis zum gesamten Kalenderjahr entspricht. Bereits verbrauchter Erholungsurlaub dieses Kalenderjahres ist auf das aliquote Urlaubsausmaß anzurechnen. Für Assistenzkräfte nach Paragraph 110, Absatz eins und 2 Tiroler G-VBG 2012 tritt anstelle des Kalenderjahres das Kinderbetreuungsjahr (Paragraph 104, Absatz eins, Litera a und Absatz 2, Litera a, Tiroler G-VBG 2012). Die Ersatzleistung gebührt in dem Ausmaß der Bemessungsgrundlage, das dem Verhältnis des aliquoten Urlaubsausmaßes

unter Anrechnung bereits verbrauchten Erholungsurlaubs nach Absatz eins, zum vollen Urlaubsausmaß entspricht (Paragraph 81, Absatz 2, letzter Satz Tiroler G-VBG 2012).

[9] 2. Die Klägerin geht in ihrer Revision zunächst davon aus, dass das unterschiedliche Ausmaß der Jahresarbeitszeit von Assistenzkräften ohne Ferien und Assistenzkräften mit Ferien im Rahmen einer ganzjährigen Beschäftigung durch die unterschiedlichen Entlohnungsschemata ausgeglichen wird. Sie bestreitet auch nicht, dass die Beklagte die gezahlte Urlaubersatzleistung dem Gesetz entsprechend richtig errechnet hat. Sie meint aber, dass im Fall einer unterjährigen Beendigung des Dienstverhältnisses (also vor dem 31. 8.) der vom Gesetzgeber gewählte Ansatz, das unterschiedliche Ausmaß der Jahresstunden durch das Entgelt auszugleichen, Dienstnehmer mit Ferien diskriminiere, weil Ferienzeiten bei der Berechnung der Urlaubersatzleistung nicht berücksichtigt würden. Werde nämlich bei der Beendigung des Dienstverhältnisses die Ferienzeit nicht als (Urlaubs-) Ersatzleistung berücksichtigt, verringere sich der effektive Stundenlohn einer Arbeitnehmerin mit Ferienregelung. Da der Großteil der (bezahlten) Freizeit erst in den Hauptferien verbraucht werden könne, bedürfe es eines „Entgeltausgleichs“ bei Beendigung im Austrittsjahr. Dieser wäre dadurch zu bewerkstelligen, dass „die Bestimmung des § 104 Abs 3 (gemeint offenbar Abs 2) lit c Tiroler G-VBG 2012 so angewandt würde, dass Zeiten einer Beurlaubung während der Zeiten außerhalb des Kindergartenjahres als Erholungsurlaub gelten, also der Zusatz 'verbraucht' gestrichen würde“; so könnte durch eine Abgeltung der Zeiten außerhalb des Kindergartenjahres als „(Urlaubs)Ersatzleistung“ eine Gleichbehandlung mit den Dienstnehmern ohne Ferien erreicht werden. [9] 2. Die Klägerin geht in ihrer Revision zunächst davon aus, dass das unterschiedliche Ausmaß der Jahresarbeitszeit von Assistenzkräften ohne Ferien und Assistenzkräften mit Ferien im Rahmen einer ganzjährigen Beschäftigung durch die unterschiedlichen Entlohnungsschemata ausgeglichen wird. Sie bestreitet auch nicht, dass die Beklagte die gezahlte Urlaubersatzleistung dem Gesetz entsprechend richtig errechnet hat. Sie meint aber, dass im Fall einer unterjährigen Beendigung des Dienstverhältnisses (also vor dem 31. 8.) der vom Gesetzgeber gewählte Ansatz, das unterschiedliche Ausmaß der Jahresstunden durch das Entgelt auszugleichen, Dienstnehmer mit Ferien diskriminiere, weil Ferienzeiten bei der Berechnung der Urlaubersatzleistung nicht berücksichtigt würden. Werde nämlich bei der Beendigung des Dienstverhältnisses die Ferienzeit nicht als (Urlaubs-) Ersatzleistung berücksichtigt, verringere sich der effektive Stundenlohn einer Arbeitnehmerin mit Ferienregelung. Da der Großteil der (bezahlten) Freizeit erst in den Hauptferien verbraucht werden könne, bedürfe es eines „Entgeltausgleichs“ bei Beendigung im Austrittsjahr. Dieser wäre dadurch zu bewerkstelligen, dass „die Bestimmung des Paragraph 104, Absatz 3, (gemeint offenbar Absatz 2,) Litera c, Tiroler G-VBG 2012 so angewandt würde, dass Zeiten einer Beurlaubung während der Zeiten außerhalb des Kindergartenjahres als Erholungsurlaub gelten, also der Zusatz 'verbraucht' gestrichen würde“; so könnte durch eine Abgeltung der Zeiten außerhalb des Kindergartenjahres als „(Urlaubs)Ersatzleistung“ eine Gleichbehandlung mit den Dienstnehmern ohne Ferien erreicht werden.

