

Arbeits- und Sozialrecht, Neuerungen

Falsche Abgaswerte
Irreführung, Folgen daraus

Vermögensverfall
Rang Fiskus – Drittgläubiger

Amtshaftung
infolge Bescheidebekämpfung

Novelliert
EUBagatell- und EUMahnVO

Unternehmenskauf
Wissenszurechnung

Gruppeneinkommen
Erfassung inländischer Einkünfte

Wenn das Wörtchen „wenn“ nicht wär . . .

Aktuelle Rechtsprechung zur Frage des Entlassungszeitpunkts bei Klage nach § 4 Abs 4 UrlG.

MICHAEL LEITNER

Grundsätzlich bedarf der Verbrauch von Erholungsurlaub einer Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber (§ 4 Abs 1 UrlG).¹⁾ Gem § 4 Abs 4 UrlG kann der Arbeitnehmer, wenn er mindestens zwölf Werktage Urlaub konsumieren will und dies dem Arbeitgeber mindestens drei Monate vorher bekanntgegeben hat, im Falle, dass keine Einigung zu Stande kommt, den Urlaub zu dem von ihm vorgeschlagenen Zeitpunkt antreten. Der Arbeitgeber kann dem entgegenwirken, indem er während einer Zeitspanne von acht bis sechs Wochen vor dem geplanten Urlaub des Arbeitnehmers wegen des Zeit-

punkts des Urlaubsantritts eine Feststellungsklage beim Arbeits- und Sozialgericht einbringt. Der Arbeitgeber muss dabei Gründe vorbringen und auch beweisen, die dem vom Arbeitnehmer vorgeschlagene

Dr. *Michael Leitner* ist Rechtsanwalt in der auf Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei „GERLACH Rechtsanwälte“ sowie Fachbuchautor und war am Verfahren beteiligt.

- 1) Bundesgesetz vom 7. 7. 1976 betreffend die Vereinheitlichung des Urlaubsrechts und die Einführung einer Pflegefreistellung BGBl 1976/390 idF BGBl I 2013/3.

nen Zeitpunkt entgegenstehen.²⁾ Das Gericht hat iSd § 4 Abs 1 UrlG eine Interessenabwägung zwischen den „Erfordernissen des Betriebs“ und den „Erholungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers“ durchzuführen und sodann der Klage stattzugeben oder diese abzuweisen.

Nun kommt es in der Praxis vor, dass der Arbeitgeber zwar Klage erhebt, binnen acht bis sechs Wochen jedoch noch kein (und schon gar kein rechtskräftiges) Urteil vorliegt und daher zum geplanten Urlaubsantritt des Arbeitnehmers (noch) nicht festgestellt ist, ob der Arbeitnehmer berechtigt (Klagsabweisung) oder nicht berechtigt (Klagsstattgebung) ist, den Urlaub nach seinem Vorschlag anzutreten.

Der Arbeitnehmer befindet sich dann in einem Dilemma: Tritt er nämlich noch vor Entscheidung des Gerichts den Urlaub zu dem von ihm vorgeschlagenen Zeitpunkt an, riskiert er nach wohl verbreiteter Meinung³⁾ eine Entlassung, die damit begründet wird, dass der Arbeitnehmer dann unberechtigt und eigenmächtig vom Dienst fernbleibt und somit gegen seine Arbeitspflicht verstößt.

Fraglich war bis jetzt, wann der Arbeitgeber die Entlassung auszusprechen hat, um sich nicht der Gefahr hinzugeben, die Entlassung verspätet ausgesprochen und so den Entlassungsgrund verwirkt zu haben.

Aus der Literatur (die sich auf eine E⁴⁾ des OGH aus dem Jahr 1979 bezieht, welcher wiederum auf die Materialien⁵⁾ abstellt) kann dazu bisweilen abgeleitet werden, dass die Entlassung noch rechtzeitig ist, wenn sie nach „ungünstigen Prozessausgang“ (wobei offenbleibt, ob damit der Ausgang der ersten oder der letzten Instanz gemeint war) für den Arbeitnehmer ausgesprochen wird.⁶⁾ Die Entlassung sollte dann noch rechtzeitig sein, wenn die Interessenabwägung des Gerichts (Welches? Das ErstG oder die bestätigende Instanz?) zu Ungunsten des Arbeitnehmers ausfällt.⁷⁾ Das „wenn“ wurde bis dato in erster Linie zeitlich, also wenn ein negatives Urteil für den Arbeitnehmer vorliegt, verstanden.

