

49. Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht

Christoph Klein

Aktuelle Fragen des Urlaubsrechts

Seminar, 27.3.2014

Themenübersicht

- **Zur Berechnung des Urlaubsanspruchs**
- **Zum Verbrauch des Urlaubs**
- **Urlaub bei Wechsel von Vollzeit zu Teilzeit und umgekehrt**
- **Verjährung des Urlaubs**

Verwendete Abkürzungen

U..... Urlaub

UEL..... Urlaubersatzleistung

T..... Tag

Wo..... Woche

h..... Stunde

AT..... Arbeitstag

AZ..... Arbeitszeit

TZ..... Teilzeit

VZ..... Vollzeit

AN..... Arbeitnehmer

AG..... Arbeitgeber

Rt..... Recht

RSp..... Rechtsprechung

TB..... Tatbestand

Berechnung des Urlaubsanspruchs

OGH 24.10.1990, 9 Ob A 172/90

Sachverhalt: U mehrfach (auf Wunsch AN) in EinzelT konsumiert. Bei Beendigung strittig, wie viele von den 30 WerkT U damit verbraucht wurden.

Entscheidung: Hinter „30 WerkT“ verbirgt sich gesetzgeberischer Wille zu 5 UWochen.

Bei wochenweisem UVerbrauch entspricht auch bei 5-T-Wo:

1 Wo = 6 WerkT.

Würde jedoch bei tageweisem UVerbrauch 1 UT = 1 WerkT gerechnet,
Bevorzugung gegenüber AN mit wochenweisem UVerbrauch.

Daher ergänzende Vertragsauslegung: Der gesetzlichen Regelung
entsprechendes Ergebnis durch Berechnung des U in AT.

OGH gibt sogar Formel für UEntschädigung bei 5-T-Wo an:

Monatsbezug x 14 : 12 : 22 x unverbrauchte UT (in AT) = UE

OGH 28.1.1998, 9 Ob A 390/97m

Sachverhalt: Portier arbeitet 2 Wo-Turnus:

Wo 1: 5 x 12h, Wo 2: frei (in Wo 2 jedoch UVertretung möglich).

AN fordert UEntschädigung für zwei UJahre: 25 UT x 2 – 15 verbrauchte UT
= 35 offene UT.

Entscheidung: TZ-Beschäftigter erwirbt wie VZ-Beschäftigter UAnspruch von 30
WerkT/Arbeitsjahr.

Umrechnung von WerkT auf tatsächlich geleistete AT erforderlich.

Gesetzlicher Anspruch von 5 Wo führt bei TZ-Beschäftigtem an 5 T/2 Wo zu
UAusmaß von 2,5 T/Wo, sohin 12,5 AT/UJahr.

Für 2 Jahre 25 UT. Bei 15 konsumierten UT daher UEntschädigung für 10 UT.

Kommentar: Festhalten am in Wo bemessenen UAnspruch.

Nicht nur bei 5-T-Wo, sondern auch bei weniger AT/Wo – auch bei unregelmäßiger Verteilung – gilt Formel:

Anzahl UWo mal Anzahl (durchschnittlicher) AT.

Starkes Abstellen auf Ausmaß entfallender AT – Vernachlässigung der kalendarischen 5-Wo-Freizeit.

(Lagen in den an die Wo 1–UWo angrenzenden Wo vielleicht nach dem AVertrag grundsätzlich mögliche Arbeitsleistungen?!)

OGH 26.2.2003, 9 Ob A 221/02v

Sachverhalt: 4-wöchiger Turnus in Metallindustriebetrieb bei 38,5h-Wo.

Wo 1: 6 x 8h / Wo 2: 6 x 8h / Wo 3: 7 x 8h / Wo 4: frei.

4 Wo AZ-Summe 152 h, gegenüber 4 x 38,5h = 154h.

AG rechnete UAnspruch von 30 WerkT auf 192,5h (5 x 38,5h) um.

AZ-Minus von 2h/Turnus kann durch UKonsum eingebracht werden.

Gruppe von AN begehrt Feststellung, dass UAnspruch von 192,5h nicht gesetzlichem UAusmaß von 30 WerkT entspreche.

Entscheidung: Feststellungsbegehren stattgegeben.

Kommentar:

- Damit wird nicht die **rechnerische** Position der AN bestätigt (30 WerkT x 8 h = 240h ...).
- Frage der Zulässigkeit stundenweisen UKonsums nicht abschließend beantwortet. Falls überhaupt zulässig, jedenfalls Zustimmung des AN für zukünftige konkrete U erforderlich (§ 4 Abs 1 UrlG).
- Interessante E va wegen ihrer Aussagen zum Verhältnis kalendarischer UZeitraum – tatsächlicher Arbeitsentfall:

„Erholungszweck erfordert ... dass in den 30 als U konsumierten WerkT für den AN tatsächlich auch jenes Ausmaß an AZ (bei gleichzeitiger Fortzahlung des Entgelts) ausfällt, das einem durchschnittlichen AZVerlauf durch 5 ArbeitsWo hindurch entspricht ... Würden beispielsweise auf den UZeitraum überdurchschnittlich viele WerkT entfallen, an denen ... ohnedies keine Arbeitspflicht bestanden hätte, würde der **Erholungszweck leiden**, weil dann **keine Reduktion der Gesamtarbeitsmenge** in dem dem Erholungszweck entsprechenden Ausmaß, sondern **bloß eine Verschiebung** stattgefunden hätte.“

OGH verdeutlicht diesen Gedanken am Vergleich möglicher 5-Wo-Zeiträume:

1. Wo	2. Wo	3. Wo	4. Wo	5. Wo
freie Wo	6 AT	6 AT	7 AT	freie Wo

Kalendarisch ok, aber nicht hinsichtlich Freistellungsmaß (19 AT)

hingegen:

1. Wo	2. Wo	3. Wo	4. Wo	5. Wo
6 AT	6 AT	7 AT	freie Wo	6 AT

 (25 AT)

oder:

1. Wo	2. Wo	3. Wo	4. Wo	5. Wo
7 AT	freie Wo	6 AT	6AT	7 AT

 (26 AT)

Es ergeben sich „Werte zwischen 25 und 26 AT, welche wie bei AN mit regelmäßiger 5 T-Wo dem gesetzlichen UAusmaß von 30 WerkT entsprechen“.

