

lässt sich an die Errichtung von grenzübergreifenden Schwerpunkt-Krankenhäusern denken, bei denen die finanziellen Ressourcen konzentriert werden. Einen Schritt weiter ist an die Einbindung der mittel- und osteuropäischen Reformstaaten zu denken, die ihre Gesundheitspolitik auf ganz anderen, noch dazu

jeweils divergenten gesellschaftlichen und ökonomischen Strukturen entwickeln müssen.¹³⁷⁾

Die vorgeschlagene Verbesserung der Organisationsstruktur im Rahmen der Leistungserbringung bedeutet aber nicht, dass das materielle Leistungsrecht in den einzelnen (EWR-)Staaten unbedingt vereinheitlicht werden muss. Vielmehr wird es genügen, wenn gewisse Grundpositionen in Bezug auf Qualität und Umfang der Krankenbehandlung außer Streit gestellt werden, was derzeit ja schon ansatzweise durch die EuGH-Jud bewirkt wird.

¹³⁷⁾ Einen ersten Überblick dazu bietet *Angele*, Entwicklung der Krankenversicherung in Mittel- und Osteuropa, KrV 2000, 157 ff.

Aus der Rechtsprechung

Entscheidungsbesprechungen

43.

Rückverrechnung von Urlaubsentgelt bei Urlaubsvorgriff

§§ 2, 4, 6 UrlG

OGH
22.11.2000
9 ObA 235/00z

OLG Graz
18.5.2000
8 Ra 40/00i

LG Graz
5.12.1999
41 Cga 33/99h

1. Der Arbeitgeber hat bei einer von ihm durch Kündigung herbeigeführten Beendigung des Arbeitsverhältnisses kein Recht zur Rückverrechnung des Urlaubsentgelts.
2. Wollte der Arbeitgeber schon im Zeitpunkt der Gewährung eines „Urlaubsvorgriffs“ das Arbeitsverhältnis aufkündigen, dann musste ihm klar sein, dass es das mit der Vorschussgewährung verfolgte Ziel nicht erreichen konnte, weshalb er sich nicht mehr auf eine *condictio causa data, causa non secuta* berufen kann.
3. Die Übung, vor Entstehen des gesetzlichen Anspruchs gewährte Urlaube auf den nächsten (gesetzlichen) Urlaubsanspruch anzurechnen, besagt nicht mehr, als dass der gewährte Urlaub als Teil des nächsten gebührenden Urlaubs anzusehen ist.

Der Kläger (KI) war ab 8.1.1990 beim Beklagten (Bekl) als Vermessungstechniker angestellt. Der jährliche Urlaubsanspruch des KI betrug 25 Arbeitstage. Beim Bekl war es seit Jahren üblich, dass am Jahresende bestehende, nicht eingearbeitete Fehlstunden in Urlaubstage umgerechnet und als allfälliger Urlaubsvorgriff beim Urlaubsanspruch für das Folgejahr berücksichtigt wurden.

Der KI begann das Jahr 1998 (Kalenderjahr = Urlaubsjahr) mit einem aus dem Jahr 1997 resultierenden Urlaubsvorgriff von 18 Urlaubstagen, sodass er nur mehr 7 restliche Urlaubstage hatte. Im Jahr 1998 konsumierte der KI dennoch weitere 26 Urlaubstage. Bei einer Dienstbesprechung Anfang Jänner 1998, an der sämtliche Mitarbeiter teilnahmen, machte der Bekl den Vorschlag, zum Jahresende im Rahmen einer

