



Karenzverlängerung auf 2,5 Jahre: Rechtsfolgen für Abfertigung, Urlaub und Kündigungsschutz

Mag. Judith Morgenstern

Das Oberlandesgericht Wien hatte sich jüngst mit einem in der Praxis sehr häufigen Fall, und zwar mit der Vereinbarung einer „freiwilligen“ Karenz (eines „unbezahlten Urlaubs“) im Anschluss an die gesetzliche Karenz und den Auswirkungen in Bezug auf die Abfertigung „alt“ zu beschäftigen (OLG Wien 28. 5. 2008, 10 Ra 85/07d). Im Zuge des folgenden Beitrags werden auch die Konsequenzen einer „freiwilligen“ Karenz für den Anspruch auf Urlaub und den Kündigungsschutz kurz dargestellt.

Die Arbeitnehmerin war seit 3. 8. 1999 im Unternehmen des Arbeitgebers beschäftigt. Nach der Geburt ihres ersten Kindes am 29. 7. 2000 und nach Bezug von Wochengeld war die Arbeitnehmerin zunächst bis 28. 7. 2002 in gesetzlicher und anschließend bis 13. 1. 2003 in **„freiwilliger“ Karenz**. Vom 14. 1. 2003 bis 7. 5. 2003 arbeitete die Arbeitnehmerin wieder. Am 7. 11. 2003 brachte die Arbeitnehmerin nach dem gesetzlichen Mutterschutz ihr zweites Kind zur Welt und befand sich im Anschluss daran bis 6. 11. 2005 in gesetzlicher und in weiterer Folge bis 6. 5. 2006 wieder in „freiwilliger“ Karenz.

Die „freiwilligen“ Karenzverlängerungen von jeweils einem halben Jahr (von 2 Jahren auf jeweils 2,5 Jahre) wurden **auf ausdrücklichen Wunsch der Arbeitnehmerin** vereinbart. Für die erste „freiwillige“ Karenz wurde keine Vereinbarung über die damit verbundenen Rechtsfolgen geschlossen; für die zweite „freiwillige“ Karenz wurde **ausdrücklich vereinbart**, dass **diese Zeit für Ansprüche**, die sich **nach der Dauer des Dienstverhältnisses** richten, **nicht angerechnet** wird.

Rund eine Woche nach Dienstantritt der Arbeitnehmerin nach Ende der „freiwilligen“ Karenz, und zwar am 15. 5. 2006, sprach der Arbeitgeber die **Kündigung** der Arbeitnehmerin aus. Strittig war im vorliegenden Fall ausschließlich die Frage, ob die Zeiten der beiden „freiwilligen“ Karenzen für die Anwartschaft **auf die gesetzliche Abfertigung „alt“** gemäß § 23 Abs 1 Angestelltengesetz (AngG) **anzurechnen** sind und die Arbeitnehmerin daher die Voraussetzungen einer zumindest **dreijährigen ununterbrochenen Dienstzeit** erfüllt. Unstrittig ist hingegen, dass die dreijährige Dienstzeit erst dann erfüllt ist, wenn beide Zeiträume der „freiwilligen“ Karenz auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses anrechenbar sind.

Sachverhalt



Anrechnung der „freiwilligen“ Karenz für den Abfertigungsanspruch

Gemäß § 15f Abs 1 Mutterschutzgesetz (MSchG) bleibt die Zeit der gesetzlichen Karenz bei Ansprüchen der Arbeitnehmerin, die sich nach der Dauer der Dienstzeit richten, außer Betracht.

Wird (darüber hinaus) eine „freiwillige“ Karenz zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart und eine Anrechnung auf die dienstzeitabhängigen Ansprüche **nicht ausgeschlossen**, so sind auch die **Zeiten einer „freiwilligen“ Karenz auf die Abfertigung „alt“ anzurechnen**.