Daher fehlt Notwendigkeit/Rechtsgrundlage für Umrechnung in Stunden.

- Damit ist klar: UAanspruch hat neben kalendarischem Freizeitraum und Entgeltfortzahlung **dritte**, aus dem Erholungszweck ableitbare, **Komponente**: Dienstfreistellung in dem Arbeitsdurchschnitt von 5 (6) Wo entsprechendem Ausmaß.

OGH 29.9.2009, 8 Ob A 23/09d

Sachverhalt: AltersTZ: 20h/Wo NormalAZ statt bisher 40h/Wo.

Laufzeit 5 Jahre: 2,5 Jahre 40h/Wo - 2,5 Jahre 0h/Wo.

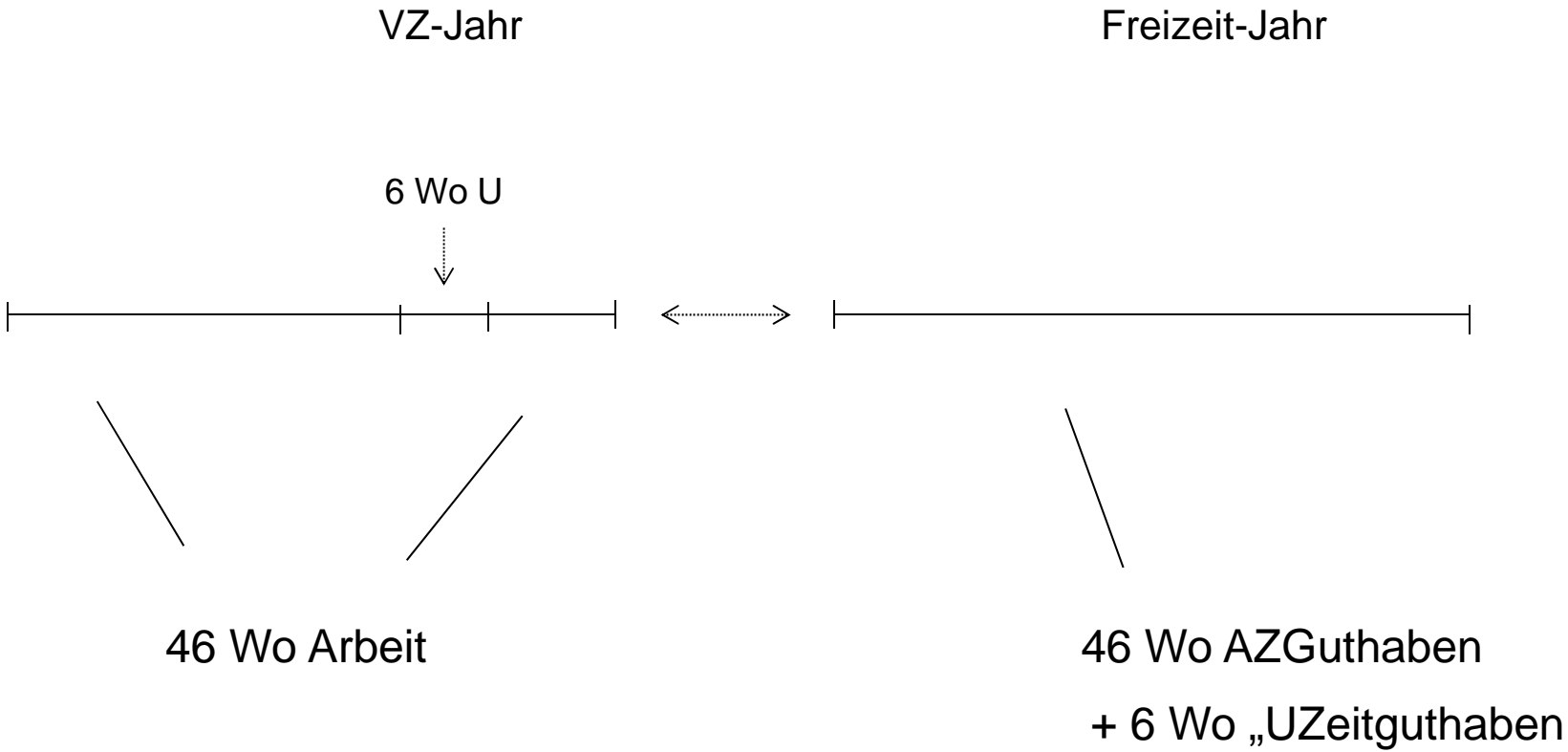
ANin fordert UEL für **in Freizeitphase entstandenen U.**

Entscheidung: Kein Anspruch auf UEL.

Zwar entsteht UAnspruch auch in der Freizeitphase.

Jedoch: So wie (VZ)Arbeit in der Arbeitsphase Zeitguthaben für Freizeitphase bewirkt, bewirkt (VZ)U „Urlaubszeitguthaben“ in der Freizeitphase. Durch deren Konsum wird UAnspruch der Freizeitphase verbraucht.

Ergibt sich aus ergänzender Vertragsauslegung (hypothetischer Wille redlicher Vertragsparteien).