Abrechnung für jeden Mitarbeiter festzulegen, ob allfällige Fehlstunden als Urlaubsübergenuß ins nächste Jahr übertragen werden, ob unbezahlter Urlaub genommen werde oder ob ein Abzug vom Monatsgehalt erfolge. Der KI und ein weiterer Mitarbeiter wurden darauf hingewiesen, dass Minusstunden während des Jahres eingearbeitet werden können bzw hinsichtlich allfälliger Minusstunden am Jahresende eine Regelung entweder durch Vortrag dieser Minusstunden als Urlaubsvorgriff ins nächste Jahr oder durch Abzug vom Gehalt im Zuge der Abrechnung für das Jahr 1998 erfolgen werde. Von den anwesenden Mitarbeitern wurde bei dieser Besprechung kein Einwand erhoben. Bei einer weiteren Dienstbesprechung im Juni oder Juli 1998 wurden alle Mitarbeiter informiert, dass im Fall des Vorhandenseins von Fehlstunden nur mehr unbezahlter Urlaub in Anspruch genommen werden könne, weil der übrige Urlaub bereits durch Fehlstunden aufgebraucht worden sei.

Am 30.9.1998 wurde das Arbeitsverhältnis des KI durch Arbeitgeberkündigung zum 31.12.1998 beendet. Grund war der vom Bekl für 1999 erwartete Auftragsrückgang. Der Entschluss zur Kündigung war vom Bekl im September 1998 gefasst worden. Beim Ausspruch der Kündigung wies er den KI darauf hin, dass die vorhandenen Fehlstunden als unbezahlter Urlaub zu nehmen seien bzw ein allfälliger Urlaubsübergenuß vom Auszahlungsbetrag bei der Endabrechnung abzuziehen sei.

Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.12.1998 betrug der Urlaubsvorgriff des KI auf das Jahr 1999 schließlich 19 Urlaubstage. Dem KI war sogar noch etwa 14 Tage vor dem Ausspruch der Kündigung trotz bereits bestehenden Urlaubsvorgriffs ein längerer Urlaub gewährt worden. Bei der Endabrechnung wurde von den Ansprüchen des KI ein

Betrag von S 26.202,31 einbehalten; hievon entfielen S 17.733,68 auf 19 Arbeitstage Urlaubsvorgriff und S 8.468,63 auf 72,4 Fehlstunden.

Der Kl begehrt den Betrag von S 26.202,31 sA mit der Begründung, der diesbezügliche Abzug sei bei der Endabrechnung zu Unrecht erfolgt. Eine Vereinbarung, dass der Urlaubsvorgriff bei der Endabrechnung verrechnet werde, sei nicht getroffen worden. Ihm sei Urlaub in Kenntnis des Umstands gewährt worden, dass er für das laufende Jahr keinen Urlaubsanspruch mehr habe.

Der Bekl beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete ein, dass mit dem Kl vereinbart worden sei, dass Urlaubsvorgriff und Fehlstunden im Zuge der Endabrechnung berücksichtigt werden.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren unter Zugrundelegung der wiedergegebenen Feststellungen ab. [...]

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Kl nicht Folge, übernahm die erstgerichtlichen Feststellungen und trat der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts bei. [...]

Im Revisionsverfahren ist nur mehr die Frage der Rückverrechnung des auf den Urlaubsvorgriff entfallenden Urlaubsentgelts nach Arbeitgeberkündigung strittig. Der Begriff des Vorgriffs auf künftige Urlaubsansprüche findet sich zwar nicht im Urlaubsgesetz, wohl aber in einigen anderen arbeitsrechtlichen Vorschriften (vgl § 27f VBG 1948, § 70 BDG 1979, § 48 Bundesforst-Dienstordnung 1986). Durch den Urlaubsvorgriff soll der Arbeitnehmer die Gelegenheit erhalten, einen Teil des ihm erst im folgenden Jahr gebührenden Urlaubs bereits vorweg zu verbrauchen. Er soll damit im Endergebnis nicht mehr an Urlaub erhalten, als ihm von Gesetzes wegen zusteht, die zeitliche Verteilung soll aber zu seinen Gunsten verändert werden. Ein Arbeitgeber, der einen Urlaubsvorgriff gewährt, leistet damit einen Vorschuss auf eine erst künftig entstehende Verpflichtung. Soll der Vorgriff auf einen künftigen Urlaub anrechenbar sein, dann muss die vorschussweise gewährte Leistung inhaltlich dem Urlaubsanspruch entsprechen. Da sich der Urlaubsanspruch aus Freizeit und Entgelt zusammensetzt, ist die Anrechnung nur möglich, wenn der Arbeitnehmer beides erhalten hat. Eine Verpflichtung zur Bezahlung des Urlaubsentgelts für den vorschussweise gewährten Urlaub erwächst daher aus der Vereinbarung über den Urlaubsvorgriff selbst. Aus ihr ergibt sich, dass der Arbeitnehmer ein Urlaubsäquivalent erhalten soll und dazu gehört eben auch das Urlaubsentgelt (*Tomandl* in ZAS 1987, 90).