In einer aktuellen E⁸⁾ hat sich der OGH der Frage der Rechtzeitigkeit der Entlassung angenommen und ist zusammenfassend nunmehr zum Ergebnis gekommen, dass die Entlassung im zeitlichen Zusammenhang mit dem einseitigen Urlaubsantritt des Arbeitnehmers auszusprechen ist. Widrigenfalls könnte die Gefahr bestehen, dass die Entlassung verspätet ausgesprochen wurde. Der OGH begründet seine E wie folgt:

Zunächst führt der OGH unter Bezugnahme auf die allgemeinen Grundsätze des Entlassungsrechts aus, dass eine Entlassung nur dann gerechtfertigt ist, wenn dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unzumutbar ist.⁹⁾ Neben der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung bestätigt der OGH erneut die herrschende Meinung,¹⁰⁾ wonach die Entlassung auch unverzüglich auszusprechen ist, da ansonsten das Entlassungsrecht verwirkt wird. Wird die Entlassung nicht unverzüglich ausgesprochen, ist davon auszugehen, dass die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers doch zumutbar war, der Entlassungsgrund vom Arbeitgeber also nicht als so schwerwiegend angesehen wird. Außerdem soll auch

der Arbeitnehmer zeitnah wissen, ob sein Verhalten eine Entlassung zur Konsequenz hat.

Der OGH verkennt nicht, dass dem Arbeitgeber aber auch eine gewisse Zeit zugebilligt werden muss, um den genauen Sachverhalt zu eruieren und eine Klarstellung darüber zu erlangen. Dies sieht der OGH in erster Linie dann, wenn gegen den Arbeitnehmer eine strafbare Handlung im Raum steht und eine Behörde die Klarstellung des Sachverhalts eruiert.¹¹⁾ Im Zusammenhang mit § 4 UrlG ist aber auf das eingangs geschilderte Verfahren Bedacht zu nehmen.

Was die Gefahr der Entlassung betrifft, verweist der OGH einerseits auf die zuvor erwähnte Literatur und auf die Materialien, in denen bereits ausgeführt wird – so der OGH weiter –, dass dann, wenn „*der Arbeitgeber die Klage innerhalb des vom Gesetz vorgeschriebenen Zeitraumes ein[bringt], (...) der Arbeitnehmer, der trotz fristgerechter Klagsführung den Urlaub eigenmächtig antritt, alle arbeitsrechtlichen Konsequenzen (einschließlich der Gefahr der fristlosen Entlassung) zu tragen hat, wenn der Rechtsstreit zu seinen Ungunsten endet. Dies selbst dann, wenn die Entscheidung des Arbeitsgerichtes erst nach Urlaubsantritt ergeht.*“ Er hält fest, dass in § 4 Abs 4 UrlG eine Risikoverteilung normiert ist. Denn der Arbeitnehmer tritt den Urlaub auf eigenes Risiko an, wenn der Arbeitgeber eine entsprechende Klage einbringt und somit zu erkennen gibt, dass er mit dem Urlaubsantritt nicht einverstanden ist.

Diese Risikoverteilung berechtigt den Arbeitgeber aber nicht, vor dem Ausspruch der Entlassung den Ausgang des Prozesses abzuwarten. Der OGH sieht das „wenn“ in den Formulierungen der Materialien („wenn der Rechtsstreit zu seinen Ungunsten endet“) als Bedingung der Rechtsfolgen, iS von „falls“ an und verneint die Absicht des Gesetzgebers, dass damit „*auch der Unverzüglichkeitsgrundsatz aufgegeben werden sollte*“.

Es ist daher auch bei einer Entlassung in Verbindung mit einem Verfahren nach § 4 Abs 4 UrlG neben der Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung auch die Rechtzeitigkeit des Ausspruchs der Entlassung zu prüfen.