Kommentar: *Feltens* (DRdA 2010, 502) substantielle dogmatische Kritik guter Ausgangspunkt für Auseinandersetzung mit dem Urteil:

Die 3 Kritikpunkte:

- Ukonsum in der Freizeitphase nicht möglich (§ 4 Abs 2 UrlG).

Dagegen: Freizeitphase keine Phase der „Entgeltfortzahlung“ – sondern umverteilte AZ: In beiden Phasen **Entgelt**, nicht EFZ (außer bei U etc).

Gedankenexperiment:

Phase 1

20 h

⋮

30 h

⋮

39 h

⋮

40h

Phase 2

20 h

⋮

10 h

⋮

1 h

⋮

0 h

Nicht zu bezweifeln, dass in beiden Phasen U konsumiert werden kann. Nicht anders bei:

- Kein „UZeitguthaben“, sondern „Ausfallsprinzip“: Lücke kann nicht entstehen.

Begriff: „Zeitguthaben“ tatsächlich irreführend. Noch einmal zu betonen:
Modell umverteilter AZ – mit voller Einhaltung des Ausfallprinzips:

Volle AZ entfällt bei U in Arbeitsphase, Ausfallprinzip gebietet dafür
VZEntgelt:

- eine Hälfte bei UKonsum in Arbeitsphase,
- andere Hälfte bei (fiktivem) UKonsum in Freizeitphase,

sonst die vom OGH richtig konstatierte Lücke.

- „Durchrechnung“ des U in Widerspruch zu UAnspruch für jedes Arbeitsjahr (§ 2 Abs 1 UrlG).

Dagegen: 2 U finden statt:

U in der Arbeitsphase:

Kalendarische Komponente und UEntgelt für **dieses** Jahr,
Freistellungskomponente für **beide** Jahre („Vorgriff“)

U in der Freizeitphase:

Kalendarische Komponente und UEntgelt für dieses Jahr;
Freistellungskomponente bereits in der Vorphase konsumiert!

Bei beliebiger Wahl des Konsumzeitpunkts für kalendarische Komponente in Freizeitphase wäre AN-Verweigerung einer U-Vereinbarung mit redlichem Parteienverhalten unvereinbar (und würde Lücke bewirken).

Ergebnis der Analyse: OGH-Urteil auch de lege lata begründet. Gesetzliche Korrektur nicht erforderlich.

Zum Verbrauch des Urlaubes

OGH 8.8.2007, 9 Ob A 51/07a

Sachverhalt: AN mit 173 (!) offenen UT. Vereinbarung über Abbau des „von Verjährung bedrohten U“ in den Jahren 2004 bis 2006.

26.4.2004 Aufforderung des AG zum Verbrauch des gesamten U ab 17.5.2004.
Antwort AN 7.5.: UVerbrauch aus familiären Gründen nicht möglich.

Entscheidung: Feststellungsbegehren auf aufrechten UAnspruch stattgegeben. UVereinbarung bedarf übereinstimmender Willenserklärungen über Beginn und Ende des U. UVereinbarung weder ausdrücklich noch konkludent. AG kann AN UVerbrauch und dessen zeitliche Lage nicht vorschreiben, AN nicht in den U „schicken“. Auch durch **Dienstfreistellung** kann AG Urlaub nicht einseitig erzwingen. Nichtabschluss der UVereinbarung durch AN steht **nur unter der „Sanktion“ der Verjährung.**

Kommentar:

AV nicht in der Beendigungsphase.

OGH: Für Recht des AG, einseitig zu bestimmen, dass und wann AN U antritt, fehlt jegliche Grundlage →

Schließt das auch **Klage auf Abschluss Uvereinbarung** für zumutbaren Zeitpunkt aus?

Etwa wegen Verschlechterung der Arbeitskraft bei mehrjährigem Nichtkonsum von U. (Gegenargument: Eingriff in höchstpersönliche Lebensgestaltung!)

Bei AN in Betrieben ohne BR **Klagsrecht d AN** jedenfalls zu bejahen.

In der Praxis viel relevanter: **Streit über Uvereinbarung in Beendigungsphase**. Dazu zunächst ein Blick zurück (vor ARÄG 2000!):

OGH 18.8.1995, 8 Ob A 282/95

Sachverhalt: Kündigung am 2.6.1993 zum 31.1.1994, Dienstfreistellung ab sofort. AN begehrt UEntschädigung für 25 AT aus laufendem UJahr und für 10,5 AT AltU.

Entscheidung: Bei Kündigungsfrist von mind 3 Monaten (§ 9 Abs 1 Z 4 UrlG aF) **ist Dienstfreistellung konkludentes Anbot** zu U nach Belieben des AN.

Zwar mangels Annahme keine Uvereinbarung, jedoch wegen Zumutbarkeit des UVerbrauchs: UAbfindung für den aktuellen U, keine Abfindung/Entschädigung für den AltU.

Dogmatische Begründung dafür deutlicher in

OGH 23.8.1995, 9 Ob A 140/95, und OGH 1.6.1987, 9 Ob A 159/87, nachzulesen:

U möglichst in natura zu verbrauchen (§ 4 Abs 1, § 7 UrlG).

§§ 9 und 10 UrlG als **Ausnahmeregelungen**: Auszahlung nur, weil wegen Beendigung kein volles UJahr mehr für Konsum zur Verfügung steht. § 9 Abs 1 Z 4 UrlG sollte AN zum noch möglichen Naturalverbrauch veranlassen.

Rtsfolge bei Nichtkonsum:

UAbfindung statt UEntschädigung im **aktuellen** Ujahr;

für AltU – Konsumobliegenheit § 9 Abs 1 Z 4 gilt auch für diesen – keine UEntschädigung, aber auch keine – mit Entschädigung bei vollem Jahr ohnehin betragsgleiche – UAbfindung (sonst Bevorzugung von UHortern – bräuchten trotz Zumutbarkeit Sanktion des § 9 Abs 1 Z 4 nicht fürchten).