Strittig ist nun, was zu geschehen hat, wenn der Vorgriff auf künftige Urlaubsansprüche nicht mehr durch tatsächlich entstehende Urlaubsansprüche kompensiert werden kann, weil das Arbeitsverhältnis, noch bevor die künftigen Urlaubsansprüche entstehen, vom Arbeitgeber beendet wird:

Die Vorinstanzen stützen sich in ihrer rechtlichen Beurteilung auf das Vorliegen einer Vereinbarung der Streitparteien, die den Bekl berechtigt hätte, bei der Endabrechnung des gekündigten Arbeitsverhältnisses, das auf den Urlaubsvorgriff entfallende Urlaubsentgelt wieder rückzuerrechnen. Eine solche Vereinbarung leiten sie aus der Dienstbesprechung Anfang 1998

und dem Gespräch der Parteien anlässlich der Kündigung im September 1998 ab. Zutreffend bezweifelt der Revisionswerber das Zustandekommen einer derartigen Vereinbarung. Fest steht nämlich lediglich, dass der Bekl im Zusammenhang mit Fehlstunden und einem Urlaubsvorgriff seinen Mitarbeitern einschließlich des Kl verschiedene Vorschläge unterbreitete, ohne sich aber letztlich auf einen festzulegen. Der Kl schwieg wie auch alle übrigen Mitarbeiter zu diesen Vorschlägen.

Gem § 863 Abs 2 ABGB kommen zwar als konkludente Handlungen auch Unterlassungen in Betracht. Doch darf dem Schweigen grundsätzlich kein Erklärungswert beigemessen werden, weil es verschiedene Ursachen haben kann. Schweigen gilt in der Regel nicht als Zustimmung. Es kann nur dann ausnahmsweise als Zustimmung gewertet werden, wenn wegen einer Sonderrechtsbeziehung (zB vorvertragliches Schuldverhältnis) eine Pflicht zum Widerspruch besteht, wenn es nach den bisherigen Gepflogenheiten der Geschäftspartner in diesem Sinn zu verstehen ist oder wenn das Geschäft dem Schweigenden ausschließlich Vorteile bringt (*Koziol/Welser* I¹¹, 92 f mwN; RIS-Justiz RS0013991). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Die Argumentation des Erstgerichts, die Nichtäusserung des Kl sei deshalb als stillschweigende Zustimmung zu werten, weil er schon in den Vorjahren mit der Vorgangsweise der Umrechnung der Fehlstunden und Urlaubstage in Urlaubsübergenuß einverstanden gewesen sei, greift nicht. Hier geht es nicht um die zwischen den Parteien jahrelang praktizierte, tatsächlich unstrittige Umrechnung von Fehlzeiten in einen Urlaubsvorgriff, sondern um die einseitige Rückgängigmachung der Entgeltkomponente des Urlaubsvorgriffs (der Urlaub selbst kann naturgemäß nicht mehr rückgängig gemacht werden) durch Rückverrechnung des hierauf entfallenden Urlaubsentgelts. Richtig wies das Berufungsgericht darauf hin, dass es im Jahr 1998 beim Kl gar keine Umrechnung von Fehlstunden in Urlaubstage gegeben hat; der Kl hat das Jahr 1998 bereits mit einem Übergenuß von 18 Urlaubstagen begonnen und im Laufe des Jahres noch weitere 26 Urlaubstage konsumiert. Strittig ist daher allein die Rückverrechnung des Urlaubsentgelts, für die allerdings auch vom Berufungsgericht nicht aufgezeigt werden kann, worin eine diesbezügliche Vereinbarung der Parteien liegen könnte. Das Schweigen des Kl auf die einseitigen, einander widersprechenden Vorschläge des Bekl kann nicht als Zustimmung zur Rückverrechnung des Urlaubsentgelts gedeutet werden.