Die Anwendbarkeit der Judikaturlinie, wonach insb bei strafrechtlich relevanten Sachverhalten zunächst die Klarstellung durch die hierfür berufene Behörde abgewartet werden kann, sieht der OGH deshalb als nicht gegeben an, da in Konstellationen iZm § 4 Abs 4 UrlG der Sachverhalt (Fernbleiben

2) ZB OGH 11. 9. 1979, 4 Ob 66/79.

3) *Reissner* in ZellKomm² § 4 UrlG Rz 44; *Cerny*, Urlaubsrecht¹⁰ § 4 Erl 25.

4) OGH 11. 9. 1979, 4 Ob 66/79.

5) AB 276 BlgNR 14. GP 3.

6) *Reissner* in ZellKomm² § 4 UrlG Rz 44.

7) *Cerny*, Urlaubsrecht¹⁰ § 4 Erl 25.

8) OGH 28. 10. 2015, 9 ObA 79/15 f, in diesem Heft S 242.

9) Vgl idZ bereits OGH 24. 5. 1989, 9 ObA 141/89.

10) Siehe dazu zB bei *Friedrich*, Grundfragen des Entlassungsrechts – Wesen des wichtigen Grundes und unverzügliche Geltendmachung, ASoK 2008, 453 mwN.

11) OGH 6. 9. 1977, 4 Ob 93/77.

des Arbeitnehmers vom Dienst infolge Urlaubsantritts) regelmäßig klar ist.

Das Risiko des Arbeitgebers liegt laut OGH in der Einschätzung, ob „eine Entlassung, die erst nach Abschluss des gerichtlichen Verfahrens ausgesprochen wird, noch dem Unverzögerlichkeitsgrundsatz entspricht.“

In dem der gegenständlichen E zu Grunde liegenden Fall wurde der Arbeitnehmer nach dem einseitigen Urlaubsantritt noch für weitere 15 Monate beschäftigt, ohne auch nur vom Dienst freigestellt worden zu sein. Daraus schließt der OGH, dass der einseitige Urlaubsantritt „ein zeitlich abgeschlossenes Ereignis bildet, das keine Auswirkungen auf die weiteren Dienstverrichtungen hatte“. Außerdem hält er fest, dass die Klagsführung des Arbeitgebers nicht zwangsläufig mit dem Interesse der Entlassung des Arbeitnehmers im Zusammenhang steht. Es könnte zB auch sein, dass der Arbeitgeber bloß die Aufrechterhaltung der disziplinären Ordnung verfolgen will.

Die Ungewissheit des Prozessausgangs rechtfertigt das Zuwarten mit dem Entlassungsausspruch nicht. Wieso es dem Arbeitgeber aufgrund der langen Beschäftigung von über 15 Monaten nicht zumutbar war, den Arbeitnehmer auch nach der für den Arbeitnehmer negativen Entscheidung weiter zu beschäftigen, kann der OGH nicht nachvollziehen. Er sah den Ausspruch der Entlassung daher als verspätet an.

Die Frage, ob der Arbeitgeber die Entlassung so gleich (also am ersten Tag des einseitigen Urlaubsantritts) auszusprechen hat, hat der OGH nicht beurteilt. Meines Erachtens muss hier auf die allgemeine Judikatur zur Frage der Unterlassung der Dienstleistung für „erhebliche Zeit“ abgestellt werden,¹²⁾ sodass in letzter Konsequenz die Umstände des Einzelfalls¹³⁾ zu berücksichtigen sein werden und zu eruieren ist, wann eine „erhebliche Zeit“ vorliegt.

12) Friedrich in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 27 Rz 286 ff mwN.

13) OGH 18. 12. 2002, 9 ObA 249/02 m.

SCHLUSSSTRICH

Wenn ein Arbeitnehmer trotz Klage des Arbeitgebers gem § 4 Abs 4 UrlG den Urlaub zu dem von ihm vorgeschlagenen Zeitpunkt antritt und der Arbeitgeber den Arbeitnehmer daraufhin entlassen will, empfiehlt es sich, dass der Arbeitgeber die Entlassung zeitnah zum Urlaubsantritt ausspricht. Dies deshalb, um der Gefahr zu entgehen, dass die Entlassung als verspätet ausgesprochen angesehen wird. Zu prüfen ist dabei jedoch, ab wann die Unterlassung der Dienstleistung als „erheblich“ anzusehen ist.