Kommentar: Judikatur insgesamt nicht schlüssig, weil scheinbar allgemein gültige Argumentation **nur in Dienstfreistellungsfällen angewendet.**

Ohne Dienstfreistellung stets gegenteiliges Ergebnis! (ZB OGH 9.6.1993, 9 Ob A 101/93). Unter Bereicherungsaspekt jedenfalls zutreffend.

ARÄG 2000 mit Entfall von § 9 Abs 1 Z 4 veränderte Situation völlig:

OGH 16.12.2005, 9 Ob A 144/05z

Sachverhalt: Kündigung am 4.6.2004 zum 30.9.2004, Dienstfreistellung, U (103 UT) sei zu verbrauchen, ANin lehnt ab.

Davor längerer Krankenstand und Dienstfreistellung im Zuge eines Verfahrens zur Zustimmung zur Kündigung (begünstigte Behinderte).

Entscheidung: UEL für nicht verjährte 69 UT.

Konsequenzen, die OGH aus Entfall des alten § 9 zieht:

- Stütze für die Auslegungsregel, wonach Dienstfreistellung über 3 Monate UAnbot des AG enthalte, weggefallen. Daher stets konkret zu prüfen, ob Dienstfreistellung = konkludentes Anbot.
- Nichtabschluss einer Uvereinbarung durch AN nur mehr unter Sanktion der Verjährung nach § 4 Abs 5 – keine Obliegenheit der AN mehr, U in längerer Kündigungsfrist zu verbrauchen.
- Nur aus zwei Gründen kann UEL bei Dienstfreistellung ausnahmsweise entfallen:

- **Verletzung der Treuepflicht**

(insbes: Ablehnung Dienstfreistellung, dann aber Verwendung der Freizeit „hinter dem Rücken des AG“ für UZwecke

- **Rechtsmissbrauch**

a) Schädigungsabsicht überwiegender Grund der Rechtsausübung

b) Krasses Missverhältnis zwischen eigenen und beeinträchtigten Interessen des anderen:

- **Gesamtschau:** Dauer Kündigungsfrist, Anzahl UT, Erholungsmöglichkeit, Verhalten AN, UVerhalten in der Vergangenheit, ...
- Zumutbare Jahreszeit und Verhältnis Kündigungsfrist – Anzahl UT alleine **nicht ausschlaggebend**
- Strenge Beweisverteilung: selbst **bei geringen Zweifeln** Rechtsmissbrauch **nicht** anzunehmen

Ergebnis:

Im konkreten Fall kein Rechtsmissbrauch, insbes lange Phase der Dienstfreistellung **vor** (erst durch Ausgang Zustimmungsverfahren) manifester **Kündigung** irrelevant!

Demgegenüber je ein Fall mit konstaterter Treuwidrigkeit bzw Rechtsmissbrauch:

OGH 5.6.2001, 9 Ob A 113/02m

Sachverhalt: AG-Kündigung 9.5.1996 zum 30.6.1996, Dienstfreistellung, Aufforderung zum UKonsum. Krankschreibung ab 13.5.1996, mehrtägige UReise mit Gattin mit vielstündiger Auto-Hin- und Rückfahrt. AN musste Ende der Arbeitsunfähigkeit bekannt sein. Detektivbericht, fristlose Entlassung.

Entscheidung: Treuepflicht hätte bei Dienstfreistellung samt UAnbot AN verpflichtet, AG von der beabsichtigten Verwendung für Zwecke, die während aufrechtem AV nicht anders als durch Inanspruchnahme von U rechtmäßig verwirklicht werden können, zu informieren (und Krankenstand zu beenden). → Hätte AG in Lage versetzt, UVerbrauch bei Bemessung UE zu berücksichtigen. Vertrauensunwürdigkeit – Entlassung gerechtfertigt.

OGH 30.7.2009, 8 Ob A 81/08g

Sachverhalt: Auf 5 Jahre **befristetes** AV eines von drei Geschäftsführern ab 1.1.2001. Dienstfreistellung ab 17.7.2001 und Beginn von Verhandlungen über vorzeitige Auflösung (Eigentümerwechsel). Ab Oktober 2002 mehrere Aufforderungen zum UVerbrauch. Darmkrebs der Gattin von Beginn AV bis Anfang 2003. Allein und gemeinsam Freizeitaktivitäten. Ende AV durch Fristablauf. Strittig UEL für (nicht verjährten) U 2003 – 2005.

Entscheidung: Gesamtbetrachtung ergibt Rechtsmissbrauch

- Anbot lag vor.
- Rechtsmissbrauch iSv **Schädigungsabsicht** wird regelmäßig **zu verneinen** sein (UEL – im Interesse des AN). Daher Interessenabwägung (auf Basis Wertungen des UrlG): nur bei „völlig eindeutigem, **krassen Überwiegen der benachteiligten AG-Interessen**“ RtsMissbrauch

- Weigerung UVerbrauch bei „**unterjähriger**“ Dienstfreistellung **kein Rechtsmissbrauch** (UKonsum „bis zuletzt“ vorgesehen).
Hier Freistellung mit 4,5 J jedoch „Vielfaches“ des U.
- **Unwiderruflichkeit** der Freistellung wesentliches Kriterium
- **Gestaltungsmöglichkeit zu Erholungszwecken** „ohne Einschränkung durch Krankheit oder familiäre Hintergründe“ – hier zwar schon Erkrankung Gattin, jedoch Betreuungsmöglichkeit in Ausmaß, für das sonst UKonsum erforderlich; später gemeinsame Freizeitaktivitäten Indiz für UMöglichkeit

Urlaub bei Wechsel von Vollzeit zu Teilzeit und umgekehrt

OGH 4.5.2005, 8 Ob S 4/05d

Sachverhalt: AltersTZ: 50 % AZ, 75 % Entgelt. Anspruch auf UEL teils aus U vor Beginn der AltersTZ, also aus Vollbeschäftigung. Klägerin verlangt Berechnung dieser „Alt“-UEL auf Basis der damaligen Vollzeit.