[10] 3. Mit Beschluss vom 20. 9. 2022, G 210/2022 hat der Verfassungsgerichtshof den von der Klägerin im Verfahren gestellten Antrag, „das Wort bzw die Wortfolge 'verbrauchter' Erholungsurlaub in § 104 Abs 2 lit c Tiroler G-VBG 2012“ als verfassungswidrig aufzuheben, als unzulässig zurückgewiesen. [10] 3. Mit Beschluss vom 20. 9. 2022, G 210/2022 hat der Verfassungsgerichtshof den von der Klägerin im Verfahren gestellten Antrag, „das Wort bzw die Wortfolge 'verbrauchter' Erholungsurlaub in Paragraph 104, Absatz 2, Litera c, Tiroler G-VBG 2012“ als verfassungswidrig aufzuheben, als unzulässig zurückgewiesen.

[11] In ihrer außerordentlichen Revision stützt sich die Klägerin auch nicht mehr auf einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, sondern – unter Bezugnahme auf Art 7 Arbeitszeit-RL und Art 31 GRC – auf eine grundrechtskonforme Anwendung der § 111 Abs 2 iVm § 104 Abs 2 Tiroler G-VBG 2012. Die Klägerin regt daher an, einen Antrag auf Vorabentscheidung an den EuGH des Inhalts zu stellen, ob Art 7 der Arbeitszeit-RL 2003/88/EG sowie Art 31 GRC dahin auszulegen seien, dass sie Bestimmungen des nationalen Rechts (§ 101 Abs 2 iVm § 104 Abs 2 iVm § 81 G-VBG) entgegenstünden, die einem Vertragsbediensteten den Anspruch auf nicht verbrauchte Ferienzeiten im Falle eines unterjährigen Austritts aus dem Dienstverhältnis verwehren würden. [11] In ihrer außerordentlichen Revision stützt sich die Klägerin auch nicht mehr auf einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, sondern – unter Bezugnahme auf Artikel 7, Arbeitszeit-RL und Artikel 31, GRC – auf eine grundrechtskonforme Anwendung der Paragraph 111, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 104, Absatz 2, Tiroler G-VBG 2012. Die Klägerin regt daher an, einen Antrag auf Vorabentscheidung an den EuGH des Inhalts zu stellen, ob Artikel 7, der Arbeitszeit-RL 2003/88/EG sowie Artikel 31, GRC dahin auszulegen seien,

dass sie Bestimmungen des nationalen Rechts (Paragraph 101, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 104, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 81, G-VBG) entgegenstünden, die einem Vertragsbediensteten den Anspruch auf nicht verbrauchte Ferienzeiten im Falle eines unterjährigen Austritts aus dem Dienstverhältnis verwehren würden.

[12] 4. Mit ihrer Argumentation strebt die Klägerin im Ergebnis eine Art „Ausgleichszahlung“ bei unterjähriger Beendigung des Dienstverhältnisses für den Entgeltunterschied zu Assistenzkräften ohne Ferien an. Dies über die Urlaubersatzleistung erreichen zu wollen, ist aber verfehlt. Kommt es vor Verbrauch des Urlaubs zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses, so ist der offen gebliebene Anspruch in Geld abzufinden. Die Urlaubersatzleistung soll den noch offenen, bisher nicht erfüllten Urlaubsanspruch in Geld abgeltet (RS0028685 [T4]). Sie bietet aber – worauf das Berufungsgericht zutreffend hinweist – keinen Ersatz für eine erst nach Beendigung des Dienstverhältnisses gelegene „fiktive“ Urlaubszeit und erst recht keinen Ersatz für eine in der Entgelthöhe berücksichtigte, aber nicht verbrauchte „Freizeit“.

