

Die einzelvertragliche Umstellung des Urlaubsjahres auf das Kalenderjahr

Übersicht

- A. Vorbemerkung
- B. Das Judikat Nr 53
- C. Die herrschende Ansicht zur einzelvertraglichen Umstellung des Urlaubsjahres unter der Geltung des UrlG 1976
 - I. Lehre
 - II. Rechtsprechung
- D. Kritik der herrschenden Meinung
 - I. Kritikansätze in der Lehre
 - II. Kein „Rechtsformzwang“ für aliquotierende Umstellungen des Urlaubsjahres
 - III. Beschränkungsverbot, Begünstigungszwang und gleich günstige Regelungen
 - IV. Günstigkeitsprüfung bei Aliquotierungsregelungen
 - 1. Im zweiten Kalenderhalbjahr eingetretene Arbeitnehmer
 - 2. Im ersten Halbjahr eingetretene Arbeitnehmer
- E. Ergebnisse

A. Vorbemerkung

Es kommt in der Praxis immer wieder vor, daß Arbeitgeber den Wunsch haben, aus Vereinfachungsgründen das vom Urlaubsgesetz grundsätzlich mit dem Arbeitsjahr gleichgesetzte und daher je nach Eintrittsdatum für jeden Arbeitnehmer individuell laufende Urlaubsjahr auf einen einheitlichen Zeitraum – regelmäßig das Kalenderjahr – umzustellen, und daß die beteiligten Personen dabei auf rechtliche Probleme stoßen.

Besonders virulent werden diese Probleme, wenn im Unternehmen entweder ein Betriebsrat nicht (oder wegen eben erst erfolgter Unternehmensgründung noch nicht) existiert oder der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat keine Einigung über eine Umstellungs-Betriebsvereinbarung iSd § 2 Abs 4 UrlG zu erzielen vermag.

Die eben zitierte Gesetzesstelle ermöglicht es, durch Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung das Urlaubsjahr vom Arbeitsjahr auf einen anderen Jahreszeitraum (zB das Kalenderjahr) umzustellen, wobei – vereinfacht gesagt – in einer derartigen Betriebsvereinbarung oder einem derartigen Kollektivvertrag in „Rumpfurlobsjahren“ unter bestimmten Voraussetzungen eine Aliquotierung des Urlaubsanspruches erfolgen darf. Als „Rumpfurlobsjahr“ gilt bei der hier praktisch allein zu erörternden Umstellung des Urlaubsjahres auf das Kalenderjahr jener Zeitraum zwischen dem für den Mitarbeiter individuell geltenden Beginn des letzten vor dem Umstellungsstichtag liegenden Urlaubsjahres bis zu diesem Umstellungsstichtag, bei im letzten Kalenderjahr vor dem Umstellungsstichtag neu eingetretenen Arbeitnehmern daher der Zeitpunkt vom Eintrittstag bis zum Umstellungsstichtag. Stellt ein Unternehmen gleich bei seiner Gründung das Urlaubsjahr (auf das Kalenderjahr) um, ist für jeden Arbeitnehmer das „Rumpfurlobsjahr“ definiert mit dem Zeitraum zwischen seinem Eintrittsdatum und dem folgenden ersten Jänner.

Ein besonderes Kennzeichen des § 2 Abs 4 UrlG ist es, daß der Gesetzgeber darin ausdrücklich anmerkt, die durch die Bestimmung ermöglichten Regelungen in Betriebsvereinbarungen und Kollektivverträgen wichen von § 12 UrlG ab und durchbrächen daher das Prinzip der einseitig zugunsten des Arbeitnehmers zwingenden Wirkung des UrlG. Was soll also ein Arbeitgeber tun, dem die Betriebsvereinbarung als Umstellungsinstrument nicht zur Verfügung steht, dessen Mitarbeiter aber zur Unterfertigung entsprechender Einzelvereinbarungen durchaus bereit wären (was insbesondere dann aus Arbeitgebersicht relativ unproblematisch erscheint, wenn die Umstellung gleich

bei Unternehmensgründung vorgenommen und daher in sämtlichen, neu abgeschlossenen Dienstverträgen verankert wird)?

Die nachstehenden Ausführungen sollen zeigen, daß die herrschende, tradierte und im wesentlichen auf ein vom Obersten Gerichtshof im Jahre 1949 erstattetes Rechtsgutachten¹⁾ zurückgehende Auffassung, der Einzelvereinbarung als Umstellungsinstrument seien Aliquotierungen in Rumpfurlaubsjahren generell verschlossen, einerseits auf einem unkritisch übernommenen und niemals näher hinterfragten bzw auf seine Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht überprüften Verständnis des Judikates 53 und andererseits auf einer unrichtigen Auslegung des Urlaubsgesetzes, insbesondere dessen § 12, beruht.

B. Das Judikat Nr 53

Blättert man zum Thema „Umstellung des Urlaubsjahres“ in den diversen Kommentaren zum UrlG 1976 sowie in diversen Arbeitsrechtslehrbüchern, findet sich überall der Hinweis auf das sogenannte „Judikat Nr 53“, ein auf der Grundlage des § 27 des damals geltenden ArbGG 1946 vom OGH erstattetes und unter der Nr 53 in das Judikatenbuch eingetragenes Gutachten²⁾.

Dieses Judikat hat sogar in die Gesetzesmaterialien zum UrlG 1976 Eingang gefunden, in denen es heißt, daß § 2 Abs 4 eine Ermächtigung an Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung beinhalte, das Urlaubsjahr abweichend vom gesetzlichen Modell zu regeln und das Kalenderjahr oder einen anderen Jahresurlaubszeitraum als Urlaubsjahr vorzusehen, wobei jedoch, wenn von dieser Ermächtigung nicht Gebrauch gemacht werde, „eine Umstellung vom Dienstjahr auf das Kalenderjahr weiterhin nur nach den Grundsätzen erfolgen [kann], die das Judikat Nr 53 (ArbSlg 5103) festgelegt hat“³⁾. Es ist daher auch für den heute tätigen Rechtsanwender von Bedeutung, sich damit auseinanderzusetzen, was denn in jenem geheimnisvollen Jud 53 steht.

Überrascht wird der Leser, der die Fundstelle in Arb 5103 heranzieht, zunächst dadurch, daß er erst nach Studium mehrerer Seiten und im letzten Viertel des Gutachtens überhaupt auf das Problem stößt, hinsichtlich dessen das Jud 53 in Lehre und Judikatur auch heute noch laufend zitiert wird. Denn der Anlaßfall für das besagte Gutachten des OGH war ein zwar auch urlaubsrechtlicher, aber mit der Umstellung des Urlaubsjahres keineswegs zusammenhängender. Vielmehr ging es um eine Entscheidung des ArbG Dornbirn⁴⁾, das der Klage einer Arbeiterin, die vom 7. Juli 1930 bis 31. Dezember 1946 im selben Betrieb beschäftigt war und im Jahr 1946 einen Urlaub von 24 Werktagen genommen hatte, nun aber noch die Urlaubsabfindung für die Zeit vom 7. Juli 1946 bis

31. Dezember 1946 begehrte, mit der Begründung stattgegeben hatte, daß der Urlaub, der im Sinne des § 1 ArbUrlG nach einem Jahre zu gewähren sei, den Urlaub für das erste Dienstjahr darstelle. Mit dieser Auffassung setzte sich der OGH eingehend auseinander und hielt letztlich an seiner Auffassung fest, daß „aus der gesetzlichen Regelung, nach der im zweiten Dienstjahr der erste Urlaub gebührt, folgt, daß grundsätzlich das zweite Dienstjahr gleichzeitig das erste Urlaubsjahr ist“.

Daran anschließend wird die mit dieser Frage nicht zusammenhängende Problematik des Auseinanderfallens von Urlaubs- und Arbeitsjahr erörtert.

Die sich mit der Umstellung des Urlaubsjahres vom Arbeitsjahr auf einen anderen Zeitraum (insbesondere das Kalenderjahr) beschäftigenden Passagen des Jud 53 umfassen in dem mehr als 10 gedruckte Buchseiten umfassenden Gutachten gerade eine halbe Seite (!) und sind im folgenden wörtlich zitiert:

„Praktisch wichtiger ist die vertragsmäßige Verschiebung des Urlaubsjahres. Der durch das Arbeiterurlaubs-gesetz 1919 gewährte Urlaubsanspruch ist nur ein gesetzliches Minimum. Vereinbarungen, die dem Arbeiter Urlaub unter günstigeren Bedingungen gewähren, sind gestattet (§ 12). Der Dienstgeber kann daher von einer Wartezeit überhaupt absehen und dem Arbeiter schon im ersten Dienstjahr Urlaub geben, er kann aber auch die Wartezeit verkürzen. Das ist nun vielfach, besonders in Kollektivverträgen geschehen.

Die Evidenzhaltung des Tages des Dienstantrittes jedes einzelnen Arbeiters führt in Großbetrieben zu technischen Schwierigkeiten. Um dies zu vermeiden, wird daher der Stichtag einheitlich für den ganzen Betrieb festgesetzt, zB mit dem Beginn des Kalenderjahres. Wer an diesem Tag im Dienst war, erhält Urlaub, auch wenn sein erstes Dienstjahr noch nicht abgelaufen ist. Das Kalenderjahr als Urlaubsjahr liegt der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes ArbSlg 3715 zugrunde, aber auch dem eingangs erwähnten Dornbirner Fall, der den Anlaß zu diesem Gutachten gegeben hat. Die Normierung des Kalenderjahres als Urlaubsjahr ist ohne weiteres zulässig, freilich nur, soweit der Anspruch auf Urlaub dadurch vorverschoben wird. Die Wartezeit darf durch eine solche Regelung nicht verlängert werden. Das Urlaubsjahr kann demgemäß nur *früher*⁵⁾, aber nie *später*⁶⁾ als das Dienstjahr anfangen.“

Genau gesagt, beschäftigt sich der OGH mit der Problematik der Umstellung des Urlaubsjahres, also mit dem heute durch § 2 Abs 4 UrlG 1976 geregelten Problem überhaupt nur in drei (nämlich den oben als letztes zitierten) Sätzen.

Damit soll nicht per se die Untauglichkeit der Ausführungen im Jud 53 zur Beantwortung der sich auf der Basis der Sach- und Rechtslage in den 90er Jahren im Zusammenhang mit der Umstellung des Urlaubsjahres stellenden Fragen dargestellt werden⁷⁾; die geradezu „mystische Vereh-

⁵⁾ Hervorhebung im Original.

⁶⁾ Hervorhebung im Original.

⁷⁾ Gleichwohl vermag niemand zu bestreiten, daß das juristische Niveau selbst höchstgerichtlicher Entscheidungen insb auf dem Gebiete des Arbeitsrechtes in den 40er, 50er und auch 60er Jahren sehr weit unter dem lag, was heute beim OGH als selbstverständlich voraus-

¹⁾ Das sogenannte Judikat 53.

²⁾ Arb 5103.

³⁾ AB 276 BlgNR 14. GP 2.

⁴⁾ Urteil vom 13. Mai 1957, Cr 13/47.

„die das Jud 53 auch heute noch in der urteilsrechtlichen Literatur und Rsp genießt und die vielleicht nur noch von jener des Jud 33⁹⁾ betreffend den Rückforderungsausschluß von gutgläubig empfangenen und zu Unterhaltungszwecken verbrauchten „Überbezügen“ erreicht oder gar übertroffen wird, erscheint im Lichte der Dürftigkeit der damaligen Ausführungen des OGH aber umso weniger gerechtfertigt.“

Hinzu kommt, daß dem Höchstgericht bei der Zitierung des ArbUrlG 1919 ein Fehler unterlief, der möglicherweise für die überaus restriktive Handhabung der Zulässigkeit einzelvertraglicher Urlaubsjahrumstellungen durch die hL und Rsp des OGH (mit-)verantwortlich ist (dazu unten D. III.).

C. Die herrschende Ansicht zur einzelvertraglichen Umstellung des Urlaubsjahres unter der Geltung des UrlG 1976

I. Lehre

Die Darstellung der Lehrmeinungen beschränkt sich aus Gründen der besseren Übersichtlichkeit auf Äußerungen, die unter der Geltung des UrlG 1976 erfolgt sind.