Wurde im Rahmen einer „freiwilligen“ Karenzvereinbarung die **Anrechnung** dieser Zeit für die dienstzeitabhängigen Ansprüche hingegen **ausgeschlossen**, so ist dies **zulässig**, und die **Zeiten einer „freiwilligen“ Karenz** sind für die **dienstzeitabhängigen Ansprüche nicht heranzuziehen**.

Die Rechtsprechung (OGH 22. 5. 2002, 9 ObA 178/01v) begründet die Zulässigkeit einer derartigen Ausschlussvereinbarung für die „freiwillige“ Karenz bei Berechnung der Abfertigung folgendermaßen:

Die Abfertigungsbestimmungen des Angestelltengesetzes (§ 23 AngG) können zwar durch Dienstvertrag, durch Betriebsvereinbarung oder durch Kollektivvertrag weder aufgehoben noch beschränkt werden (einseitig zwingende Wirkung zugunsten der Arbeitnehmer gemäß § 40 AngG), der Grund für eine freiwillige Karenz zur Betreuung der Kinder liege jedoch regelmäßig **im Interesse des Arbeitnehmers** und sei daher **insgesamt** für den Arbeitnehmer günstiger.

Eine **Karenzvereinbarung im Interesse des Arbeitgebers** vermag daher einen zulässigen Ausschluss der „freiwilligen“ Karenzzeit nicht zulässig zu begründen (zB weil nach Ende der gesetzlichen Karenz kein Arbeitsplatz zur Verfügung steht)!



Könnte der Arbeitnehmer **zum Zeitpunkt der Karenzvereinbarung das Dienstverhältnis** unter Wahrung des gesamten gesetzlichen Abfertigungsanspruchs **selbst lösen**, wird eine Vereinbarung im Interesse des Arbeitnehmers von der Judikatur ebenfalls verneint.

Bei **Verlängerungen der gesetzlichen Karenzzeit** (in der Praxis unter Ausschöpfung des Anspruchs auf Kinderbetreuungsgeld regelmäßig um ein halbes Jahr) wird das Interesse des Arbeitnehmers an der Karenzvereinbarung regelmäßig zu bejahen sein und damit auch die Zulässigkeit des Ausschlusses dieser freiwilligen Karenzzeiten für die Abfertigung!



In der Praxis ist die Frage der Anrechnung einer „freiwilligen“ Karenzvereinbarung nicht nur für die Berechnung der Abfertigung, sondern auch für den Anspruch/die Aliquotierung von Urlaubsansprüchen relevant.

Gemäß § 2 Abs 2 Satz 3 Urlaubsgesetz (UrlG) darf der Urlaubsanspruch durch Zeiten, in denen kein Entgeltanspruch besteht, nicht verkürzt werden, sofern gesetzlich nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist.

Der OGH (29. 6. 2005, 9 ObA 67/05a) vertritt dazu die Ansicht, dass diese Bestimmung auf „freiwillige“ Karenzvereinbarungen nicht anzuwenden sei, dh dass der **Urlaubsanspruch durch Zeiten einer freiwilligen Karenz zulässigerweise verkürzt (aliquotiert)** wird.

Bei Karenzvereinbarungen, die **im überwiegenden Interesse des Arbeitgebers** liegen (zB kein Arbeitsplatz nach Ende der gesetzlichen Karenz, Personalüberschuss wegen Auftragsrückgängen), darf der Urlaubsanspruch **nicht** um die Zeiten einer „freiwilligen“ Karenz verkürzt/aliquotiert werden.

Ich empfehle daher, bei jeder „freiwilligen“ Karenzvereinbarung folgende Klausel aufzunehmen:

Text auch auf www.pv-info.at

*Die „freiwillige“ Karenzverlängerung um x Monate erfolgt auf ausdrücklichen Wunsch des Arbeitnehmers. Diese Zeiten der „freiwilligen“ Karenz sind für sämtliche dienstzeitabhängigen Ansprüche **nicht** anzurechnen.*

Hinsichtlich der Anrechnung für kollektivvertragliche Ein- und Umstufungen sind unbedingt die einschlägigen kollektivvertraglichen Bestimmungen zu beachten.