Ohne Vorliegen einer Vereinbarung, deren allfällige Wirksamkeit iSd UrlG hier daher auch unerörtert bleiben kann (vgl aber *Cerny*, *Urlaubsrecht*⁷ § 6 Erl 11 mwN, der die Rückforderung des für den Urlaub ausbezahlten Entgelts selbst dann ausschließt, wenn eine diesbezügliche Vereinbarung geschlossen wurde), stellt der dem Kl vom Bekl eingeräumte Urlaubsvorgriff jedenfalls Urlaub in dem Sinn dar, dass der Kl von seiner Arbeitspflicht gegen Weiterzahlung des Entgelts freigestellt werden sollte. Urlaub ist Freistellung von der Arbeit unter Fortzahlung des Entgelts. Liegt aber eine Urlaubsgewährung iS bezahlter Freizeit vor, dann ist die Urlaubsentgeltforderung für den gewährten Urlaub mit dem Beginn des Antritts dieses Urlaubs

fällig gewesen (§ 6 Abs 6 UrlG; Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht⁸, 506; Arb 10.536).

Der OGH hatte bereits zu 14 Ob 10/86 (= Arb 10.536 = ZAS 1987/11) das rechtliche Schicksal eines Urlaubsvorgriffs im Falle einer Arbeitnehmerkündigung zu beurteilen und gelangte zum Ergebnis, dass mangels einer besonderen Vereinbarung (deren Wirksamkeit er dahingestellt ließ) im Fall einer vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses kein Recht zur Rückverrechnung des bereits ausgezahlten Urlaubsentgelts besteht (vgl. Kuderna, *Urlaubsrecht*² § 6 UrlG Rz 17). Die Übung, vor Entstehen des gesetzlichen Anspruchs gewährte Urlaube auf den nächsten (gesetzlichen) Urlaubsanspruch anzurechnen, besagt nicht mehr, als dass der gewährte Urlaub als Teil des nächsten gebührenden Urlaubs anzusehen ist (vgl. Waas in DRdA 1976, 93 [96]). Während Spielbüchler (in Floretta/Spielbüchler/Strasser, *Arbeitsrecht* I⁴, 304 f) diese E des OGH billigt, kritisiert Tomandl (aaO), dass es keine Rechtsgrundlage dafür gebe, einen Urlaubsvorgriff anders zu behandeln als einen nicht ins verdienende gebrachten Gehaltsvorschuss. Richtig sei, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die Freizeit nicht rückerstatten könne, die er ohne Rechtsgrund konsumiert habe; es gebe aber keinen Grund für die Annahme, dass dann, wenn Teile eines nicht gebührenden Anspruchs rückerstattungsunfähig seien, auch die erstattbaren Teile dem ohne Rechtsgrund Begünstigten verbleiben sollen. Letztlich räumt aber auch Tomandl (aaO) ein, dass die Lage eine andere ist, wenn nicht der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis ohne wichtigen Grund vorzeitig auflöst, sondern – wie im vorliegenden Fall – der Arbeitgeber. Es kann der Fall vorliegen, dass der Arbeitgeber schon zur Zeit der Vorgriffsgewährung das Arbeitsverhältnis aufkündigen wollte. Dann musste ihm klar sein, dass er das mit der Vorschussgewährung verfolgte Ziel nicht erreichen kann, weshalb er sich nicht mehr auf eine *condictio causa data, causa non secuta* berufen kann. Dies ist hier zumindest teilweise der Fall, nachdem feststeht, dass der Bekl dem Kl sogar noch 14 Tage vor dem Ausspruch der Kündigung einen längeren Urlaub gewährte. Davon abgesehen kann aber man auch annehmen, dass der Arbeitgeber durch die Gewährung des erbetenen Vorschusses zu erkennen gibt, dass er – sofern keine wichtigen neuen Umstände eintreten – das Arbeitsverhältnis bis zum Erwerb des bevorschussten Anspruchs fortzuführen gedenkt. Der Arbeitgeber hat daher bei einer von ihm durch Kündigung herbeigeführten Beendigung des Arbeitsverhältnisses kein Recht zur Rückverrechnung des Urlaubsentgelts. [...]