Wie bereits oben angeführt, verweist der Bericht des Ausschusses für soziale Verwaltung im Zusammenhang mit der Beratung über die Regierungsvorlage zum UrlG 1976⁹⁾ darauf, daß ohne Inanspruchnahme der in § 2 Abs 4 UrlG enthaltenen und an Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung gerichteten Ermächtigung die Umstellung vom Dienstjahr auf das Kalenderjahr „weiterhin nur nach den Grundsätzen erfolgen [kann], die das Judikat Nr 53 . . . festgelegt hat“. Daß den sehr spärlichen Ausführungen des OGH keine wirklichen „Grundsätze“ entnommen werden können, wurde bereits oben ausgeführt.

In einer in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Beschlußfassung über das UrlG 1976 verfaßten Publikation führte *Waas*¹⁰⁾ aus, daß eine Umstellung des Urlaubsjahres zB auf

gesetzt wird. Dies hängt natürlich auch damit zusammen, daß Arbeitsrecht damals und bis Anfang der 80er Jahre im Rahmen des juristischen Studiums nicht als Pflichtfach gelehrt wurde, der OGH daher auch gegenüber den ihm unterstellten Gerichten geradezu „volksbildnerische“ Aufgaben zu erfüllen hatte. Auch das Jud 53 zeigt dies plastisch, wenn zB der OGH unmittelbar im Anschluß an die im Text wörtlich wiedergegebenen Aussagen zur Umstellung des Urlaubsjahres sich veranlaßt sieht, „zur Vermeidung von Mißverständnissen“ klarzustellen, daß „die Urlaubsperiode (Ferienzeit), die Zeit, innerhalb der der Urlaub tatsächlich gewährt wird, strenge vom Urlaubsjahr, mit dessen Beginn (Urlaubstichtag) der Urlaubsanspruch erworben wird, auseinandergehalten werden muß . . .“.

Heutzutage würde eine Unterinstanz derartige Ausführungen wohl geradezu als Beleidigung empfinden.

⁸⁾ SZ 11/86 aus dem Jahre 1929.

⁹⁾ AB 276 BlgNR 14. GP 2.

¹⁰⁾ Das geltende Arbeitsrecht und seine Probleme, DRdA 1976, 96.

das Kalenderjahr insofern zulässig sei, „als der Urlaubsanspruch dadurch vorverschoben wird“. Das Urlaubsjahr, so der Autor, könne demnach für den einzelnen „nur früher, nie aber später als das Dienstjahr beginnen“. Eine Regelung, nach der das Rumpffjahr nicht für die Urlaubsbemessung mitzähle, wäre gesetzwidrig. Daraus ergäbe sich, daß das dem Rumpffjahr unmittelbar folgende Kalenderjahr als nächstfolgendes Urlaubsjahr gelte.

Zwar ergibt sich aus der – in der Tat selbstverständlichen – Aussage, die völlige urlaubsrechtliche Außerachtlassung des Rumpffjahres sei gesetzwidrig, noch nicht notwendigerweise die Schlußfolgerung, auch eine bloße Urlaubsaliquotierung im Rumpffjahr könne (einzelvertraglich) nicht erfolgen, doch scheint *Waas* diese Ansicht zu vertreten.

Deutlicher sind diesbezüglich die Ausführungen von *Stummvoll*¹¹⁾. Er spricht davon, daß „die Ermächtigung zu obiger vom Grundsatz der Unabdingbarkeit abweichender Regelung nur für Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung gilt“ und deshalb im Falle der Nichtinanspruchnahme dieser Ermächtigung eine einzelvertragliche Umstellung „weiterhin nur nach den Grundsätzen erfolgen [kann], die das Judikat Nr 53 des OGH . . . festgelegt hat, das heißt mit vollem Urlaubsanspruch auch für das Rumpffjahr der Umstellung“¹²⁾.

Fast inhaltsgleiche Äußerungen *Stummvolls* finden sich im 1976 erschienenen Kommentar zum UrlG¹³⁾. Noch deutlicher wird das nach Meinung des Autors gegebene Aliquotierungsverbot in Rumpffjahren bei einzelvertraglicher Umstellung durch folgende Passage artikuliert: „Bei Umstellung des Urlaubsjahres auf das Kalenderjahr durch Einzeldienstvertrag ist dies soweit zulässig und rechtlich wirksam, als Urlaubsansprüche in Rumpffurlaubsjahren nicht aliquotiert werden. Eine Aliquotierung verstößt gegen das Günstigkeitsprinzip und ist daher nichtig“¹⁴⁾.

*Klein/Martinek*¹⁵⁾ führen folgendes aus: „Ein anderer Zeitraum“¹⁶⁾ kann jedoch gültig vereinbart werden, wenn durch diese Vereinbarung keine dem Arbeitnehmer zustehenden Ansprüche aufgehoben oder beschränkt werden (vgl § 12). Eine solche Vereinbarung, mit der vom Arbeitsjahr als Urlaubsjahr abgegangen wird, darf sich nur zugunsten des Arbeitnehmers (zB durch Verkürzung der Wartezeit, Vorverlegung des Beginnes des Urlaubsjah-

¹¹⁾ Zur Umstellung des Urlaubsjahres auf das Kalenderjahr, Ind 1976/5, 2.

¹²⁾ Hervorhebung durch den Verfasser. Anzumerken ist, daß der danach im Text enthaltene Klammersdruck und Verweis auf die Seite 2 des Ausschlußberichtes irreführend ist, weil dies so im Ausschlußbericht nicht steht und dieser nicht explizit von einem vollen Urlaubsanspruch im Rumpffjahr spricht.

¹³⁾ *Adametz/Basalka/Mayr/Stummvoll*, UrlG Rz 15 ff, 18 zu § 2.

¹⁴⁾ *Stummvoll* in *Adametz/Basalka/Mayr/Stummvoll*, UrlG Rz 18 zu § 2.

¹⁵⁾ UrlG Anm 7 zu § 2.

¹⁶⁾ Gemeint: als das Arbeitsjahr.

res usw) auswirken – so auch Jud 53 neu = Arb 5103“.

Die Ausführungen dieser Autoren sind deshalb interessant, weil hier die offenkundige und unten D. III. näher zu erörternde *Antinomie zwischen dem in § 12 UrlG verankerten Aufhebungs- und Beschränkungsverbot und dem von den Autoren gleichsam „im selben Atemzug“ angenommenen Begünstigungszwang* auffällt und – auch dies ist, wie zu zeigen sein wird, kein Zufall – dieser angebliche Begünstigungszwang letztlich auf das Jud 53 zurückgeführt wird.

Noch unmißverständlicher ist diesbezüglich *Kuderna*¹⁷⁾. Ihm zufolge muß bei Beachtung der in § 12 UrlG enthaltenen Grundsätze das „Günstigkeitsprinzip“ gewahrt und der dem Arbeitnehmer zustehende Anspruch „sohin verbessert werden“¹⁸⁾.

Was damit gemeint – oder vielmehr nicht gemeint – ist, wird restlos durch folgende Äußerung *Kudernas* klar: „Eine solche (ausdrückliche oder schlüssige) Vereinbarung¹⁹⁾ darf jedoch gegen den § 12 nicht verstoßen. Sie muß daher günstiger (und nicht bloß gleich günstig)²⁰⁾ sein als die gesetzlichen Urlaubsbestimmungen (Günstigkeitsprinzip)²¹⁾“.

Eine Beschränkung durch Aliquotierungsvereinbarungen, so *Kuderna*²²⁾, wäre eine Schlechterstellung und daher ein Verstoß gegen den § 12 UrlG. Dem Arbeitnehmer müsse vielmehr für den Fall der einzelvertraglichen Umstellung auf das Kalenderjahr für das sich daraus ergebende Rumpffjahr der volle Urlaubsanspruch gewährt werden.

Letzteres betont auch *Cerny*²³⁾ unter Verweis auf Judikatur.

Zwar nur knapp, im Ergebnis aber ganz ähnlich äußern sich *Schwarz/Löschnigg*²⁴⁾, wenn sie darauf hinweisen, die in § 2 Abs 4 UrlG angeführten Regelungen könnten nicht durch Arbeitsvertrag getroffen werden, „weil sie vom Gesetz dem Kollektivvertrag bzw der Betriebsvereinbarung vorbehalten sind“.

Eine arbeitsvertragliche Umstellung des Urlaubsjahres dürfe sich nur zugunsten des Arbeitnehmers (zB durch Verkürzung der Wartezeit, Vorverlegung des Beginns des Urlaubsjahres) auswirken²⁵⁾.

Noch sparsamer sind die Ausführungen von *Spielbüchler*²⁶⁾. Dort heißt es, daß auch ein anderer Zeitraum als das Arbeitsjahr als Urlaubsjahr festgelegt werden könne, dies bei der Einzelvereinbarung wegen der zwingenden Wirkung der Urlaubs-

vorschriften aber nur in der Weise geschehen dürfe, „daß das Urlaubsjahr vor dem Arbeitsjahr beginnt, das erste volle Kalenderjahr also zum zweiten Urlaubsjahr wird (Judikat 53)“.

*Dusak*²⁷⁾ verweist auf § 2 Abs 4 UrlG und merkt dazu an, daß die Vorschrift gegenüber der durch das Jud 53 geprägten Rechtslage eine Erleichterung darstelle, weil nach dieser auch im Rumpffjahr der volle Urlaubsanspruch gebührt habe, während nunmehr Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung Aliquotierungen vorsehen könnten, wenn der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Umstellung die Wartezeit noch nicht erfüllt habe. Einzelvertraglich, so *Dusak*, „kann eine Umstellung weiterhin nur dann erfolgen, wenn dem Arbeitnehmer für das Rumpffjahr der volle Urlaubsanspruch gewährt wird“.

Wie man sieht, gibt es also eine breite und im Rahmen des Arbeitsrechtes fast ungewohnt einheitliche Phalanx, die einzelvertragliche Umstellungen des Urlaubsjahres nur in der Form zuläßt, daß für ein Rumpffjahr – wie kurz dieses auch immer sein mag – ein voller Urlaubsanspruch gebührt.

II. Rechtsprechung

Betrachtet man die zur Problematik ergangene Judikatur des OGH, könnte man fast die Freude an der Befassung mit der Materie verlieren; denn gar zu einheitlich ist das vom Höchstgericht im Einklang mit der eben dargestellten hL vermittelte Bild. In einer Entscheidung vom 22. Februar 1983²⁸⁾, der – soweit ersichtlich – zeitlich ersten OGH-Entscheidung unter der Geltung des UrlG 1976, sprach das Höchstgericht aus, daß bei einer einzelvertraglich oder einseitig durch den Arbeitgeber verfügten Umstellung des Urlaubsjahres auf das Kalenderjahr dem Arbeitnehmer im Rumpffurlaubsjahr (und zwar auch bei Eintritt in der zweiten Jahreshälfte) ein voller Jahresurlaub zustünde. Diese Entscheidung wurde von der Kammer der gewerblichen Wirtschaft zum Anlaß für eine Empfehlung an ihre Mitglieder genommen, von Umstellungen des Urlaubsjahres überhaupt abzusehen, weil der dadurch bedingte finanzielle Mehraufwand durch die mit der Umstellung verbundenen verwaltungsmäßigen bzw lohnverrechnungstechnischen Vorteile in keiner Weise aufgewogen werde²⁹⁾.

Ergiebiger ist die E des OGH vom 24. Februar 1988³⁰⁾. Zunächst referierte das Höchstgericht sein eigenes Gutachten aus dem Jahre 1949, das Jud 53, und führte aus, daß die diesem zugrundeliegende Rechtsansicht durch § 2 Abs 4 UrlG 1976, der sich nur auf Kollektivverträge und Betriebsvereinbarungen beziehe, nicht berührt worden sei. Werde durch Kollektivverträge oder Betriebsvereinba-

¹⁷⁾ UrlG² Rz 16 ff, 21 zu § 2.

¹⁸⁾ *Kuderna*, UrlG² Rz 16 zu § 2.

¹⁹⁾ Gemeint: Einzelvereinbarung.

²⁰⁾ Hervorhebung vom Verfasser.

²¹⁾ Hervorhebung im Original.

²²⁾ UrlG² Rz 21 zu § 2.

²³⁾ Urlaubsrecht⁷, 74.