Durch Verlängerung der gesetzlichen Karenzzeit durch eine „freiwillige“ Karenzvereinbarung kann es auch zu Lücken im gesetzlichen (besonderen) Kündigungsschutz kommen.

Gemäß § 15 Abs 4 MSchG können Arbeitnehmerinnen bis zum Ablauf von **vier Wochen nach Beendigung der Karenz** nicht gekündigt werden (dies gilt sinngemäß im Rahmen des Väter-Karenzgesetzes [VKG]).

Gemäß § 15n Abs 1 MSchG beginnt der Kündigungs- und Entlassungsschutz grundsätzlich mit der Bekanntgabe, frühestens jedoch **vier**

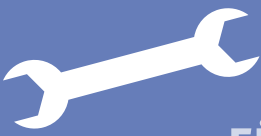
Anrechnung der „freiwilligen“ Karenz für den Urlaubsanspruch

Ausnahme

Empfehlung – Musterformulierung

Hinweis für die Praxis

„Freiwillige“ Karenz und Kündigungsschutz



Monate vor dem beabsichtigten Antritt der Teilzeitbeschäftigung und dauert **bis vier Wochen nach dem Ende der Teilzeitbeschäftigung**, längstens jedoch bis vier Wochen nach dem Ablauf des vierten Lebensjahres des Kindes (dies gilt sinngemäß im Rahmen des VKG).

Beispiel

Die Karenz einer Arbeitnehmerin endet am 30. 9. 2008, der erste Arbeitstag wäre daher der 1. 10. 2008. Vor dem 1. 10. 2008 wurde bereits eine **Elternteilzeitvereinbarung** mit geplantem Beginn ab 1. 4. 2009 geschlossen. Für die Zeit vom 1. 10. 2008 bis 31. 3. 2009 wird eine „freiwillige“ Karenz vereinbart.

Was gilt für den besonderen Kündigungsschutz?

Lösung:

Wendet man die gesetzlichen Grundlagen auf das Beispiel oben an, besteht daher für vier Wochen ab dem 1. 10. 2008, somit bis 28. 10. 2008, besonderer Kündigungsschutz gemäß § 15 Abs 4 MSchG, und der Kündigungs- und Entlassungsschutz im Rahmen der Elternteilzeit nach § 15n Abs 1 MSchG setzt am 1. 12. 2008 (vier Monate vor Beginn der Elternteilzeit) ein. Vom **29. 10. bis 30. 11. 2008** besteht daher nach dem Gesetzeswortlaut **kein besonderer Kündigungsschutz**.

Motivkündigungsschutz

Auch der **Motivkündigungsschutz** gemäß § 15n Abs 2 MSchG setzt nach dem Gesetzeswortlaut erst nach Vollendung des 4. Lebensjahres des Kindes ein, wenn die Teilzeitbeschäftigung länger als bis zum Ablauf des 4. Lebensjahres des Kindes dauert oder beginnt.

Der OGH hat sich mit dieser „Lücke“ des besonderen Kündigungsschutzes bis dato noch nicht beschäftigt. Für diese rund einmonatige Lücke gelten meiner Ansicht nach unmittelbar weder der besondere Kündigungsschutz noch der Motivkündigungsschutz. Im Hinblick auf den **allgemeinen Schutzgedanken**, der dem gesamten MSchG zugrunde liegt, ist jedoch eine **analoge Anwendung des Motivkündigungsschutzes** denkbar. Jedenfalls aber wird eine Kündigung durch den Arbeitgeber während dieser „Kündigungsschutzlücke“ wegen **Diskriminierung** gemäß § 12 Abs 7 in Verbindung mit § 3 Z 7 Gleichbehandlungsgesetz vom Arbeitnehmer anfechtbar sein. In diesem Fall hat der Arbeitgeber zu beweisen, dass er den Arbeitnehmer nicht aufgrund der geplanten Elternteilzeit gekündigt hat.