Entscheidung: Klagsabweisung. Maßgeblicher Zeitpunkt für Bemessung UEL ist Ende AV (einschließlich des dann geltenden AZ-Ausmaßes).

Anmerkung: Entspricht der langjährigen Rechtspraxis – U als „Naturalanspruch“ in Wo – UEntgelt nach dem Ausfallprinzip zum jeweiligen Verbrauchszeitpunkt.

EuGH 22.4.2010, Rs C-486/08 ZBR der LKH Tirols

Sachverhalt: § 55 Abs 5 (Tiroler) L-VBG: Nicht verbrauchter U bei Änderung Beschäftigungsausmaß an das neue Ausmaß aliquot anzupassen.

(§ 55 Abs 1 L-VBG: UAusmaß bei VZ: 200 Dienststunden)

AN: Begehren auf Feststellung der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der aliquoten Anpassung bei Reduktion der AZ.

Entscheidung: Anspruch auf JahresU, den AN in der Zeit der Vollbeschäftigung erworben hat, darf nicht gemindert werden ... wenn AN tatsächlich nicht mehr Möglichkeit hatte, Anspruch auszuüben.

Einschlägiges Unionsrecht, insbes § 4 Nr 2 RV über TZA steht nationaler Bestimmung entgegen, nach der aus Vollzeitbeschäftigung stammender

- Anspruch auf bezahlten JahresU reduziert wird oder
- AN diesen U nur mehr mit geringerem UEntgelt verbrauchen kann.

Kommentar:

- Bsp zur Veranschaulichung

VZ 5 AT/Wo à 8h (40h/Wo) /



URest 2 Wo, also 10 AT, insgesamt 80h(-Löhne)

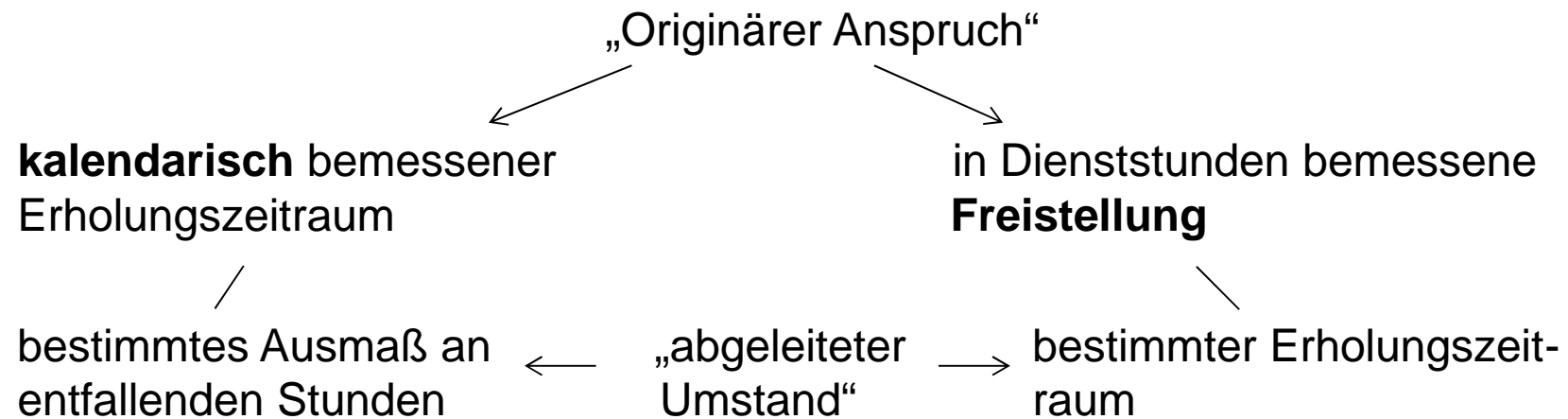
TZA 1 3 AT/Wo: 8h, 8h, 4h (20h/Wo)

Bisherige Praxis, jetzt verpönt durch EuGH: RestU 6 AT →
UKürzung (um 40h)

TZA 2 5 AT/Wo à 4h (20h/W)

Bisherige Praxis, jetzt verpönt: RestU 10 AT, UEntgelt 40h-Löhne
→ Entgeltkürzung

- Erklärungsversuch *Balla* (DRdA 2011, 198)
Zwei Urlaubsbegriffe:



OGH 24.10.2012, 8 Ob A 35/12y

Sachverhalt: Serviererin knappes Jahr gesamt beschäftigt:
7 Wo Teilzeit mit 2 T/Wo, danach 5 T/Wo Vollzeit.

Strittiges Ausmaß UEL bei Berücksichtigung von 16 konsumierten UT.

Entscheidung: Wird Änderung Anzahl AT/Wo vereinbart und besteht bei Beginn dieser Phase unverbrauchtes UGuthaben aus der vorangegangenen Periode, ist dieses so anzupassen, dass Ausmaß NaturalU von insgesamt 5 (bzw 6) Wo nicht verringert wird. Die neue TAnzahl muss dem selben UAusmaß in Wo entsprechen wie Guthaben vor Umstellung.