²⁴⁾ Arbeitsrecht⁶, 475 f.

²⁵⁾ *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht⁶, 476.

²⁶⁾ In *Spielbüchler/Grillberger*, Arbeitsrecht⁴ I 306.

²⁷⁾ Ausgewählte Probleme des Urlaubsrechts, ZAS 1985, 54 ff, 55.

²⁸⁾ ARD 3516/16/83.

²⁹⁾ Vgl ARD 3517/2/83.

³⁰⁾ ARD 3978/14/88 = JBl 1989, 126 ff = DRdA 1990, 266 ff m Anm G. Klein.

rungen – aber nicht durch Arbeitsverträge – anstelle des Arbeitsjahres das Kalenderjahr als Urlaubsjahr vereinbart, so könnten solche Vereinbarungen abweichend von § 12 UrlG unter anderem vorsehen, daß Arbeitnehmer, deren Arbeitsvertrag im laufenden Urlaubsjahr begründet wurde und welche die Wartezeit zu Beginn des neuen Urlaubsjahres noch nicht zurückgelegt hätten, auf jeden begonnenen Monat ein Zwölftel des Jahresurlaubes erhielten; bei Erfüllung der Wartezeit gebühre der volle Urlaub. Und weiter heißt es wörtlich: „nur ein Kollektivvertrag oder eine Betriebsvereinbarung im Sinne des ArbVG darf in diesen Grenzen ungünstiger als das Gesetz sein, das nur eine Wartezeit, aber keine Aliquotierung des Urlaubes für ‚Rumpfurloabsjahre‘ vorsieht.“

Besonders interessant, weil den *Widerspruch zwischen dem Wortlaut des § 12 UrlG und dem von der hA zugrundegelegten Verständnis besonders deutlich machend* sind die Aussagen des OGH in der zitierten Entscheidung zur Frage der Günstigkeit vom Gesetz abweichender Vereinbarungen. Um dies zu veranschaulichen, soll die folgende Passage wörtlich zitiert werden:

„Durch Arbeitsvertrag (Individualabrede) kann hingegen als Urlaubsjahr ein anderer Zeitraum als das Arbeitsjahr nur gültig vereinbart werden, wenn durch diese Vereinbarung keine dem Arbeitnehmer nach den §§ 2 bis 11 UrlG zustehenden Ansprüche *aufgehoben oder beschränkt*³¹⁾ werden (§ 12 UrlG). Eine solche Vereinbarung, mit der vom Arbeitsjahr als Urlaubsjahr abgegangen wird, darf sich *nur zugunsten des Arbeitnehmers*³²⁾ (zB durch Verkürzung der Wartezeit, Vorverlegung des Beginnes des Urlaubsjahres) auswirken . . .

Da in Individualarbeitsverträgen keine Beschränkung durch Aliquotierungsvereinbarungen zulässig ist, muß dem Arbeitnehmer nach – insoweit einhelliger – Auffassung . . . auch für das Rumpfurloabsjahr der volle Anspruch gewährt werden. Daraus ist aber nicht der Schluß zu ziehen, daß dem Arbeitnehmer auch die in § 2 Abs 2 UrlG normierte Wartezeit bis zu dem mit dem Ende des Kalenderjahres übereinstimmenden Ende des ersten Urlaubsjahres verkürzt werden muß (soweit dies nicht gesondert vereinbart wurde). Gemäß § 2 Abs 2 UrlG entsteht der Anspruch auf Urlaub im ersten *Arbeitsjahr* nach Zurücklegung einer ununterbrochenen Dienstzeit von sechs Monaten (Wartezeit), sonst mit Beginn des Arbeitsjahres. Da der Arbeitnehmer durch die Vereinbarung des Kalenderjahres als Urlaubsjahr nicht schlechtergestellt werden darf, kann die in § 2 Abs 2 UrlG normierte Wartezeit durch eine solche Regelung nicht verlängert werden (so schon ausdrücklich JB 53 neu). JB 53 neu verlangt auch nur, daß das Urlaubsjahr bei einer solchen Vereinbarung nur früher, aber nie später als das Dienstjahr beginnen darf. Daß die Wartezeit nach § 2 Abs 2 UrlG jeweils mit Ablauf des ersten Kalenderjahres, in dem das Arbeitsverhältnis begann, (vorzeitig) enden müsse, ist dem JB 53 nicht zu entnehmen. Eine solche Auslegung hätte zur Folge, daß Arbeitnehmer, die erst kurz vor Jahresende eintreten, praktisch ohne Wartezeit Urlaubsansprüche für zwei Urlaubsjahre erwerben würden.“

G. Klein stimmt in seiner Anmerkung³³⁾ dieser Entscheidung des OGH zu und führte dazu unter

³¹⁾ Hervorhebung durch den Verfasser.

³²⁾ Hervorhebung durch den Verfasser.

³³⁾ DRdA 1990, 267 ff (268).

anderem aus, es sei § 12 UrlG nicht zu entnehmen, daß durch die Umstellung des Urlaubsjahres die im ersten Urlaubsjahr einzuhaltende Wartezeit verkürzt werden müßte. Die Rechtsstellung des Arbeitnehmers dürfe bloß nicht verschlechtert werden; „ein Zwang zur Verbesserung seiner Rechtsstellung besteht nicht“.

In den letzten Jahren befaßte sich der OGH mit der Problematik nur mehr sehr kursorisch, nämlich insbesondere in Beschlüssen, mit denen er eine außerordentliche Revision des unterlegenen Arbeitgebers nicht zuließ. Dies gilt zB für den Beschluß vom 30. September 1992³⁴⁾ sowie für den Beschluß vom 9. Juni 1993³⁵⁾. In beiden Beschlüssen führte das Höchstgericht bloß in einem Absatz aus, bei einzelvertraglicher Umstellung des Urlaubsjahres seien Aliquotierungsregelungen für Rumpfurloabsjahre unzulässig, wobei die Nichtigkeit nach den Grundsätzen der Teilnichtigkeit nur den verbotenen Teil der Vereinbarung (eben die Aliquotierung) erfasse und nicht die gesamte Umstellungsvereinbarung nichtig mache.

D. Kritik der herrschenden Meinung

Die einheitliche Geschlossenheit der hA in Lehre und Judikatur, die nur durch ganz wenige Gegenstimmen (dazu unten D.I.) „aufgelockert“ wird, kontrastiert in merkwürdiger Weise mit der Unangemessenheit der Ergebnisse, die sie liefert. Denn nähert man sich dem Problem zunächst unter Außerachtlassung rechtsdogmatischer Aspekte bloß mit dem „Hausverstand“, dann leuchtet die durch das strikt vertretene und generelle Aliquotierungsverbot bei einzelvertraglichen Urlaubsjahrumstellungen bewirkte Privilegierung der von der Umstellung betroffenen Arbeitnehmer in keiner Weise ein. Selbst wenn man von der durch den OGH³⁶⁾ näher begründeten Selbstverständlichkeit³⁷⁾ ausgeht und den Arbeitgeber bei der einzelvertraglichen Umstellung nicht dazu verpflichtet, auch auf die sechsmonatige Wartezeit zu verzichten bzw diese jedenfalls und auch bei knapp vor Beginn des Umstellungsstichtages eingetretenen Arbeitnehmern mit diesem enden zu lassen, ändert sich nichts an der Tatsache, daß – um ein besonders krasses Beispiel zu verwenden – ein am 15. Dezember eines Jahres eingetretener Arbeitnehmer bei der Umstellung auf das Kalenderjahr bei Beachtung der hA für zwölftehalb Monate zwei volle Jahresurlaube erwirbt. Der zweite Jahresurlaub entsteht in voller Höhe (vgl § 2 Abs 2 UrlG) freilich „erst“ mit 15. Juni des dem Eintritt folgenden Kalenderjahres, dh nach sechs Monaten.

Dies ist nur ein Extrembeispiel. Unbillig erscheint es aber genauso, einem Anfang Juli einge-

³⁴⁾ 9 Ob A 1025/92, ARD 4467/25/93.

³⁵⁾ 9 Ob A 1013/93, ARD 4538/37/94.

³⁶⁾ ARD 3978/14/88 = JBI 1989, 126 = DRdA 1990, 266 m Anm G. Klein.

³⁷⁾ Gegen diese Selbstverständlichkeit dennoch Cerny, *Urlaubsrecht*⁴, 41; in der 7. Auflage wurde diese Ansicht jedoch offenbar eliminiert.

tretenen Arbeitnehmer für eineinhalb Jahre zwei volle Jahresurlaube zu gewähren, ja auch einem Anfang April eingetretenen für einunddreiviertel Jahre zwei volle Jahresurlaube. Als „Gegenleistung“ des Arbeitgebers für die ihm durch die Umstellung verschaffte Verwaltungsvereinfachung kann ein solches „Urlaubspönale“ keinesfalls (rechtspolitisch) gerechtfertigt werden, weil Leistung und Gegenleistung diesbezüglich in keinem Verhältnis zueinander stünden³⁸⁾. Wäre dieser Gedanke zutreffend, dann müßte man den Arbeitgeber auch verpflichten, die „Unterwerfung“ seiner Mitarbeiter unter die Gegebenheiten der bargeldlosen Gehaltsauszahlung durch ein zusätzliches Monatsgehalt zu honorieren – ein absurder Gedanke.

Es ist im folgenden daher zu untersuchen, ob die von der hM produzierten, grob unbilligen Ergebnisse tatsächlich unvermeidlich sind und ob nicht vielmehr die herrschende Ansicht von unzutreffenden Voraussetzungen und einer Fehlinterpretation des § 12 UrlG ausgeht.

I. Kritiksätze in der Lehre

Mit dem Problem der einzelvertraglichen Umstellung des Urlaubs auf das Kalenderjahr befaßte sich vor elf Jahren *Marhold* in einer gleichnamigen Kurzpublikation³⁹⁾. *Marhold* vertritt die Ansicht, daß zwar bei den im ersten Halbjahr eingetretenen Arbeitnehmern eine Aliquotierung im Rumpffjahr nicht möglich sei, weil ihr Urlaubsanspruch in voller Höhe bereits im Jahr des Dienstantrittes und vor dem Umstellungsstichtag entstände, daß aber im zweiten Halbjahr eintretende Arbeitnehmer auch durch eine Aliquotierung gegenüber dem Gesetz „bessergestellt“ würden.

Allerdings legt der Umstand, daß *Marhold* in seinem Beitrag diese Ansicht gleichsam als Selbstverständlichkeit präsentiert und auf die auch hinsichtlich der im zweiten Halbjahr eingetretenen Arbeitnehmer für ein striktes Aliquotierungsverbot eintretende hL und Judikatur überhaupt nicht verweist, die Vermutung nahe, daß *Marhold* sich des Gegensatzes seiner Auffassung mit der ganz hM nicht bewußt war bzw den OGH in der oben zitierten Entscheidung aus dem Jahre 1988⁴⁰⁾ möglicherweise mißverstanden hat⁴¹⁾.

Der überhaupt einzige Literaturbeitrag zum Thema, der sich eingehender mit der Problematik befaßt und Kritik an der hA übt, stammt von *Schrank*⁴²⁾. Dieser führt aus, daß bloß arbeitsver-

tragliche Umstellungen „der Günstigkeit gegenüber der gesetzlichen Urlaubsregelung bedürfen“, wobei wie auch sonst ein Gruppenvergleich vorzunehmen sei und sich Anhaltspunkte für eine spezielle, dh strengere Günstigkeitsprüfung dem Gesetz nicht entnehmen ließen⁴³⁾. *Schrank* zufolge läuft jedoch die hA, die für das Eintrittsjahr auch ohne Wartezeiterfüllung bzw für das Rumpffjahr bei der Umstellung zur Gültigkeit den vollen Urlaubsanspruch verlangt, darauf⁴⁴⁾ hinaus und sei daher als „überschießend“ abzulehnen. Denn der Arbeitnehmer, so *Schrank*, der im zweiten Halbjahr eingetreten sei, bekomme auch bei der voll aliquotierenden Umstellungsvereinbarung „früher mehr Urlaub, als er nach dem Gesetz erhalten hätte“, sodaß die Vereinbarung einer Günstigkeitsprüfung standhalten müßte⁴⁵⁾. Für die im ersten Halbjahr eingetretenen Arbeitnehmer müsse aber die in § 2 Abs 4 Z 1 UrlG getroffene Anordnung des vollen Urlaubes im Rumpffjahr beachtet werden, denn was „sogar für die umstellungsermächtigten Rechtsquellen des kollektiven Arbeitsrechts gilt, muß nach dem Gesamtkonzept des UrlG umso eher für die einzelvertragliche Abweichung gelten“⁴⁶⁾.