[13] Ein Verstoß der geltenden gesetzlichen Regelungen des Tiroler G-VBG 2012 zur Urlaubersatzleistung gegen Art 31 Abs 2 GRC und Art 7 der Arbeitszeit-RL 2003/88/EG ist aus zwei Gründen nicht zu erkennen: Zum einen möchte die Klägerin durch den begehrten Entfall des Wortes „verbraucht“ in § 104 Abs 2 lit c Tiroler G-VBG 2012 einen über das in § 74 Abs 1 lit a bzw lit b Tiroler G-VBG 2012 festgelegte Urlaubsausmaß hinausgehenden „Urlaub“ bei Berechnung der Urlaubersatzleistung berücksichtigt wissen. Art 7 Abs 2 der RL 2003/88 räumt dem Arbeitnehmer jedoch nur einen Mindesturlaubsanspruch von vier Wochen ein. Eine finanzielle Abgeltung eines über den vierwöchigen Mindesturlaub hinausgehenden Urlaubsteils ist daher unionsrechtlich nicht geboten (9 ObA 147/21i Rz 21). Zum anderen stellen die gesetzlichen Regelungen des Tiroler G-VBG 2012 den Anspruch der Klägerin auf bezahlten Jahresurlaub nicht in Frage. Auch der mit diesem Anspruch auf „bezahlten“ Jahresurlaub verbundene Anspruch auf eine finanzielle Vergütung für bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommenen Jahresurlaub (EuGH C-233/20, job medium, Rn 29) wird der Klägerin durch die behauptete Diskriminierung gegenüber Assistenzkräften „ohne Ferien“ nicht genommen. Die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens ist daher nicht zielführend. [13] Ein Verstoß der geltenden gesetzlichen Regelungen des Tiroler G-VBG 2012 zur Urlaubersatzleistung gegen Artikel 31, Absatz 2, GRC und Artikel 7, der Arbeitszeit-RL 2003/88/EG ist aus zwei Gründen nicht zu erkennen: Zum einen möchte die Klägerin durch den begehrten Entfall des Wortes „verbraucht“ in Paragraph 104, Absatz 2, Litera c, Tiroler G-VBG 2012 einen über das in Paragraph 74, Absatz eins, Litera a, bzw Litera b, Tiroler G-VBG 2012 festgelegte Urlaubsausmaß hinausgehenden „Urlaub“ bei Berechnung der Urlaubersatzleistung berücksichtigt wissen. Artikel 7, Absatz 2, der RL 2003/88 räumt dem Arbeitnehmer jedoch nur einen Mindesturlaubsanspruch von vier Wochen ein. Eine finanzielle Abgeltung eines über den vierwöchigen Mindesturlaub hinausgehenden Urlaubsteils ist daher unionsrechtlich nicht geboten (9 ObA 147/21i Rz 21). Zum anderen stellen die gesetzlichen Regelungen des Tiroler G-VBG 2012 den Anspruch der Klägerin auf bezahlten Jahresurlaub nicht in Frage. Auch der mit diesem Anspruch auf „bezahlten“ Jahresurlaub verbundene Anspruch auf eine finanzielle Vergütung für bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommenen Jahresurlaub (EuGH C-233/20, job medium, Rn 29) wird der Klägerin durch die behauptete Diskriminierung gegenüber Assistenzkräften „ohne Ferien“ nicht genommen. Die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens ist daher nicht zielführend.

[14] Mangels Geltendmachung einer Rechtsfrage von der Qualität des § 502 Abs 1 ZPO ist die außerordentliche Revision der Klägerin zurückzuweisen. [14] Mangels Geltendmachung einer Rechtsfrage von der Qualität des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO ist die außerordentliche Revision der Klägerin zurückzuweisen.

**Textnummer**

E137924

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2023:009OBA00005.23K.0323.000

**Im RIS seit**

19.04.2023

**Zuletzt aktualisiert am**

25.10.2023

**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)