Mangels Feststellung, ob und wieviel der 16 verbrauchten UT in TZ-Phase konsumiert, unterscheidet OGH

a) **Kein Konsum in TZ-Phase:**

Ursprünglicher Gesamtanspruch von 10 UT
(5 x 2 T/Wo) wird auf 25 UT aufgewertet – abzüglich 16 in VZPhase konsumierte UT → UEL aus 9 AT RestU.

b) **Konsum von zB 1 UT in TZ-Phase:**

Zunächst Aufwertung des UAnspruchs wie in a), dann rechne:
1 verbrauchter UT x 2,5 → 2,5 UT gelten als verbraucht.
Daher 25 UT – 2,5 UT – 15 UT (verbraucht in VZ-Phase) →
UEL basierend auf 7,5 offenen UT.

- OGH geht in Begründung auf EuGH C-486/08 ein, folgt *Balla*: Unterscheidung zwischen **kalendarischem UBegriff** und **am Freistellungs- ausmaß orientiertem UBegriff** „fundamental“. Nur in letzterem ist „stehengelassener UAnspruch bereits im Zeitpunkt seines Erwerbs in seiner Höhe durch das Beschäftigungsausmaß in Stunden determiniert“.
- In beiden Systemvarianten darf während TZ-Periode erworbener UAnspruch, dessen Ausübung nicht möglich war, durch den AZWechsel nicht reduziert werden. (Dh: **In Wo ausgedrückte Freizeitphase nicht kürzbar.**)

EuGH 13.6.2013, C-415/12 (Brandes)

Sachverhalt: ANin konnte U aus 2010 und 2011 (VZPhase) wegen Beschäftigungsverbot, Mutterschutz, Karenz („Elternzeit“) nur teilweise nehmen. Gemäß deutschem UrlG iVm Tarifvertrag (kalendarischer Urlaubsbegriff) iZm BAG-E 28.4.1998 kürzte AG UT im Verhältnis AT/Wo in der VZ : AT/Wo in der TZ, so dass sich **an UDauer in Wo nichts ändert.**

Entscheidung (Beschluss wegen unmittelbarer Beantwortbarkeit aus bisheriger RSp): So wie in C-486/08 darf Verringerung der AZ nicht mit nachträglichem Teilverlust bereits erworbenen UAnspruchs einhergehen. Dass U – in UWo ausgedrückt – ungekürzt bleibt, genügt nicht:

Damit würden UT („Ruhephase, die dem Zeitabschnitt eines tatsächlich genommenen U entspricht“) und bloß wegen AZ-Verteilung freie T („normale berufliche Inaktivität“) verwechselt.

UBegriff, der **nur** auf kalendarische Komponente abstellt, damit EU-rtswidrig.

Kommentar zu den 3 Entscheidungen:

- UAnspruch enthält damit folgende notwendige Komponenten:
 - **Kalendarische Freizeitphase** von 5 (6) Wo
(ständige RSp OGH; unmittelbar ableitbar aus § 1 Abs 1 UrlG)
 - **Freistellungsausmaß**, das dem bei UErwerb geltenden AZausmaß entspricht
(EuGH; OGH 9 Ob A 221/02v: „Erholungszweck erfordert ..., dass in den 30 als U konsumierten WerkT für den AN tatsächlich auch jenes Ausmaß an AZ (bei gleichzeitiger Fortzahlung des Entgelts) ausfällt, das einem durchschnittlichen AZ-Verlauf durch 5 AWo hindurch entspricht“).

- Dh entgegen *Balla*: Freistellungsanspruch nicht nur „abgeleiteter Umstand“, sondern beide Elemente (plus UEntgelt!) konstitutiv
- Ohne das Element AZ-Wechsel entsprach das schon bisheriger österr Judikatur.

Neues Element von Seiten EuGH: Werthaltigkeit der Freistellungskomponente **bei Wechsel VZ – TZ.**

Schlussfolgerungen für die praktische Anwendung

Konstellation A: U-Rest aus früherem VZ-Jahr

Bsp: RestU von 2 UWo à 5 AT (8h): 10 AT

a) Wechsel zu TZ mit 2 AT (8h)/Wo: 5 Wo U mit je 2 UT, Entgelt/AT unverändert.

b) Wechsel zu TZ mit 5 AT à 4h/Wo: 4 Wo U mit je 5 UT

Konstellation B: Wechsel im laufenden UJahr

Bsp a) Erste 2 Monate des UJahres VZ (5 AT/Wo) – kein UVerbrauch,
restliche 10 Monate TZ (2 AT/Wo)
Bei wörtlicher Übernahme EuGH-Jud → 12,5 UWo (= 25 AT)!

Bsp b) Erste 2 Monate TZ (2 AT/Wo) – in dieser Phase vollständiger
Verbrauch des JahresU;
in restlichen 10 Monaten VZ (5 AT/Wo).
Nimmt man EuGH beim Wort → trotz fast ganzjähriger VZ
mit bloß 10 UT JahresU vollständig konsumiert!

→ Ergebnisse unsachlich, bei korrekter Auslegung auch nicht erforderlich:
U-Komponente „Freistellungsmaß“ resultiert aus Zweck der Erholung von
der tatsächlich (im Durchschnitt UJahr) geleisteten Arbeitsmenge. Bei Anzahl
freizustellender AT daher **auf Schnitt des UJahres** und nicht zufälligen
Zeitpunkt der UAnspruchsentstehung abzustellen!

Daher ist – neben Sicherstellung kalendarischer Komponente (5/6 Wo) –
Freistellungsausmaß in gemischten UJahren (VZ – TZ; TZ – VZ) aliquot zu
errechnen:

$$\text{Bsp a) } \frac{5 \text{ UT} \cdot 5 \text{ W}}{12} \cdot 2 + \frac{2 \text{ UT} \cdot 5 \text{ W}}{12} \cdot 10 = \frac{50}{12} + \frac{100}{12} = \frac{150}{12} = 12,5 \text{ UT} \rightarrow 13 \text{ UT.}$$

(die nun in Bsp a) in der TZPhase zu verbrauchen sind)

$$\text{Bsp b) } \frac{2 \text{ UT} \cdot 5 \text{ W}}{12} \cdot 2 + \frac{5 \text{ UT} \cdot 5 \text{ W}}{12} \cdot 10 = \frac{20}{12} + \frac{250}{12} = \frac{270}{12} = 22,5 \text{ UT} \rightarrow 23 \text{ UT.}$$

Dh in Bsp b) zusätzlich zu den 10 schon in TZ-Phase verbrauchten UT
weitere 13 UT in VZ-Phase.