Schrank erkannte freilich auch, daß die von ihm befürwortete Aliquotierung im Rumpffjahr für in der zweiten Jahreshälfte eingetretene Arbeitnehmer punktuell, dh in bestimmten Fällen und bei bestimmten Formen und Zeitpunkten der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu Nachteilen gegenüber der gesetzlichen Regelung führen kann. Diesen Nachteilen könne *Schrank* zufolge aber durch „ad-hoc-Korrektur im Einzelfall“ Rechnung getragen werden. Der Autor denkt dabei offensichtlich an eine vertragliche „Auffüllung“ einer sich bei bestimmten Beendigungsformen und Beendigungszeitpunkten ergebenden Urlaubsschädigungsdifferenz zugunsten des Arbeitnehmers.

Für den OGH bestünde, so *Schrank* resümierend, „Handlungsbedarf in Richtung Abkehrung von seiner überschießend strengen Umstellungsjudikatur“⁴⁷⁾.

II. Kein „Rechtsformzwang“ für aliquotierende Umstellungen des Urlaubsjahres

Betrachtet man einige der oben geschilderten Stellungnahmen, so kann man sich des Eindruckes nicht ganz erwehren, daß manche Autoren geradezu von einem „Rechtsformzwang“ für Umstellungsvereinbarungen ausgehen, die den in § 2 Abs 4 UrlG vorgesehenen Inhalt haben, dh insbesondere Aliquotierungen vorsehen. Besonders mißverständlich sind diesbezüglich die Ausführ-

³⁸⁾ Vgl die oben erwähnte Empfehlung der Kammer der gewerblichen Wirtschaft, ARD 3517/2/83.

³⁹⁾ *Marhold*, Einzelvertragliche Umstellung des Urlaubes auf das Kalenderjahr, RdW 1988, 356.

⁴⁰⁾ ARD 3978/14/88 = JBl 1989, 196 = DRdA 1990, 266.

⁴¹⁾ Dies vermutet anscheinend auch *Schrank*, Aktuelle Rechtsfragen zu Ausmaß und Verbrauch des Urlaubs, ZAS 1992, 181 ff (185 FN 40).

⁴²⁾ Aktuelle Rechtsfragen zu Ausmaß und Verbrauch des Urlaubs – zugleich ein Beitrag zu mehr Gleichmaß und Verhältnismäßigkeit im Urlaubsrecht, ZAS 1992, 181 ff (185 f).

⁴³⁾ *Schrank*, ZAS 1992, 185.

⁴⁴⁾ Gemeint offenbar: auf einen Günstigkeitseinzelvergleich.

⁴⁵⁾ *Schrank* aaO; zu beachten ist, daß diese Aussage vor der UrlG-Novelle durch BGBl 1993/502 gemacht wurde (vgl unten IV. 1.).

⁴⁶⁾ *Schrank*, ZAS 1992, 185 und FN 42.

⁴⁷⁾ *Schrank*, ZAS 1992, 186.

rungen von Schwarz/Löschnigg⁴⁸⁾, die anführen, daß derartige (gemeint: § 2 Abs 4 UrlG inhaltlich entsprechende) Regelungen „nicht durch Arbeitsvertrag getroffen werden können, weil sie vom Gesetz dem Kollektivvertrag bzw der Betriebsvereinbarung vorbehalten sind“.

Nun ist es aber keineswegs so – dies dürften im Grunde genommen auch die Vertreter der hM durchwegs anerkennen –, daß § 2 Abs 4 UrlG einen Tatbestand der notwendigen Mitbestimmung schafft, also es schlichtweg verbietet, eine bestimmte Materie durch Einzelvertrag zu regeln und diese eben der Betriebsvereinbarung (oder dem Kollektivvertrag) „vorbehält“.

Vielmehr geht aus § 2 Abs 4 Satz 2 UrlG und insbesondere der Wortfolge „abweichend von § 12“ deutlich hervor, daß der einzige Grund, warum der Gesetzgeber Umstellungsvereinbarungen der in § 2 Abs 4 Z 1–3 UrlG genannten Art dem Kollektivvertrag und der Betriebsvereinbarung „vorbehält“, jener ist, daß er davon ausgeht, derartige Regelungen bedeuteten grundsätzlich einen Verstoß gegen § 12 UrlG.

Durch § 2 Abs 4 Satz 2 UrlG werden aber – und darauf hinzuweisen, ist ganz besonders wichtig – § 12 UrlG und seine Bedeutung nicht abgeändert. Vielmehr muß man die Wortfolge „abweichend von § 12“ gleichsam als „gesetzgeberische Wissenserklärung“ deuten.

Daraus folgt als – für die weitere Untersuchung überaus bedeutsames – Zwischenergebnis: *Wenn nachgewiesen werden kann, daß die Einschätzung des Gesetzgebers, Vereinbarungen der in § 2 Abs 4 Z 1–3 UrlG geregelten Art verstießen gegen § 12 UrlG, ganz oder teilweise unrichtig sein sollte, dann ist der Weg grundsätzlich frei dafür, auch einzelvertragliche Umstellungen mit dem in § 2 Abs 4 Z 1–3 UrlG verankerten Inhalt auszustatten.*

Es sind daher wahrhaft „goldene Worte“, wenn Schrank⁴⁹⁾ ausführt, daß „die herrschende Auffassung den eigenartig anmutenden Eindruck hinterläßt, als wären Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung in diesem Kontext⁵⁰⁾ benachteiligende Institute, was sie jedenfalls per Saldo auch im gegebenen Zusammenhang nicht sind, bei dem es um Vereinfachungen und Vereinheitlichung geht.“

Ergänzend müßte man bloß hinzufügen, daß der „eigenartig anmutende“ Eindruck nicht allein der hM zuzuschreiben ist, sondern vor allem dem Gesetzgeber, weil dieser in § 2 Abs 4 UrlG sogar ganz eindeutig seiner Meinung Ausdruck verleiht, die im Gesetz genannten Umstellungsregelungen seien für die Arbeitnehmer ungünstiger als die gesetzliche Regelung und verstießen damit gegen § 12 UrlG.

Im folgenden soll geklärt werden, ob dies tatsächlich zutrifft.

III. Beschränkungsverbot, Begünstigungszwang und gleichgünstige Regelungen

Einigkeit besteht darüber, daß § 12 UrlG Regelungen verbietet, die zum Nachteil des Arbeitnehmers vom Gesetz abweichen, und anerkannt ist – theoretisch – auch, daß § 12 UrlG bei vom Gesetz abweichenden Regelungen keinen „Begünstigungszwang“ vorschreibt⁵¹⁾. Die unter diesem Blickwinkel sich aufdrängende Frage nach der Beurteilung *gleich günstiger Sonderregelungen* wird dagegen eigenartigerweise in der Diskussion meist nicht angeschnitten, ja geradezu schamhaft ausgespart. Dies wird besonders deutlich bei den Ausführungen von G. Klein⁵²⁾, die da lauten: „Die Rechtsstellung des Arbeitnehmers darf bloß nicht verschlechtert werden, ein Zwang zur Verbesserung seiner Rechtsstellung besteht nicht.“ Nimmt man diese Ausführungen wörtlich, müßte man dem Autor eigentlich unterstellen, daß für ihn die Zulässigkeit gleich günstiger Sonderregelungen außer Frage steht. *Denn wenn die Sonderregelung nicht schlechter sein darf, gleichzeitig aber nicht besser sein muß, dann ergibt dies nur dann Sinn, wenn man eine dritte Kategorie – eben die gleich günstigen Sonderregelungen – anerkennt.*

Freilich ist zu bezweifeln, ob gerade G. Klein diese Ansicht vertritt, weil auch er – wie grundsätzlich alle Vertreter der hA und der OGH – bei der einzelvertraglichen Umstellung des Urlaubsjahres nur für den Arbeitnehmer (deutlich) *günstigere* Regelungen zuläßt und gleich günstige gar nicht erwägt.

Deutlich gegen die Zulässigkeit gleich günstiger Abweichungen vom Gesetz wendet sich Kuderna⁵³⁾, der ausführt, einzelvertragliche Vereinbarungen seien nur unter Beachtung des Günstigkeitsprinzips zulässig, und der dem Arbeitnehmer zustehende Anspruch bei der Umstellung des Urlaubsjahres auf einzelvertraglicher Basis müsse „sohin verbessert werden“; bloß gleich günstige Regelungen genügten nicht.

Diese Ansicht entbehrt allerdings jeder Rechtsgrundlage und hat nicht nur den klaren Wortlaut des § 12 UrlG gegen sich, sondern dürfte – wie der Verweis Kudernas⁵⁴⁾ auf den Ausschlußbericht zeigt – auf der letztlich dem Jud 53 zuzuschreibenden „Fortschleppung“ einer schon im Jahre 1949 verfehlten Günstigkeitsbetrachtung beruhen.

Der Nachweis für diese Behauptung ist anzutreten. Wie oben zitiert, spricht der OGH im Jud 53 davon, daß der durch das ArbUrlG 1919 gewährte Urlaubsanspruch nur ein gesetzliches Minimum sei und „Vereinbarungen, die dem Arbeiter Urlaub unter günstigeren Bedingungen gewähren . . . gestattet“ seien, wobei im Klammerausdruck auf § 12 ArbUrlG 1919 verwiesen wird.

Dabei ist dem Höchstgericht aber ein Interpretationsfehler unterlaufen. Das ArbUrlG vom 30. Juli

⁴⁸⁾ Arbeitsrecht⁶, 476.

⁴⁹⁾ ZAS 1992, 186.

⁵⁰⁾ Gemeint ist vom Autor damit offensichtlich das von der hM vertretene Aliquotierungsverbot auch für Rumpfhjahre hinsichtlich im zweiten Halbjahr eingetretener Arbeitnehmer.

⁵¹⁾ OGH ARD 3978/14/88 = JBI 1989, 126 = DRdA 1990, 266 mit Anm G. Klein.

⁵²⁾ DRdA 1990, 268.

⁵³⁾ UrlG² Rz 16 und 21 zu § 2.

⁵⁴⁾ UrlG² Rz 16 zu § 2.

1919⁵⁵) enthielt in § 8 Abs 1 folgende Regelung: „Die dem Arbeiter durch dieses Gesetz gewährten Ansprüche können durch Vereinbarung weder aufgehoben noch beschränkt werden.“ Dies entspricht fast wortgleich § 12 UrlG 1976 und verbietet seinem klaren Wortlaut nach nur vom Gesetz in einer für den Arbeitnehmer ungünstigeren Weise abweichende Sonderregelungen. Ein „Begünstigungszwang“ konnte dieser Vorschrift ebensowenig entnommen werden, wie dies beim heute geltenden § 12 UrlG 1976 der Fall ist.

Jener § 12 ArbUrlG 1919, auf den der OGH im Jud 53 verwies, hatte dagegen eine ganz andere Bedeutung und lautete folgendermaßen: „Das Gesetz tritt vierzehn Tage nach seiner Kundmachung in Wirksamkeit. Vereinbarungen, die Arbeitern Urlaub unter günstigeren Bedingungen gewähren, bleiben unberührt.“

Was mit § 12 ArbUrlG 1919 gemeint war, ist eindeutig: Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes *bereits bestehende* und für die Arbeitnehmer günstigere Vereinbarungen sollten durch das Inkrafttreten des Gesetzes nicht berührt werden.

Daß sich diese Konsequenz genau genommen bereits aus dem zitierten § 8 Abs 1 ArbUrlG 1919 ergab, weil bei einem Verbot für den Arbeitnehmer ungünstigerer Normen bestehende günstigere Normen durch das Gesetz naturgemäß nicht berührt werden können, ändert nichts daran, daß § 12 ArbUrlG 1919 auf keinen Fall das Gebot entnommen werden konnte, durch *nach* Inkrafttreten des Gesetzes vereinbarte Abweichungen von diesem müsse der Arbeitnehmer begünstigt werden. Denn damit ergäbe sich ein unlösbarer Widerspruch zu § 8 Abs 1 ArbUrlG 1919. Gleich günstige Sondervereinbarungen waren daher bereits nach dem ArbUrlG 1919 zulässig und wirksam⁵⁶).

