

# Dienstfrei ohne Urlaubszwang

*Gekündigte Arbeitnehmer können laut einer OGH-Entscheidung nicht dazu gezwungen werden, während der Dienstfreistellung ihren Resturlaub zu verbrauchen. Allerdings ist es möglich, einen solchen Verbrauch bereits bei Abschluss des Dienstvertrags zu vereinbaren.*

Clemens Egermann\*

Vor Kurzem hat der Oberste Gerichtshof entschieden, dass Arbeitnehmer bei Kündigung und Dienstfreistellung ungeachtet der Dauer der Freistellung grundsätzlich nicht zum Verbrauch des Resturlaubs verpflichtet sind (OGH 9 ObA 144/05z vom 16. 12. 2005). Die nicht verbrauchten Urlaubstage werden am Ende des Dienstverhältnisses finanziell abgegolten.

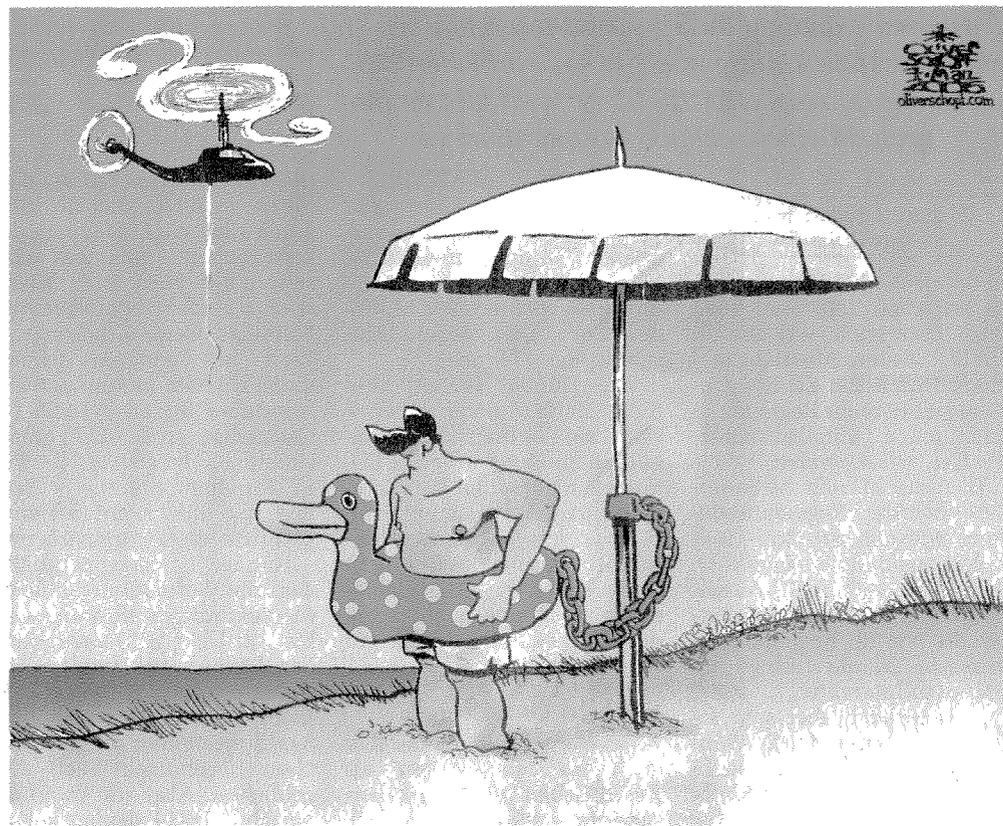
Ganz anders wurde noch eine zuvor ergangene Entscheidung (OGH 9 ObA 2/05t vom 2. 2. 2005, DER STANDARD vom 13. 9. 2005) verstanden. Danach sollte der Arbeitnehmer verpflichtet sein, nach der

Kündigung bei Dienstfreistellung offene Urlaubsansprüche in einem zumutbaren Ausmaß zu verbrauchen, sonst würden diese ersatzlos verfallen.