5 Wo Freizeitphase in beiden Fällen gesichert.

- **Konstellation C: VZ-AN hat UReste aus früherem TZ-Jahr**

Bsp: Urlaubsrest 1 Wo à 2 T → Aufwertung auf 1 Wo à 5 T
(OGH 8 Ob A 35/12y: klarer kalendarischer Anspruch aus § 2 Abs 1 UrlG).
Ausfallprinzip (§ 6 UrlG) verbietet Entgeltkürzung.

- Betrachtung von Konstellation A und Konstellation C zeigt:

Verdikt der EuGH-Judikatur gegen bloße Anwendung der kalendarischen Komponente **bei AZ-Wechsel** durch bisherige österr Rtspraxis **hat Asymmetrie hergestellt:**

Bsp für jeweils 1 RestUWo aus der vorangegangenen AZ-Periode

TZ-URest		Konsum in der VZ
Tageweise TZ 1 W à 2 T (16h)	→	1 W à 5 T (40h)
HalbtagsTZ 1 W à 5 T à 4h (20h)	→	1 W à 5 T (40h)

(Erhalt der kalendarischen Komponente)

VZ-Urest		Konsum in der TZ
1 W à 5 T (40h)	→	Tageweise TZ 2,5 W à 2 T (40h)
1 W à 5 T (40h)	→	HalbtagsTZ 2 W à 5 T à 4h (40h)

(Erhalt der Freistellungs-Komponente)

- **Gesetzgeber** könnte die alte Interessensymmetrie wieder herstellen.
- De lege lata ist unterschiedliche Gewichtung AG-/AN-Interesse **im Grundsatz** festgeschrieben (Kombination aus zwingendem kalendarischem Anspruch gem § 2 Abs 1 UrlG und Werthaltigkeit des Freistellungsanspruchs gem EuGH). **Im Detail** jedoch **Korrekturfaktoren**:
- Gebotene **Aliquotierung** des Freistellungsmaßes **im aktuellen UJahr** (nicht: des kalendarischen Anspruchs, diesbezüglich gilt 8 Ob A 35/12y!) → Ausgewogenheit im laufenden Jahr; Asymmetrie damit nur für AltU.
- Interessens-Asymmetrie für **AltU** durch EuGH-Bedingung „**wenn AN nicht Möglichkeit hatte, Anspruch auszuüben**“ relativierbar:

- Auslegung von „möglich“:
 - Betrachtung nicht ex post (Frau Brandes hätte wohl vor Beschäftigungsverbot noch VollzeitU verbrauchen können), sondern ex ante: Kann ab Absehbarkeit TZ-Beschäftigung U noch verbraucht werden?
 - Bei vereinbarter TZ kann AG Vereinbarung ohnehin von vorherigem Verbrauch AltU abhängig machen. Bei Bekanntgabe Schwangerschaft in Hinblick auf mögliche ElternTZ ist AG Aufforderung zu UVerbrauch noch vor Schutzfrist zu empfehlen.

- Allfällige Ablehnung durch AN in Hinblick auf Zwecke des U zu prüfen.
Recycling der alten Mindestfrist von 3 Monaten für Beurteilung

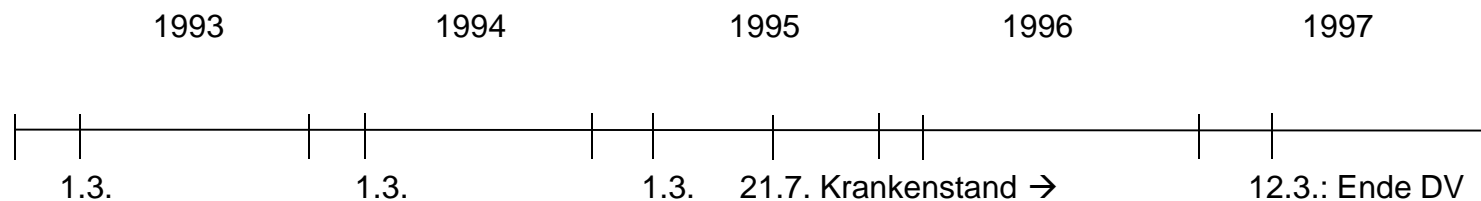
- **Ist Konsum in diesem Sinne möglich** (ex ante Betrachtung eines Mindestzeitraums von 3 Monaten, keine Hindernisse – wie Krankheit, fehlende Erholungsmöglichkeit – für Erfüllung der UZwecke), und verweigert AN Uvereinbarung
 - **Sanktion: Wegfall der Aufwertung Freistellungsmaß – bei Beibehaltung des kalendarischen Anspruchs**

- **Dogmatische Basis?** (EuGH bleibt Begründung schuldig) In Treuepflicht wurzelnde Interessenwahrungspflicht

Zur Verjährung des Urlaubsanspruchs

OGH 27.1.2000, 8 Ob S 178/99f

Sachverhalt: AN ab 21.7.1995 im Krankenstand,
Ende AV (durch ANKündigung zwecks Antritt der BUPension) 12.3.1997.
UJahr beginnt jeweils 1.3. IAF lehnt UEL für 1993/94, 1994/95 wegen
Verjährung ab.



Entscheidung:

- Aus § 4 Abs 5 zweiter Satz UrlG (Hemmung Verjährung nach 10 Monaten Karenz) kein Umkehrschluss, dass dies einziger Hemmungsfall.