Wenn nun der Ausschußbericht zum UrlG 1976 auf das Jud 53 verweist und anführt, daß im Falle einzelvertraglicher Umstellung weiterhin nur nach den in diesem Judikat zum Ausdruck kommenden Grundsätzen verfahren werden könne, dann kann dies in Anbetracht des eindeutigen Wortlautes des § 12 UrlG nicht bedeuten, daß eine schon damals unrichtige Rechtsmeinung des OGH, die noch dazu nicht in einer Gerichtsentscheidung, sondern in einem Gutachten geäußert wurde, die heute geltende Norm in der Weise beeinflusst, daß – entgegen deren eindeutigem Wortlaut – gleich günstige Sonderregelungen ausgeschlossen werden sollen.

Welche eigenartigen Argumente die Gegner gleich günstiger Sonderregelungen im Urlaubsrecht verwenden, wird anhand der Ausführungen *Kudernas*⁵⁷) deutlich, der zunächst § 12 wiedergibt, sodann ausführt, daß „nach dem maßgebli-

chen Günstigkeitsprinzip nur für den Arbeitnehmer günstigere, also das gesetzliche Urlaubsausmaß erweiternde einzelvertragliche Vereinbarungen bzw zumindest gleichgünstige kollektivrechtliche Normen“ zulässig seien, und sich dabei auf *Strasser*⁵⁸) beruft.

Dieses Argument geht völlig fehl, weil sich das Zitat auf Aussagen zu § 3 ArbVG bezieht, der bekanntlich einen ganz anderen Wortlaut als § 12 UrlG aufweist und gegenüber dem Kollektivvertrag tatsächlich nur günstigere (und eben nicht gleich günstige!) Sondervereinbarungen (durch Arbeitsvertrag oder Betriebsvereinbarung) für wirksam erklärt.

§ 3 ArbVG ist also, was die Frage der Zulässigkeit gleich günstiger Sondernormen anbelangt – gerade *nicht* das für das Urlaubsrecht „maßgebende Günstigkeitsprinzip“ im Sinne *Kudernas*.

Diese Maßgeblichkeit gilt – folgt man der ganz hA – jedoch insoweit, als auch Günstigkeitsprüfungen, wie sie zB nach § 40 AngG und eben auch nach § 12 UrlG anzustellen sind, einem *Gruppenvergleich* nach der Art des § 3 Abs 2 ArbVG folgen, wengleich dieser weder im AngG noch im UrlG explizit vorgesehen ist. In der Tat wird nämlich zu dem mit § 12 UrlG in bezug auf die Zulässigkeit vom Gesetz abweichender, dienstvertraglicher Sonderbestimmungen völlig vergleichbaren § 40 AngG von der hL vertreten, daß der danach anzustellende Günstigkeitsvergleich ein Gruppenvergleich nach der Art des § 3 Abs 2 ArbVG ist und daher „zusammenhängende Arbeitsbedingungen in Prüfung zu ziehen“ seien⁵⁹).

An sich ist diese Maßgeblichkeit des § 3 Abs 2 ArbVG auch für andere arbeitsrechtliche Günstigkeitsvergleiche nicht selbstverständlich und in bezug auf Bestimmungen von der Art des § 40 AngG bzw § 12 UrlG durchaus zu hinterfragen, doch sprechen letztlich die besseren Argumente eher für als gegen eine solche Maßgeblichkeit, weshalb ich meine vor Jahren in bezug auf § 40 AngG geäußerte Kritik und mein Eintreten für einen Günstigkeitseinzelnvergleich im Verhältnis zwischen Gesetz und vertraglicher Abweichung aufbebe⁶⁰).

⁵⁸) In *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht³ II 116, 120 f.

⁵⁹) *Martinek/M. Schwarz/W. Schwarz*, AngG⁷, 743; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht⁶, 70; *Krejci* in *Rummel*, ABGB² Rz 6 ff zu § 164; *Grillberger* in *Schwimmann*, ABGB² IV/2 Rz 3 zu §§ 1163, 1164; *Migsch*, Der sogenannte Verzicht des Arbeitnehmers auf Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, FS *Strasser* (1983) 261; *Martinek/Schwarz*, Abfertigung und Auflösung des Arbeitsverhältnisses 300; ebenso *F. Bydlinski*, Die Zusammenrechnung von Dienstzeiten als Abfertigungsproblem in der Bauwirtschaft, ZAS 1985, 128, der den Gruppenvergleich des § 3 Abs 2 ArbVG sogar als allgemeinen Rechtsgedanken und Maßstab für alle Günstigkeitsvergleiche bezeichnet.

⁶⁰) Vgl dazu *G. Schima*, Abfertigungsregelungen in Vorstandsverträgen, in: *Runggaldier* (Hrsg), Abfertigungsrecht (1990) 413 ff.

⁵⁵) StGBI 1919/395.

⁵⁶) § 12 ArbUrlG 1919 hätte allenfalls die – dogmatisch interessante, heute freilich nur mehr akademische – Frage aufgeworfen, welches Schicksal bei Inkrafttreten des Gesetzes bereits bestehenden, für die Arbeitnehmer *gleich günstigen* Sondervereinbarungen zuteil werden sollte.

⁵⁷) UrlG² Rz 10 zu § 2.

Aus der Nähe besehen ist die Zulassung eines Günstigkeitsgruppenvergleiches geradezu die Voraussetzung dafür, daß gleich günstige Sonderregelungen überhaupt in Betracht kommen, denn wenn nur die einzelne Norm zu vergleichen ist, ohne daß „Kompensationen“ möglich sind, würde eine gleich günstige Regelung nur schwer denkbar sein.

Die von den Gegnern einer Anerkennung gleich günstiger Sonderbestimmungen im Anwendungsbereich des § 40 AngG bzw § 12 UrlG – abgesehen von den bereits wiedergegebenen – geäußerten Argumente sind – wie gesagt – untauglich. Die Behauptung von Martinek/M. Schwarz/W. Schwarz⁶¹⁾, daß „die dem zwingenden Gesetz nachgeordneten Rechtsquellen . . . prinzipiell nur gültig [sind], soweit sie für den Arbeitnehmer günstiger sind oder Angelegenheiten betreffen, die im Gesetz nicht geregelt sind“, ist nichts anderes als eine *petitio principii*. Denn es steht ja gerade in Frage, wie zwingend das Gesetz tatsächlich ist. Diesbezüglich existieren mehrere Möglichkeiten. Das Gesetz kann – wie dies bei den meisten Vorschriften des ArbVG angenommen wird⁶²⁾ – zweiseitig zwingend sein, dh Abweichungen nach beiden Seiten verbieten, es kann Abweichungen nur zugunsten, nicht aber zum Nachteil einer Partei zulassen, und es kann drittens bloß eine Beschränkung der einer Partei eingeräumten Rechte verbieten und damit gleichwertige Sonderregelungen erlauben. Davon, daß „nachgeordnete“ Rechtsquellen (nur im Arbeitsrecht?) *prinzipiell* nur günstiger (für wen?) sein können, kann keine Rede sein, weil es sonst dispositives Gesetzesrecht überhaupt nicht gäbe.

Vor allem ist es verfehlt, aus der – im Grundsatz zu befürwortenden – Maßgeblichkeit des in § 3 Abs 2 ArbVG normierten Gruppenvergleiches auch für den nach § 40 AngG bzw § 12 UrlG anzustellenden Günstigkeitsvergleich zu folgern, daß hier auch „die prinzipielle Bewertung des § 3 Abs 1 ArbVG in jedem Fall vorrangig heranzuziehen ist“⁶³⁾. Diese Auffassung ignoriert den gegenüber § 12 UrlG (bzw § 40 AngG) ganz anders gearteten Wortlaut des § 3 Abs 1 ArbVG. Vor allem leuchtet in keiner Weise ein, warum aus der Maßgeblichkeit des Gruppenvergleiches folgen soll, daß nur günstigere und nicht gleich günstige Sonderregelungen erlaubt sind. Denn wie schon ausgeführt, gewinnt der Gruppenvergleich gerade bei der Zulassung gleich günstiger Sonderregelungen besondere Bedeutung, weil die „Gleichgünstigkeit“ nur bei einem Gruppenvergleich wirklich tauglich ermittelt werden kann.

Schließlich dürfte den vehementen Gegnern gleich günstiger Sonderregelungen nicht bewußt sein, daß manche arbeitsrechtliche bzw im speziellen urlaubsrechtliche Alltäglichkeit in Wahrheit auf der Zulässigkeit gleichgünstiger Abweichungen vom Gesetz beruht. Wie anders soll zB hin-

sichtlich ihrer Zulässigkeit die von fast niemandem in Zweifel gezogene Berechnung des Urlaubes nach Arbeitstagen⁶⁴⁾ anstatt nach den im Gesetz vorgesehenen Werktagen beurteilt werden? Dabei handelt es sich sogar um eine geradezu „klassische“ Form einer zwar vom Gesetz eindeutig abweichenden, aber gleich günstigen Regelung. Bekanntlich kann die Berechnung des Urlaubes nach Arbeitstagen in Einzelfällen für den Arbeitnehmer gegenüber der gesetzlichen Regelung nachteilig sein, und ebenso darf als bekannt vorausgesetzt werden, daß es sich auch umgekehrt verhalten kann.

Die Beantwortung der Frage, ob eine Sondervereinbarung günstiger bzw gleich günstig als bzw wie die gesetzliche Regelung ist, hat sich an den *im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung herrschenden Verhältnissen* zu orientieren, erfolgt daher auf der Grundlage einer *ex-ante-Betrachtung*. Dies bedeutet, daß einerseits auf die im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung geltende *Rechtslage* abzustellen ist⁶⁵⁾, andererseits aber auch die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Vereinbarungsschlusses maßgebend sind und sich bei einer Rückschau (*ex-post-Betrachtung*) ergebende Entwicklungen, die im vorhinein nicht absehbar bzw als untypisch erscheinen mußten, außer Betracht bleiben⁶⁶⁾.

Sehr gut kann dies am Beispiel des Abtausches der gesetzlichen Abfertigung gegen eine Pensionszusage⁶⁷⁾ erläutert werden. Schließt ein männlicher Arbeitnehmer im Zuge seines Ausscheidens im Alter von 65 mit dem Arbeitgeber die Vereinbarung, auf die ihm zustehende gesetzliche Abfertigung von einem Jahresbezug gegen Gewährung einer Pensionszusage in Höhe von 40% seines Letztbezuges zu verzichten, dann kann an der Günstigkeit einer solchen Vereinbarung nicht gezweifelt werden, weil die Lebenserwartung dieses Arbeitnehmers nach derzeitigem Stand mehr als fünfzehn Jahre beträgt, er daher aller Voraussicht nach durch die Pensionsregelung (selbst bei Berücksichtigung der Abzinsung) einen wesentlich höheren Betrag lukrieren wird als durch Bezug der Abfertigung.

Die Verankerung eines Hinterbliebenenanspruches wäre in einem solchen Fall zur Wahrung der Günstigkeit daher nicht erforderlich. Stirbt nun dieser Arbeitnehmer einen Tag nach Abschluß der Vereinbarung bei einem Unfall, ändert sich an der Günstigkeit und damit dem rechtlichen Bestand der Regelung nichts und kann nicht die Witwe des Arbeitnehmers den bei Geltung der gesetzlichen Rechtslage bereits entstandenen Abfertigungsanspruch begehren.

Das Bild ändert sich jedoch sofort, wenn besagter 65jähriger Arbeitnehmer im Abschlußzeitpunkt schwer krebserkrank und dem Tode geweiht ist, weil dann der Verzicht auf die zwölf Monatsentgelte betragende Abfertigung für ihn bei einer realistischen *ex-ante-Betrachtung* zweifellos ungünstiger ist, sofern die Pensionszusage nicht Hinterbliebenenansprüche beinhaltet.