Was gilt nun angesichts dieser jüngsten Entscheidungen für den Urlaubsverbrauchs in der Kündigungsfrist? Muss der Arbeitnehmer einen Verfall seiner Urlaubstage befürchten, ohne auch nur einen Cent Abgeltung zu erhalten? Gibt es für den Arbeitgeber keine Möglichkeit mehr, einen gekündigten Mitarbeiter bei langer Kündigungsfrist in den Urlaub zu schicken?

Die einander zunächst anscheinend widersprechenden Entscheidungen lassen sich so miteinander in Einklang bringen, dass der OGH in der Vorentscheidung auf die interessierende Rechtsfrage nicht eingehen musste. In der jüngeren Entscheidung nutzte der OGH die Gelegenheit zur Stellungnahme: Sowohl im gekündigten als auch im ungekündigten Dienstverhältnis ist der Urlaub zwischen Arbeitgeber und -nehmer zu vereinbaren. Der Erstere kann den Letzteren nicht einseitig zum Urlaubsverbrauch zwingen, auch nicht durch eine Dienstfreistellung in einer längeren Kündigungsfrist.

Vor dem Arbeitsrechtsänderungsgesetz (ARÄG) 2000 gab es § 9 Urlaubsgesetz. Dieser war Ausdruck der Wertung des Gesetzgebers, dass der Arbeitnehmer in einer Kündigungsfrist von unter drei Monaten den Urlaub grundsätzlich nicht verbrauchen musste. Bei längeren Kündigungsfristen sollte der Urlaub hingegen grundsätzlich konsumiert werden. Diese Bestimmung wurde durch das ARÄG 2000 aufgehoben. Daraus schließt der OGH für die neue Rechtslage, dass die Weigerung des Arbeitnehmers, Urlaub selbst während



einer drei Monate oder länger dauernden Kündigungsfrist zu verbrauchen, von Gesetzes wegen finanziell nicht mehr sanktioniert ist. Es besteht überhaupt keine Verpflichtung mehr, den Urlaub zu verbrauchen – auch nicht bei längeren Kündigungsfristen.

Für den Arbeitgeber ist deshalb Vorsicht geboten. Ohne Vereinbarung über den Urlaubsverbrauch während einer Dienstfreistellung müsste er den nicht verbrauchten Urlaub grundsätzlich finanziell abgelden, obwohl der freigestellte Arbeitnehmer ohnehin Freizeit hat.

## Treupflichtverletzung

Ganz so einseitig wie es auf den ersten Blick scheint, belastet die Entscheidung des OGH den Arbeitgeber nicht. Der Arbeitnehmer erhält nicht in jedem Fall eine finanzielle Abgeltung. Diese entfällt insbesondere bei einer Treupflichtverletzung. Mit der Treupflicht des Arbeitnehmers wäre es nicht vereinbar, wenn er das Anbot zum Abschluss einer Urlaubsvereinbarung während der Dienst-

freistellung ablehnt, dann aber hinter dem Rücken des Arbeitgebers die bezahlte Freizeit der Dienstfreistellung zu einem erheblichen Teil für Zwecke verwendet, für die er eigentlich Urlaub konsumieren müsste. Reist er etwa auf die Malediven, gilt sein Urlaub insoweit als verbraucht und wird nicht abgegolten – auch ohne ausdrückliche Urlaubsvereinbarung.

Was soll der Arbeitgeber angesichts der neuesten Rechtsprechung tun, wenn er einen Mitarbeiter in der Kündigungsfrist dienstfrei stellen will und zumindest ein Teil der so gewonnenen Freizeit auf den Urlaub angerechnet werden soll? Es könnte bereits bei Abschluss des Dienstvertrags vereinbart werden, dass der Arbeitnehmer eine bestimmte Anzahl von Urlaubstagen in der Kündigungsfrist verbraucht, soweit dies für ihn nicht unmöglich (z. B. wegen

fehlender Erholungsmöglichkeit) oder unzumutbar (z. B. wegen familiärer Umstände) ist. Unter dem Regime des ARÄG 2000 sollte eine solche Vereinbarung zulässig sein.