- Wo nicht Spezialregeln UrlG greifen, gilt allgemeines Verjährungsrecht nach ABGB:
 - UEL: 3jährige Verjährung der UEL nach § 1486 Z 5 ABGB;
 - U: Hemmung der Verjährung nach §§ 1494ff ABGB.

- Verjährung seit Beginn Krankenstand wegen „Unmöglichkeit der Geltendmachung des UAnspruchs“ gehemmt
→ damit auch U 1993/94 weiter offen.

OGH 5.9.2001, 9 Ob A 77/01s

Sachverhalt: Begünstigt behinderter AN, beschäftigt von 1.1.1991 bis 5.3.1998. Dienstfreistellung ab 3.2.1995; fristlose Entlassung 6.6.1995. AN führt Feststellungsprozess über aufrechtes AV, obsiegt mit BerufungsE 9.7.1996. Danach Verfahren zur Zustimmung zur Kündigung – letztere wirksam (s.o.) 5.3.1998. Mehrere kurze Krankenstände 1995, 1996, 1998, ein Krankenstand von 6 Monaten (2. Jahreshälfte 1995); keiner der Krankenstände zum Jahreswechsel. Kein UKonsum seit 1993. Strittig: UEL für U 1994, 1995.



Entscheidung: U 1994, 1995 verjährt. Krankenstände nicht (ausreichend) relevant für erfolgreiche Hemmung. Prozessführung ebenfalls bedeutungslos.

Kommentar zu beiden Entscheidungen

(vgl auch die zu letzterer E sehr ähnliche E OGH 9 Ob A 39/07m)

- Grundsatz, dass neben der rein urlaubsrechtlichen, nur Teilaspekte abdeckenden lex specialis (§ 4 Abs 5 UrlG) **ABGB gilt**, zutreffend.

Einige Fragen jedoch offen:

- **Ablaufhemmung oder Fortlaufhemmung?**

ABGB kennt mehrere Modelle:

- Fortlaufhemmung, wenn Fristbeginn und HemmungsTB zusammenfallen, plus Ablaufhemmung mit 2 Jahren Frist nach Wegfall HemmungsTB: Geschäftsunfähigkeit Schuldner (§ 1494 ABGB)
- Fortlaufhemmung: zwischen Ehepartnern, Eltern und Kindern usw (§ 1495 ABGB)
- Fortlaufhemmung: gänzlicher Stillstand der Rtspflege in Krieg-/Pestzeiten ... (§ 1496 ABGB)

→ Welche Analogie passt am besten zu: Krankheit verhindert Ukonsum?
Geschäftsunfähigkeit, Ehe, Pest, ...

Antwort: Keine

Analogie zum TB (weil in UrlG offenbar zu eng geregelt): **ABGB** (Gedanke der Unmöglichkeit der Geltendmachung)

Analogie zur Rtsfolge (weil im UrlG zum U passend geregelt): UrlG → einfache Fortlaufhemmung wie in § 4 Abs 5 zweiter Satz UrlG
(Lücke im UrlG besteht nicht hinsichtlich der Rechtsfolge, sondern im TB.)

Gegenprobe **Ablaufshemmung**

Zufälliger Zusammenfall Fristablauf und HemmungstB kein sachgerechtes Unterscheidungskriterium. Bsp: 5 UWo offen, Dauerkrankenstand im Jahr vor Fristende, 2 Wo vor diesem Ende Arbeitsfähigkeit hergestellt. Keine Ablaufhemmung. UKonsum vor Fristende aber unmöglich...

OGH: Keine ausdrückliche Festlegung, jedoch klare Hinweise auf Fortlaufhemmung („...war der Kläger durch mehrere Krankenstände zeitweise daran gehindert, seinen offenen U zu verbrauchen; dem stehen allerdings krankensandsfreie Zeiträume gegenüber...“)

- **Ins UJahr fallende Hemmungsgründe irrelevant?**

OGH geht von Beginn (damit Hemmbarkeit) Verjährungsfrist erst nach Ende UJahr aus; deshalb auch lange Krankenstände im UJahr unbeachtlich.

Nicht zutreffend: Verjährungsfrist beginnt mit Fälligkeit des Anspruchs (also nach dem ersten UJahr jeweils mit Jahresbeginn).

Auch sachgerecht: AN hat 3 Jahre Zeit für UVerbrauch; nicht ersichtlich, warum Unmöglichkeit Verbrauch im ersten Jahr unbeachtlich

- **Prozessführung** des AN gegen Beendigung irrelevant?

Reissner (DRdA 2009, 33) zu Recht: Klagsführung bewirkt **Unterbrechung** der Verjährung gem § 1497 Satz 1 ABGB.

Mit Klage auf Feststellung aufrechten AV macht AN Grundvoraussetzung für UAnspruch geltend (die von AG durch Entlassung und Gegenstandspunkt im Prozess bestritten wird). Damit ist auch UAnspruch gegenüber dem sich auf Verjährung Berufenden geltend gemacht.

OGH 17.2.2005, 8 Ob S 5/05a

Sachverhalt: AN konnte wegen von ihm betreuter Auslandsprojekte über Jahre hinweg kaum auf U gehen.

Entscheidung: Anders als bei Krankenständen keine Hemmung der Verjährung gem § 4 Abs 5 UrlG „für den Fall der betrieblichen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit dem UVerbrauch“.

Kommentar: Dass hier kein Analogiefall zur Verjährungshemmung wegen **Unmöglichkeit** der Geltendmachung (ABGB) vorliegt, ist korrekt.

Verdeutlicht, dass AN auch in betriebsratslosem Betrieb Klagsmöglichkeit auf Abschluss Uvereinbarung zustehen muss.