⁶⁴⁾ Vgl allerdings die etwas kryptischen Aussagen von Kuderna, *UrlG² Rz 10 zu § 2*.

⁶⁵⁾ Strasser in *Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht³ II 121*; anschaulich OGH JBI 1987, 538 f.

⁶⁶⁾ Vgl für die BRD Schaub, *Arbeitsrechtshandbuch⁶*, 1704.

⁶⁷⁾ Vgl explizit § 23a Abs 6 AngG.

⁶¹⁾ AngG⁷, 743.

⁶²⁾ Vgl Jabornegg, *Absolut zwingendes Arbeitsverfassungsrecht*, FS Strasser (1983) 367 ff.

⁶³⁾ So Martinek/M. Schwarz/W. Schwarz, *AngG⁷*, 743.

Die Unmaßgeblichkeit der im nachhinein eingetretenen, im Abschlußzeitpunkt jedoch unvorhersehbaren Entwicklungen zeigt sich bei diesem Beispiel daran, daß sich an der Ungültigkeit der Vereinbarung grundsätzlich nichts ändert, wenn der Arbeitnehmer wider Erwarten sein Krebsleiden übersteht und noch zwanzig Jahre lebt. Aufgrund der relativ zwingenden Wirkung der arbeitsrechtlichen Gesetzesvorschrift wäre es freilich dem Arbeitgeber in diesem Falle versagt, sich auf die Unwirksamkeit zu berufen, weil auch die Nichtigkeit nur eine relative ist. Der Arbeitnehmer wird naheliegenderweise in einem solchen Fall keinen Anlaß haben, die Nichtigkeit geltend zu machen. Tut er dies, müßte er im Gegenzug die über die gesetzliche Abfertigung hinausreichenden Pensionszahlungen zurückstellen.

Übertragen auf unser urlaubsrechtliches Problem bedeutet dies, daß die fehlende Günstigkeit oder zumindest gleiche Günstigkeit einer vom UrlG abweichenden vertraglichen Sondervereinbarung nicht allein darauf gestützt werden kann, daß – ex post betrachtet – in einem bestimmten Fall sich ungünstigere Auswirkungen auf den Arbeitnehmer ergeben können, wenn dieser Fall entweder nicht typisch ist oder es bei einer ex-ante-Betrachtung eine überwiegende Anzahl denkbarer Fälle gibt, bei denen die Sonderregelung sich günstiger oder zumindest gleich günstig auswirkt. Was dies bei Aliquotierungsregelungen in einzelvertraglichen Umstellungsvereinbarungen zu bedeuten hat, soll im folgenden erörtert werden.

Zusammenfassend gesagt, erlaubt daher § 12 UrlG – entsprechend seinem klaren Wortlaut – einzelvertragliche Abweichungen vom Gesetz, die zwar für den Arbeitnehmer nicht günstiger, aber per Saldo gleich günstig sind, wobei die gleiche Günstigkeit anhand eines Gruppenvergleiches zu ermitteln ist.

IV. Günstigkeitsprüfung bei Aliquotierungsregelungen

Konkret zu prüfen ist nun, ob Klauseln in einzelvertraglichen Urlaubssumstellungsvereinbarungen, die für Rumpfurlobsjahre eine Aliquotierung des Urlaubes in Anlehnung an den Regelungsinhalt des § 2 Abs 4 UrlG vorsehen, tatsächlich ungünstiger als das Gesetz sind, wie dies die hA annimmt, oder ob derartige Regelungen nicht unter bestimmten Voraussetzungen sogar günstiger oder zumindest gleich günstig sind.

Entsprechend der auch durch § 2 Abs 4 UrlG vorgezeichneten Differenzierung sowie in Anbetracht der in der Literatur geäußerten Ansätze empfiehlt sich (auf der Grundlage der Prämisse einer Umstellung auf das Kalenderjahr, weil nur dies in der Praxis eine Rolle spielt) eine gesonderte Darstellung für jene Arbeitnehmer, die im ersten Kalenderhalbjahr, und solche, die im zweiten Kalenderhalbjahr eingetreten sind.

1. Im zweiten Kalenderhalbjahr eingetretene Arbeitnehmer

Als konkretes Beispiel soll von folgendem Sachverhalt ausgegangen werden. Ein Arbeitnehmer ist am 1. Oktober 1995 in das Unternehmen eingetre-

ten und hat anläßlich des Eintrittes dienstvertraglich mit dem Arbeitgeber vereinbart, daß das Urlaubsjahr auf Kalenderjahr umgestellt wird, das nächste Urlaubsjahr daher am 1. Jänner 1996 beginnt und der Arbeitnehmer für das drei Monate dauernde Rumpfurlobsjahr (Oktober bis Dezember 1995) einen Urlaubsanspruch von 3/12 (aufgerundet daher acht Werktage) bekommt. Zusätzlich haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart, daß der Arbeitnehmer mit Beginn des ersten vollen Urlaubsjahres (1. Jänner 1996) keine Wartezeit, dh auch nicht mehr den sich bei Anwendung des § 2 Abs 2 UrlG ergebenden Wartezeitrest von drei Monaten, absolvieren muß, sondern mit Beginn des ersten vollen (Kalender-)Urlaubsjahres am 1. Jänner 1996 der volle neue Urlaubsanspruch entsteht.

Vergleicht man nun die Urlaubsentwicklung und die Anspruchsentstehungszeitpunkte bei einer solchen Regelung mit jenen Auswirkungen, die sich im Falle der Beibehaltung des gesetzlichen Zustandes ergeben hätten, dann erkennt man folgendes: Bei der vertraglichen Umstellung erwirbt der Arbeitnehmer im Rumpffjahr fortlaufend einen aliquoten Urlaubsanspruch von im gesamten Rumpffjahr insgesamt 3/12 eines Jahresurlaubes und ist damit zumindest gleichgestellt mit dem Arbeitnehmer bei Geltung der gesetzlichen Bestimmungen, dessen Urlaubsanspruch aufgrund der seit der UrlG-Novelle 1993⁶⁸⁾ geltenden Fassung des § 2 Abs 2 UrlG in den ersten sechs Monaten des ersten Arbeitsjahres ebenfalls im Verhältnis zu der im Arbeitsjahr zurückgelegten Dienstzeit entsteht.

Aufgrund der UrlG-Novelle 1993, mit der die bis dahin geltende Fassung des § 2 Abs 2 UrlG modifiziert wurde, wonach der Urlaub im ersten Arbeitsjahr erst nach sechs Monaten entstand, stimmt daher der von *Schrank*⁶⁹⁾ im Jahre 1992 angestellte Befund nicht mehr, daß der Arbeitnehmer auch bei der voll aliquotierenden Umstellungsvereinbarung „früher mehr Urlaub [erhält], als er nach dem Gesetz erhalten hätte“.

Nach der hier vertretenen Auffassung genügt allerdings die gleiche Günstigkeit für eine Wirksamkeit der Vereinbarung. Günstiger (wenn auch nur marginal günstiger) ist für den Arbeitnehmer die *Aufrundung* bei der Aliquotierung, wenn sich bei der Division des Jahresurlaubsanspruches keine ganzen Tage ergeben. Verzichtet der Arbeitgeber darüber hinaus nicht bloß für das erste volle (Kalender-)Urlaubsjahr, sondern auch für das Rumpfurlobsjahr bei neu eingetretenen Arbeitnehmern auf eine Wartezeit, sodaß im gewählten Beispiel zB 3/12 des Urlaubes gleich mit Eintritt entstehen, kann an der Günstigkeit der Vereinbarung schon in der „Anfangsphase“ nicht gezweifelt werden.

Betrachtet man die weitere Entwicklung, dann sieht man, daß der Arbeitnehmer im gewählten Beispiel auf der Grundlage der vertraglichen Re-

⁶⁸⁾ BGBl 1993/502.

⁶⁹⁾ ZAS 1992, 185.

gelung nach drei Monaten, dh am 1. Jänner 1996, einen ganzen Jahresurlaubsanspruch erwirbt, er also zu diesem Stichtag bereits 15/12 eines Gesamtjahresurlaubsanspruches erworben hat, wohingegen bei Geltung der gesetzlichen Regelung der Arbeitnehmer im Jänner 1996 bloß sein viertes 12 während der Wartezeit erwürbe. Neun Monate lang, dh zwischen 1. Jänner 1996 und 30. September 1996, hat der Arbeitnehmer aufgrund der vertraglichen Umstellungsvereinbarung daher ein deutlich höheres „Urlaubskonto“. Würde er in diesem Zeitraum (insbesondere durch Dienstgeberkündigung) ausscheiden, erhielte er bei gleich hohem Urlaubsverbrauch eine deutlich höhere Urlaubsentschädigung.

Das Bild ändert sich für die Dauer von drei Monaten mit 1. Oktober 1996. Denn in diesem Zeitpunkt würde der gesetzlich behandelte Arbeitnehmer im gewählten Beispiel einen weiteren vollen Jahresurlaub (also 12/12) erwerben, sodaß zu seinen Gunsten im gesamten Arbeitsverhältnis insgesamt ein Urlaubsanspruch von 24/12 eines Gesamtjahresurlaubes entstanden wäre, wohingegen der vertraglich umgestellte Arbeitnehmer bis zum 31. Dezember 1996 nur einen „Urlaubskontostand“ von insgesamt 15/12 hätte. Mit 1. Jänner 1997 dreht sich die Situation jedoch wieder um. Der vertraglich umgestellte Arbeitnehmer erwirbt einen weiteren vollen Jahresurlaubsanspruch (12/12) und verfügt daher über einen „Kontostand“ von 27/12, wohingegen der gesetzlich behandelte Arbeitnehmer wiederum für einen neunmonatigen Zeitraum, dh bis zum 30. September 1997, insgesamt nur einen Urlaubsanspruch von 24/12 hätte. Sodann folgt (ab 1. Oktober 1997) wiederum ein dreimonatiger Zeitraum, in dem der gesetzlich behandelte Arbeitnehmer durch Erwerb eines weiteren Jahresurlaubsanspruches einen höheren „Urlaubskontostand“ aufweist als der vertraglich umgestellte usw.

Bei einer gesamthaften Wertung kann mE an der Günstigkeit der einzelvertraglichen Umstellungsvereinbarung nicht gezweifelt werden. Wie Schrank⁷⁰⁾ bereits zutreffend festgehalten hat, ist die „Bedeutung von Ausmaßverschiebungen durch das Einvernehmlichkeitsprinzip des Urlaubsconsums stark relativiert“. Selbst wenn man diese Ausmaßverschiebungen in die Günstigkeitsprüfung voll einbezieht, ändert sich an der für den Arbeitnehmer insgesamt vorteilhaften Wirkung der Umstellungsvereinbarung mit dem oben vorgestellten Inhalt nichts, weil jene Perioden, in denen der vertraglich umgestellte Arbeitnehmer über einen höheren „Urlaubskontostand“ als der gesetzlich behandelte Arbeitnehmer verfügt, stets länger sind, als die Perioden, in denen das umgekehrte Ergebnis vorliegt. Dies gilt im übrigen für sämtliche im zweiten Halbjahr neu eingetretene Arbeitnehmer, wobei sich allerdings das Verhältnis in Richtung Verkürzung des für den umgestellten Arbeitnehmer vorteilhafteren und Verlängerung des

für ihn nachteiligen Zeitraumes umso mehr verschiebt, je früher der Arbeitnehmer im zweiten Halbjahr eingetreten ist.