Die gegenständliche Urlaubsentgeltleistung hatte ihren Rechtsgrund in der Gewährung des Urlaubs an den Kl. Im vorliegenden Fall der Arbeitgeberkündigung fehlt ein zur Rückforderung berechtigender Rechtsgrund. Dem Begehren des Kl auf Zahlung dieses somit zu Unrecht einbehaltenen Betrags war daher stattzugeben. [...]

Anmerkung

Im Ergebnis ist der E des OGH zuzustimmen. Die Feststellungen zum Wesen des Urlaubs als Freistel-

lung von der Arbeit unter Fortzahlung des Entgelts, zur Fälligkeit des Urlaubsentgelts und zur grundsätzlichen Unzulässigkeit der Rückverrechnung von bereits ausbezahlem Urlaubsentgelt entsprechen der hL und Rspr (vgl. die Nachweise bei Cerny, *Urlaubsrecht*⁷, 50 ff, 175; Kuderna, *UrlG*², 47 ff, 147 ff).

Bereits in der auch in der Begründung zit E 14 Ob 10/86 (Arb 10.536 = ZAS 1987/11 [krit Tomandl]) hatte der OGH ausgesprochen, dass im Fall einer vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses – hier: durch Arbeitnehmer-(AN-)Kündigung – kein Recht zur Rückverrechnung des bereits ausgezahlten Urlaubsentgelts besteht. Ein einfacher Größenschluss hätte genügt, um im gegenständlichen Fall zum gleichen Ergebnis zu gelangen: Wenn die Rückverrechnung des Urlaubsentgelts sogar bei einer vom AN selbst initiierten Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgeschlossen ist, muss das umso mehr für den Fall gelten, dass der Arbeitgeber (AG) das Arbeitsverhältnis durch Kündigung beendet.

Der OGH ging allerdings sowohl in der E 1986/Arb 10.536 als auch in der gegenständlichen E davon aus, dass keine Vereinbarung über die Rückverrechnung von Urlaubsentgelt vorlag, und ließ die Frage offen, ob eine solche Vereinbarung überhaupt wirksam getroffen werden kann. Für eine solche Zurückhaltung bestünde allerdings kein Grund. Die Anwendung der allgemein anerkannten Grundsätze des Urlaubsrechts, insb die Unabdingbarkeit nach § 12 UrlG, muss zum Ergebnis führen, dass eine Vereinbarung über die Rückzahlung von bereits ausgezahltem Urlaubsentgelt nichtig und daher eine „Rückverrechnung“ selbst bei Vorliegen einer solchen (unwirksamen) Vereinbarung ausgeschlossen ist (so bereits die bei Cerny, aaO 175, zit E des LGZ Wien, Soz M I A/c 123).

Trotz der Zustimmung zum Ergebnis und zu wesentlichen Teilen der Begründung ist Kritik anzubringen. Der OGH ging nämlich ohne nähere Beurteilung des Sachverhalts von einem „Urlaubsvorgriff“ aus und reduzierte die Rechtsfrage auf die Rückverrechnung des auf den Urlaubsvorgriff entfallenden Urlaubsentgelts. Zu prüfen wäre aber gewesen, ob bei dem gegebenen Sachverhalt eine Urlaubsvereinbarung (und nicht bloß Entgeltvereinbarung!) überhaupt rechtswirksam getroffen werden konnte.