\*Der Autor ist Partner bei *Barner Egermann Illigasch, Wien*. [egermann@beira.at](mailto:egermann@beira.at)

## „Gefälligkeit“ von Ausländern ist oft illegal

Unentgeltliche Freundschaftsdienste dürfen auch von Ausländern ohne Arbeitsberechtigung getätigt werden. Doch Ausländern, die bei Schwarzarbeit erwischt werden, macht es der Verwaltungsgerichtshof möglichst schwer, ihre Tätigkeit als Gefälligkeit darzustellen.

Im entschiedenen Fall (VwGH 2004/09/0176 vom 23. 11. 2005) ging es um Ausländer, die Reparaturen an einem Privat-Pkw durchgeführt haben. Die Behörde stellte zwar eine vorhergehende Bekanntschaft mit dem Fahrzeugeigentümer fest. „Die Annahme bloß mehrmaliger Kontakte (...) reicht nicht aus, wenn der Arbeitgeber diese freundschaftlichen Bande zwischen ihm und dem Ausländer nicht näher konkretisiert“, sagt der VwGH. So sprach der Umstand, dass die Ausländer nicht beim Eigentümer nächtigten, sondern bei Freunden bzw. im eigenen Fahrzeug, gegen eine engere Freundschaft.

Auch sonst legt der VwGH das Ausländerbeschäftigungsgesetz strikt aus. Man könne von keiner bewilligungsfreien „Probearbeit“ sprechen, wenn der Ausländer durch seine Tätigkeit zu einer ordnungsgemäßen Beschäftigung gelangen will (2004/09/01666 vom 23. 11. 2005). (ef)

## ENTSCHEIDUNGEN

### Abwerben ist meist erlaubt

Es ist in aller Regel zulässig, Dienstnehmer eines Mitbewerbers abzuwerben. Auch Konkurrenzkláuseln in den bestehenden Arbeitsverträgen, die zumeist für die Dauer von zwölf Monaten nach Beendigung des Dienstverhältnisses eine Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen untersagen, verhindern einen Wechsel nur vereinzelt.

Nach der neuesten Entscheidung des Obersten Gerichtshofs (4 Ob 190/05 b vom 29. 11. 2005) ist es nicht einmal unzulässig, wenn der neue Dienstgeber die Konkurrenzkláusel kennt und verspricht, allfällige Nachteile aus der Beendigung des Dienstverhältnisses, insbesondere die entgehenden Abfertigungen, zu ersetzen. Nur die Übernahme einer für die Verletzung der Konkurrenzkláusel vereinbarten Vertragsstrafe durch den neuen Dienstgeber wird weiterhin als „verleiten zu fremden Vertragsbruch“ qualifiziert und kann dazu führen, dass der neue Dienstnehmer bis zu einem Jahr nicht beschäftigt werden darf.

RA. Dr. Georg Orator ([g.orator@bairerlambert.com](mailto:g.orator@bairerlambert.com))

Redaktion:  
Dr. Eric Frey  
[eric.frey@derStandard.at](mailto:eric.frey@derStandard.at)

## BÜCHER

### ■ Schiedsverfahren.

Schiedsrechtsexperte Gerold Zeiler hat den ersten Kommentar zum neuen Schiedsverfahrensrecht, das Österreich als Standort für Schiedsverfahren stärken soll, verfasst. NWV, 482 Seiten, 78 €.

### ■ Arbeitsrechtsvergleich.

Für internationale agierende Konzerne genauso wie für Wirtschaftsexperten ist das Wissen über Beschäftigungs- und Kündigungsregeln in anderen Ländern notwendig. „How to Hire and Fire in 76 Jurisdiction“ bietet einen präzisen Vergleich aller wichtigen arbeitsrechtlichen Bestimmungen in den Industrie- und Schwellenländern. Der Beitrag über Österreich stammt von Mirjam Sorgo. *Kluwer Law International*, 604 Seiten, 100 €.