Bei dieser Sachlage bedarf es mE nicht einmal des von Schrank⁷¹⁾ vorgeschlagenen ad-hoc-Ausgleiches im Falle tatsächlich eintretender Nachteile bei Beendigung des Dienstvertrages. Denn es kommt, wie oben dargelegt, bei der Günstigkeitsprüfung auf eine vernünftige und den gewöhnlichen Lauf der Dinge vorhersehende ex-ante-Betrachtung an⁷²⁾. Überwiegt bei einer ex-ante-Betrachtung die Zahl jener möglichen Beendigungsfälle, in denen der Arbeitnehmer bei einzelvertraglicher Umstellung mit dem obigen Inhalt günstiger gestellt ist, die Zahl der Fälle, bei denen dies nicht der Fall ist bzw sich für den Arbeitnehmer ungünstigere Wirkungen ergeben, dann ist die Vereinbarung eben insgesamt günstiger. Mit anderen Worten: Daß im gewählten Beispiel ein mit Wirkung zum 31. Oktober 1996 gekündigter Arbeitnehmer, der (diese Annahme erfolgt aus Vereinfachungsgründen) noch keinerlei Urlaub verbraucht hat, eine Urlaubsentschädigung für 60 Werktagen (zwei volle Jahresurlaube) erhielte, weil er am 1. Oktober 1996 bereits seinen zweiten Jahresurlaub erworben hat, wohingegen der vertraglich umgestellte Arbeitnehmer im Beispiel bloß eine Entschädigung für (aufgerundet) 38 Werktagen beanspruchen könnte, vermag an der Gültigkeit und insgesamt gegebenen Günstigkeit der Vereinbarung nichts zu ändern. Denn rein statistisch wahrscheinlicher ist es, daß das Dienstverhältnis in einer der sich mit den Dreimonatsperioden abwechselnden, für den vertraglich umgestellten Arbeitnehmer günstigeren Neunmonatsperioden beendet wird.

Ein für die Günstigkeit der einzelvertraglichen Vereinbarung sprechender Umstand ist außerdem in der Tatsache zu erblicken, daß der vertraglich umgestellte Arbeitnehmer vor allem in der Anfangsphase des Arbeitsverhältnisses, im gewählten Beispiel vor allem während des neunmonatigen Zeitraumes zwischen dem 1. Jänner und dem 30. September 1996, deutlich gegenüber dem gesetzlich behandelten Arbeitnehmer bessergestellt ist. Besonders kraß ist diese Besserstellung im vierten bis sechsten Monat des Dienstverhältnisses. Wird der Arbeitnehmer zB zum Ende des sechsten Monats gekündigt, hat er bei vertraglicher Umstellung (und ohne bisherigen Urlaubsverbrauch) einen Anspruch auf eine Entschädigung von 38 Werktagen, der gesetzlich behandelte Arbeitnehmer hingegen nur von 15 Werktagen.

Dies fällt vor allem in Anbetracht der erfahrungsgemäß am Beginn eines Arbeitsverhältnisses besonders hohen Mitarbeiterfluktuation bei der Günstigkeitsprüfung ins Gewicht.

Selbst dann, wenn bei im zweiten Halbjahr eintretenden Arbeitnehmern der Arbeitgeber in der

⁷⁰⁾ ZAS 1992, 185 f.

⁷¹⁾ ZAS 1992, 186.

⁷²⁾ Vgl oben D. III.; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch⁸, 1704.

vertraglichen Umstellungsvereinbarung nicht auf die Wartezeit verzichtet, sondern im geschilderten Beispiel den vollen Jahresurlaub erst mit 1. April 1996 entstehen läßt, ist die Umstellungsvereinbarung günstiger als die gesetzliche Regelung. Allerdings ist dann die besondere Günstigkeit in der Anfangsphase des Arbeitsverhältnisses erheblich gemindert.

2. Im ersten Halbjahr eingetretene Arbeitnehmer

Ausgegangen wird von folgendem Beispiel: Ein Arbeitnehmer ist am 1. April 1995 eingetreten und hat in seinem Dienstvertrag vereinbart, daß das Urlaubsjahr auf das Kalenderjahr umgestellt wird, sodaß sein nächstes volles Urlaubsjahr mit 1. Jänner 1996 beginnt. Weiters sind Arbeitgeber und Arbeitnehmer übereingekommen, daß im Rumpffjahr 1. April 1995 bis 31. Dezember 1995 ein aliquoter Urlaub von 9/12 besteht und der Arbeitgeber von Anfang an auf die Wartezeit verzichtet, der aliquote Anspruch daher mit Beginn des Arbeitsverhältnisses entsteht.

In diesem Fall ist der Arbeitnehmer bei vertraglicher Umstellung in den ersten sechs Monaten jedenfalls besser gestellt, weil er sofort über einen Anspruch von 9/12 verfügt, wohingegen der gesetzlich behandelte Arbeitnehmer – entsprechend § 2 Abs 2 UrlG – in den ersten sechs Monaten seinen Anspruch aliquot, dh fortlaufend von Monat zu Monat, erwirbt. Mit 1. Oktober 1995 besteht beim gesetzlich behandelten Arbeitnehmer allerdings der volle Urlaubsanspruch von 12/12, wohingegen der vertraglich umgestellte Arbeitnehmer noch für weitere drei Monate (dh bis zum 31. Dezember 1995) sich mit 9/12 zufriedengeben muß. Mit 1. Jänner 1996 erwirbt der vertraglich umgestellte Arbeitnehmer einen weiteren, vollen Jahresurlaubsanspruch und erhöht den Stand seines „Urlaubskontos“ auf insgesamt 16/12. Der gesetzlich behandelte Arbeitnehmer muß sich weitere drei Monate (zwischen dem 1. Jänner und dem 31. März 1996) mit einem „Kontostand“ von 12/12 zufriedengeben. Mit 1. April 1996 erwirbt er aber einen weiteren Anspruch von 12/12 und erhöht seinen „Kontostand“ daher auf 24/12, wohingegen der vertraglich umgestellte Arbeitnehmer neun Monate lang, dh bis zum 31. Dezember 1996, sich mit insgesamt 16/12 zufriedengeben muß. Mit 1. Jänner 1997 ändert sich das Bild wiederum für drei Monate, weil sich dann der „Urlaubskontostand“ des vertraglich umgestellten Arbeitnehmers durch einen weiteren Jahresurlaubsanspruch auf 28/12 erhöht, während der gesetzlich behandelte Arbeitnehmer drei Monate lang nur einen Gesamtanspruch von 24/12 besitzt. Danach folgt wiederum eine neunmonatige Periode, in der der gesetzlich behandelte Arbeitnehmer bessergestellt ist, gefolgt von einer dreimonatigen, in der es sich umgekehrt verhält usw.

In einem solchen Falle ist bei der vertraglichen Umstellungsvereinbarung der *Verzicht auf jegliche Wartezeit erforderlich*, damit der Arbeitnehmer jedenfalls in der Anfangsphase, also während jener

sechs Monate, in der nach dem Gesetz der Urlaub nur aliquot erworben wird, bessergestellt ist als bei Anwendung des UrlG. Würde diese Vereinbarung nicht getroffen, wäre der Arbeitnehmer durch die Umstellungsvereinbarung während des gesamten Rumpffjahres schlechter gestellt als nach dem Gesetz, womit der Günstigkeitsvergleich wohl bereits im Sinne einer Ungünstigkeit und damit Ungültigkeit der Umstellungsvereinbarung präjudiziert wäre.

Allerdings ist auch die Situation bei im ersten Halbjahr eintretenden Arbeitnehmern dadurch gekennzeichnet, daß einander Zeiträume, in denen der vertraglich umgestellte Arbeitnehmer bessergestellt ist, mit solchen Zeiträumen abwechseln, in denen die gesetzliche Regelung günstiger ist. Ein wesentlicher Unterschied gegenüber den im zweiten Halbjahr eingetretenen Arbeitnehmern besteht aber darin, daß sich die Länge der Perioden zueinander umgekehrt verhält. *Jene Perioden, in denen der gesetzlich behandelte Arbeitnehmer günstiger gestellt ist, sind stets länger als die Perioden, in denen sich die vertragliche Umstellung auf den Arbeitnehmer vorteilhaft auswirkt*, wobei sich das Verhältnis umso mehr einebnet, je später im ersten Halbjahr der Arbeitnehmer eingetreten ist.

Man könnte nun die weiteren Überlegungen zu einer möglichen Günstigkeit einzelvertraglicher Umstellungsvereinbarungen mit Aliquotierung im Rumpffjahr bei im ersten Halbjahr eingetretenen Arbeitnehmern deshalb abbrechen, weil selbst § 2 Abs 4 UrlG derartiges nicht ermöglicht, sondern vielmehr § 2 Abs 4 Z 1 letzter Satzteil anordnet, daß bei Wartezeiterfüllung mit Beendigung des Rumpffjahres für dieses der volle Urlaubsanspruch gebührt.

So meint zB *Schrank*⁷³⁾, daß im Falle der Wartezeiterfüllung mit Abschluß des Rumpffjahres für dieses ein voller Urlaubsanspruch gebühre⁷⁴⁾, weil das, „was sogar für die umstellungsermächtigten Rechtsquellen des kollektiven Arbeitsrechts gilt, . . . nach dem Gesamtkonzept des UrlG umso eher für die einzelvertragliche Abweichung gelten“ müsse. Dies überzeugt jedoch nicht, weil nach der hier vertretenen Ansicht § 2 Abs 4 UrlG nicht einen „Rechtsformzwang“ nach Art der notwendigen Mitbestimmung statuiert, sondern der Gesetzgeber deshalb anscheinend nur die Betriebsvereinbarung und den Kollektivvertrag dazu ermächtigt, Regelungen nach der Art des § 2 Abs 4 UrlG zu treffen, weil er der Ansicht ist, solche Vereinbarungen verstießen gegen § 12 UrlG.

Wie schon ausgeführt, steht auch für einzelvertragliche Umstellungsvereinbarungen mit in § 2 Abs 4 UrlG erwähnten Inhalten der Weg offen, wenn und soweit dem Gesetzgeber nachgewiesen werden kann, daß diese in § 2 Abs 4 Satz 2 UrlG geäußerte Ansicht unrichtig bzw die konkrete Umstellungsvereinbarung so ausgestaltet ist, daß sie

⁷³⁾ ZAS 1992, 185 FN 42.

⁷⁴⁾ So auch *Marhold*, RdW 1988, 356.

als zumindest gleich günstig angesehen werden muß. Hinsichtlich der im zweiten Halbjahr eingetretenen Arbeitnehmer wurde die Unrichtigkeit der Einschätzung, (auch) bei diesen verstieße die Aliquotierung generell gegen § 12 UrlG, oben dargestellt.

Gelänge dies auch für im ersten Halbjahr eingetretene Arbeitnehmer, stünde die Tatsache, daß § 2 Abs 4 UrlG die Aliquotierung anscheinend nicht ermöglicht, sondern den vollen Urlaub im Rumpffjahr vorschreibt, einzelvertraglichen Umstellungsvereinbarungen mit Aliquotierung nicht im Wege.

Konkret betrachtet, stellt sich die Frage, ob die Günstigkeit von einzelvertraglichen Umstellungsvereinbarungen mit Aliquotierung auch bei im ersten Halbjahr eingetretenen Arbeitnehmern bereits dadurch bewirkt wird, daß der Arbeitgeber – wie im gewählten Beispiel – von Anfang an auf eine Wartezeit verzichtet, weshalb in den ersten sechs Monaten der Arbeitnehmer jedenfalls günstiger gestellt ist. Dies ist mE zumindest zu bezweifeln und im Ergebnis wohl generell zu verneinen, weil sich als Nachteil demgegenüber die Tatsache ergibt, daß in weiterer Folge jene Phasen, in denen der Arbeitnehmer nach dem Gesetz über ein „höheres Urlaubskonto“ verfügt und daher bessergestellt ist, regelmäßig länger sind als die Phasen, bei denen die Umstellungsvereinbarung für den Arbeitnehmer vorteilhafte Auswirkungen hat. Daraus ergibt sich, daß bei einer ex-ante-Betrachtung die Zahl jener möglichen Beendigungsfälle, bei denen der gesetzlich behandelte Arbeitnehmer bessergestellt ist als der vertraglich umgestellte, überwiegt, wenn man von der sechsmonatigen Anfangsphase des Dienstverhältnisses absieht.

In Branchen oder bei Dienstverhältnissen, in denen die Fluktuation erfahrungsgemäß ganz besonders hoch oder die Kurzlebigkeit der Dienstverhältnisse besonders ausgeprägt ist, könnte die Privilegierung während der ersten sechs Monate wohl ausschlaggebend sein und insgesamt die Günstigkeit der Aliquotierungsvereinbarung auch bei im ersten Halbjahr eingetretenen Arbeitnehmern möglicherweise „retten“.

Bei „typischen“ Verhältnissen dürfte dies aber eher nicht der Fall sein, sofern der Arbeitgeber nicht anderweitig einen Ausgleich schafft.