1. Urlaub für „Fehlzeiten“?

Nach der Sachverhaltsdarstellung war es beim bekl AG „seit Jahren üblich, dass am Jahresende bestehende nicht eingearbeitete Fehlstunden in Urlaubstage umgerechnet und als allfälliger Urlaubsvorgriff beim Urlaubsanspruch für das Folgejahr berücksichtigt wurden“. Der OGH wertete diese „Übung“, ohne zu hinterfragen, welcher Art die in Urlaubstage umgerechneten „Fehlstunden“ waren, offenbar als gültige Vereinbarung über einen „Urlaubsvorgriff“ und meinte, der dem AN vom AG eingeräumte Urlaubsvorgriff stelle „jedenfalls Urlaub in dem Sinn dar, dass der Kläger von seiner Arbeitspflicht gegen Weiterzahlung des Entgelts freigestellt werden sollte“.

Unter dem Begriff „Fehlzeiten“ werden im Sprachgebrauch vieler AG bzw Personalleiter – in einer vorwiegend betriebswirtschaftlich orientierten Sicht –

generalisierend Zeiten verstanden, in denen der AN im Betrieb nicht anwesend ist, also „fehlt“. Der Rechtsgrund der Abwesenheit des AN wird dabei nicht weiter hinterfragt, nicht selten werden als „Fehlzeiten“ auch Zeiten bezeichnet, die arbeitsrechtlich entgeltspflichtige begründete Dienstverhinderungen darstellen, wie zB Zeiten der Erkrankung des AN. Für solche Zeiten kann aber nach § 4 Abs 2 UrlG eine wirksame Urlaubsvereinbarung nicht getroffen werden, weil sie dem Erholungszweck des Urlaubs widersprechen würde (vgl *Cerny*, aaO 111 f, 118 ff; *Kuderna*, aaO 104 ff). Im Größenschluss ergibt sich daraus ein Verbot der Anrechnung von Zeiten einer entgeltspflichtigen Arbeitsverhinderung auf den Urlaubsanspruch: Wenn sogar bei Willensübereinstimmung zwischen AG und AN kein Urlaub für solche Zeiten verbraucht werden kann, dann muss es umso mehr unzulässig sein, dass der AG Zeiten einer entgeltspflichtigen Arbeitsverhinderung einseitig auf den Urlaubsanspruch des AN anrechnet, also zB Krankenstandstage einfach vom Urlaub „abzieht“ (*Cerny*, aaO 119).

Das Gleiche muss für einen „Urlaubsvorgriff“ gelten. Dem OGH ist zuzustimmen, wenn er einen Urlaubsvorgriff als grundsätzlich zulässig ansieht; in den meisten Fällen wird die Initiative dazu sogar vom AN ausgehen. Allerdings setzt auch ein Urlaubsvorgriff eine Vereinbarung, und zwar eine Urlaubsvereinbarung iSd § 4 Abs 1 UrlG, voraus. Entscheidend ist auch hier, dass die Zeit, für die Urlaub vor Entstehen des gesetzlichen Anspruchs vereinbart wird, der Erholung des AN dienen soll. Die „Umrechnung“ von „Fehlzeiten“ als „Urlaubsvorgriff“ widerspricht diesem Zweck jedenfalls dann, wenn unter „Fehlzeiten“ (auch) entgeltspflichtige Zeiten einer begründeten Dienstverhinderung gemeint sind. Ein Urlaubsvorgriff für solche Zeiten kann nicht rechtswirksam vereinbart werden (§ 4 Abs 2 UrlG).

Aber auch dann, wenn der AN selbst darüber disponieren kann, ob er zu einer bestimmten Zeit im Betrieb anwesend ist oder nicht (also bei einer von ihm selbst bestimmten „Fehlzeit“), kann nicht von einer Urlaubsvereinbarung ausgegangen werden, weil diese Fehlzeit wohl nur in den seltensten Fällen der Erholung dienen wird. Wenn der AN tatsächlich einen (vorgezogenen) Erholungsurlaub antreten will, kann er ja gleich mit dem AG eine Urlaubsvereinbarung treffen, ohne dass es der seltsamen Konstruktion einer Verrechnung von „Fehlzeiten“ mit einem „Urlaubsvorgriff“ bedürfte.