Als solcher bietet sich die von Schrank⁷⁵⁾ vorgeschlagene Lösung einer *ad-hoc-Regelung im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses* an.

Der Arbeitgeber könnte in die einzelvertragliche Umstellungsvereinbarung zB eine Klausel aufnehmen, derzufolge ein sich im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses – zu welchem Zeitpunkt auch immer – durch die Umstellung gegenüber der gesetzlichen Behandlung ergebender Nachteil (insbesondere durch eine verkürzte Urlaubsschädigung) ausgeglichen, dh eine niedrigere Urlaubsschädigung bis zu jener Höhe „aufgefüllt“ wird, die sich ohne einzelvertragliche Umstellungsvereinbarung ergäbe.

Eine derartige Vertragsbestimmung macht die einzelvertragliche Umstellungsvereinbarung mit Aliquotierung im Rumpffjahr auch bei im ersten Halbjahr eingetretenen Arbeitnehmern jedenfalls unbedenklich, stellt freilich gewisse Zusatzanforderungen an die EDV bzw Lohnverrechnung des Arbeitgebers.

Als zusätzliche Erwägung sei am Rande noch die Tatsache erwähnt, daß der scheinbare Ausschluß derartiger Lösungen selbst für die Betriebsvereinbarung und den Kollektivvertrag durch die Vorschrift des § 2 Abs 4 Z 1 letzter Halbsatz UrlG auch nicht logisch stimmig ist und zumindest rechtspolitisch verfehlt erscheint. Denn es leuchtet nicht ein, warum der Gesetzgeber in § 2 Abs 4 Z 3 UrlG bei zu Beginn des neuen Urlaubsjahres bereits mindestens ein Jahr beim Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmern sehr wohl eine Aliquotierung desurlaubes auch für mehr als sechs Monate betragende Rumpffurlaubsjahre gestattet, indem er eine gesonderte Berechnung für den (aus dem Zeitraum zwischen Beginn des Arbeitsjahres und Beginn des umgestellten Urlaubsjahres und diesem Urlaubsjahr gebildeten) Umstellungszeitraum gestattet. Für diese Ungleichbehandlung sind keine sachlichen Gründe ersichtlich.

Eine gesonderte Behandlung jener Arbeitnehmer, die nicht in dem Kalenderjahr eingetreten sind, welches dem umgestellten Urlaubs(= Kalender-)jahr unmittelbar vorangeht, die also iSd § 2 Abs 4 Z 3 UrlG im Umstellungszeitraum bereits mindestens ein Jahr beschäftigt sind, ist im Rahmen dieser Darstellung entbehrlich, weil nach dem Gesagten *diese Gruppe jedenfalls genauso behandelt werden kann wie die im ersten Halbjahr des dem umgestellten Urlaubs(= Kalender-)jahr unmittelbar vorangehenden Kalenderjahres eingetretenen Arbeitnehmer*, deren Rumpffurlaubsjahr daher mehr als sechs Monate beträgt.

E. Ergebnisse

I. § 2 Abs 4 UrlG schafft keinen „Rechtsformzwang“ nach der Art der notwendigen Mitbestimmung in der Weise, daß Themen wie die in § 2 Abs 4 Z 1–3 UrlG geregelten überhaupt nur in der Rechtsform des Kollektivvertrages bzw der Betriebsvereinbarung erledigt werden können. Vielmehr besteht der Grund dafür, daß der Gesetzgeber anscheinend einen Vorbehalt für den Kollektivvertrag und die Betriebsvereinbarung anordnete, darin, daß er der Auffassung war, Aliquotierungsvereinbarungen in Rumpffahren verstießen gegen § 12 UrlG.

II. § 12 UrlG verbietet bloß die Aufhebung und Beschränkung der durch das UrlG dem Arbeitnehmer gewährleisteten Rechte durch Arbeitsvertrag oder – soweit im Gesetz nicht anders angeordnet – durch Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung. Die Norm ähnelt daher insoweit § 40 AngG, der ebenfalls eine Aufhebung oder Beschränkung der im Gesetz verankerten Rechte des Arbeitnehmers durch Dienstvertrag und Normen der kollektiven Rechtsgestaltung untersagt.

⁷⁵⁾ ZAS 1992, 186.

Schon dem klaren Wortlaut nach werden dadurch für den Arbeitnehmer gleich günstige Sonderregelungen nicht ausgeschlossen. Eine Heranziehung des § 3 Abs 1 ArbVG, der im Verhältnis zwischen Kollektivvertrag einerseits und Betriebsvereinbarung bzw Arbeitsvertrag andererseits nur günstigere Normen ermöglicht, verbietet sich in Anbetracht der klar unterschiedlichen Wortlaute. Sie kann insbesondere auch nicht mit der – an sich richtigen – Ansicht begründet werden, der in § 3 Abs 2 ArbVG angeordnete Gruppenvergleich werde auch für alle anderen arbeitsrechtlichen Günstigkeitsvergleiche trotz Fehlens einer ausdrücklichen Anordnung angewendet. Denn das eine hat mit dem anderen nichts zu tun. Vielmehr entfaltet der Gruppenvergleich gerade bei der Prüfung gleich günstiger Sondervereinbarungen seine volle Wirkung. Ein Einzelvergleich schließt dagegen gleich günstige Regelungen von vornherein aus.

III. Auch im ArbUrlG 1919, auf das der OGH im Jud 53 Bezug nimmt, ordnete § 8 Abs 1 ganz Ähnliches wie § 12 UrlG 1976 an. Der Verweis im Jud 53 auf § 12 ArbUrlG 1919 ist verfehlt, weil diese Bestimmung nur das Aufrechterhalten von im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bestehenden günstigeren Regelungen vorsah, nicht aber – im Widerspruch zu § 8 Abs 1 ArbUrlG 1919 – als Verbot gleich günstiger Sondervereinbarungen nach Inkrafttreten des Gesetzes zu verstehen war.

IV. Es sind daher einzelvertragliche Umstellungen des Urlaubsjahres auf einen anderen Zeitraum (insbesondere auf das Kalenderjahr) gültig und wirksam, die für den Arbeitnehmer zwar nicht günstiger, aber zumindest gleich günstig sind.

V. Ob eine Sondervereinbarung günstiger als bzw zumindest gleich günstig wie das Gesetz ist, bestimmt sich nach den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung. Maßgeblich ist daher eine ex-ante-Prüfung und die Einbeziehung der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Verhältnisse. Nachträglich eingetretene, aber nicht vorhersehbare bzw atypische Ereignisse haben ebenso außer Betracht zu bleiben wie nachträgliche Änderungen der Rechtslage.

Aus diesem Grunde kann eine einzelvertragliche Umstellungsvereinbarung (mit Aliquotierung) nicht etwa allein deshalb unwirksam sein, weil sie in bestimmten Fällen der Beendigung des Dienstverhältnisses zu bestimmten Zeitpunkten zu einer niedrigeren Urlaubsentschädigung als bei Anwendung des Gesetzes führt.

Maßgebend ist vielmehr, ob bei einer vernünftigen ex-ante-Betrachtung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge vom Überwiegen der möglichen Fälle auszugehen ist, in denen der Arbeitnehmer bei vertraglicher Umstellung besser behandelt wird.

VI. Wendet man die obigen Kriterien an, dann ergibt sich, daß einzelvertragliche Umstellungen des Urlaubsjahres insb auf das Kalenderjahr, bei denen der Urlaub im Rumpffjahr aliquotiert wird, bei im zweiten Halbjahr eingetretenen Arbeitneh-

mern, die im Umstellungszeitpunkt die Wartezeit des § 2 Abs 2 UrlG noch nicht erfüllt haben, einem Günstigkeitsvergleich jedenfalls standhalten.

Dies gilt nach der hier vertretenen Auffassung selbst dann, wenn der Arbeitgeber nicht von Anfang an auf die Zurücklegung der Wartezeit in der Umstellungsvereinbarung verzichtet. Denn selbst wenn man die sich ergebenden Anspruchsverschiebungen nicht ohnehin durch das Erfordernis der einvernehmlichen Festlegung des Urlaubszeitpunktes als relativiert betrachtet, sind jene Zeiträume, in denen der Arbeitnehmer bei einzelvertraglicher Umstellung über einen höheren „Urlaubskontostand“ verfügt als nach dem Gesetz, immer länger als jene Zeiträume, in denen das Gegenteil der Fall ist. Die Wahrscheinlichkeit, daß der Arbeitnehmer bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu irgendeinem in der Zukunft liegenden Zeitpunkt nach dem Gesetz besser behandelt würde als bei vertraglicher Umstellung, beträgt daher (mehr oder weniger deutlich) weniger als 50%, wohingegen die Wahrscheinlichkeit, daß der Arbeitnehmer durch die Umstellungsvereinbarung Vorteile bei der Bemessung der Urlaubsentschädigung lukriert, (mehr oder weniger deutlich) über 50% liegt.

VII. Jedenfalls günstiger und nicht bloß gleich günstig ist eine einzelvertragliche Umstellungsvereinbarung mit Aliquotierung desurlaubes in Rumpffjahren bei im zweiten Halbjahr eingetretenen Arbeitnehmern dann, wenn der Arbeitgeber zusätzlich auf die Wartezeit verzichtet und/oder die Aliquotierung desurlaubes zu einer Aufrundung der Urlaubstage (zB bei einem Kalenderquartal 8 Werkstage Urlaub) führt. Denn dann ist insbesondere am Beginn des Arbeitsverhältnisses, wo die Fluktuation erfahrungsgemäß stark ist, der Arbeitnehmer bei einzelvertraglicher Umstellung trotz Aliquotierung deutlich besser gestellt als nach dem Gesetz.

VIII. Auch einzelvertragliche Umstellungsvereinbarungen mit Aliquotierung von mehr als sechs Monate dauernden Rumpffurlaubsjahren bei im ersten Halbjahr eingetretenen Arbeitnehmern sind nicht von vornherein deshalb unzulässig, weil § 2 Abs 4 Z 1 letzter Satzteil UrlG dies anscheinend nicht einmal der Betriebsvereinbarung und dem Kollektivvertrag erlaubt, sondern § 2 Abs 4 Z 3 UrlG die Aliquotierung von mehr als sechs Monate dauernden Rumpffurlaubsjahren nur bei im Umstellungszeitraum mindestens ein Jahr beschäftigten Arbeitnehmern ermöglicht. Denn durch § 2 Abs 4 UrlG wird § 12 UrlG selbst nicht modifiziert, sodaß es nur darauf ankommt, ob die Umstellungsvereinbarung einem Günstigkeitsvergleich standhält, also zumindest gleich günstig ist.

IX. Unter dieser Prämisse sind bei Beachtung bestimmter Kautelen auch einzelvertragliche Umstellungsvereinbarungen mit Aliquotierung desurlaubes in Rumpffjahren bei im ersten Halbjahr eingetretenen Arbeitnehmern zulässig.

Erforderlich ist einerseits der Verzicht des Arbeitgebers auf jegliche Wartezeit, sodaß der Ar-

beitnehmer zunächst in den ersten sechs Monaten bessergestellt ist als nach dem Gesetz und damit gerade in der „Fluktuationsphase“ profitiert.

Um den insgesamt gegebenen Nachteil bei der Umstellungsvereinbarung auszugleichen, der darin besteht, daß die Länge jener Perioden, in denen der Arbeitnehmer bei der Umstellungsvereinbarung besser gestellt ist, stets (mehr oder weniger) hinter der Länge der Perioden zurückbleibt, in denen die gesetzliche Regelung günstiger ist, muß aber im Regelfall zusätzlich eine „Ausgleichs- bzw. Auffüllungsklausel“ zB des Inhaltes vertrag-

lich verankert werden, daß der Arbeitgeber sich verpflichtet, die bei Ausscheiden zu einem bestimmten Zeitpunkt sich allenfalls gegenüber der gesetzlichen Behandlung ergebenden Nachteile bei der Bemessung der Urlaubsentschädigung (Urlaubsabfindung) auszugleichen.

Damit hält die Umstellungsvereinbarung trotz Aliquotierung der sechs Monate übersteigenden Rumpfurlaubsjahre einem Günstigkeitsvergleich jedenfalls stand.

Korrespondenz: RA Dr. Georg Schima, Porzellangasse 4-6, A-1090 Wien, Österreich.