2. Konkludenter Abschluss einer Urlaubsvereinbarung?

Abgesehen von der Frage, ob eine Urlaubsvereinbarung für „Fehlzeiten“ überhaupt rechtswirksam getroffen werden kann, wäre im gegenständlichen Fall auch zu prüfen gewesen, ob durch die in der Sachverhaltsdarstellung angeführte jahrelange „Übung“ eine Vereinbarung über den Urlaub(svorgriff) zustande gekommen ist (der OGH hat das nur für die Rückverrechnung des Urlaubsentgelts verneint).

Für den Abschluss einer Urlaubsvereinbarung bestehen keine Formvorschriften. Lehre (vgl *Basalka* in *Adametz/Basalka/Mayr/Stummvoll*, Kommentar zum UrlG, § 4 Rz 2; *Cerny*, aaO 104; *Dusak*, ZAS 1985, 56; *Kuderna*, aaO 92; *Strasser*, ÖJZ 1958, 404)

und Rspr (vgl OGH 1992/Arb 11.020; 1982/Arb 10.196; 1968/Arb 8488; infas 1990 A 13) haben daraus abgeleitet, dass eine Urlaubsvereinbarung auch durch schlüssige Handlung iSd § 863 ABGB zustande kommen kann. Das gilt grundsätzlich auch für eine Vereinbarung über einen Urlaubsvorgriff. Allerdings ist (auch hier) zwischen einer rechtlich unverbindlichen Anregung des AG zum Urlaubsverbrauch, dem Anbot zu einer Vereinbarung und der Vereinbarung selbst zu unterscheiden. Ebenso wie das Stillschweigen des AN zu einer bloß als Anregung aufzufassenden (gesetzwidrigen) Aufforderung des AG, den Resturlaub während der Kündigungsfrist zu verbrauchen, nicht als Zustimmung des AN gewertet werden kann (*Kuderna*, aaO 92), kann auch die widerspruchslose Kenntnisnahme der Verrechnung von „Fehlzeiten“ als „Urlaubsvorgriff“ nicht als schlüssige Zustimmung des AN zu dieser gesetzeswidrigen „Übung“ angesehen werden.

Im Übrigen sind bei der Beurteilung der Konkludenz einer Urlaubsvereinbarung die gleichen Grundsätze anzuwenden, die der OGH – zu Recht – bei der vom AG behaupteten Vereinbarung über die Rückverrechnung des Urlaubsentgelts angewendet und deshalb das Zustandekommen einer Vereinbarung verneint hat: Schweigen gilt in der Regel nicht als Zustimmung; es kann nur dann ausnahmsweise als Zustimmung gewertet werden, wenn wegen einer Sonderrechtsbeziehung eine Pflicht zum Widerspruch besteht, wenn es nach den bisherigen Gepflogenheiten der Geschäftspartner in diesem Sinn zu verstehen ist oder wenn das Geschäft dem Schweigenden Vorteile bringt (*Koziol/Welser* I¹¹, 92 f mwN). Keine dieser Voraussetzungen liegt im gegenständlichen Fall vor. Eine gültige Urlaubs(vorgriffs)vereinbarung ist daher auch unter diesem Aspekt nicht zustande gekommen.

3. Die Neufassung des § 10 UrlG durch das ARÄG 2000

Am Schluss seiner Begründung geht der OGH – allerdings mit dem Hinweis, dass die Gesetzesänderung auf den gegenständlichen Fall nicht anwendbar ist – noch kurz auf die Neufassung des § 10 UrlG durch das ARÄG 2000, BGBl I 2000/44, ein. § 10 Abs 1 UrlG nF normiert nunmehr ausdrücklich, dass das Urlaubsentgelt für einen über das aliquote Ausmaß hinaus verbrauchten Jahresurlaub außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch unberechtigten vorzeitigen Austritt oder verschuldete Entlassung nicht rückzuerstatten (und daher auch nicht „rückzuverrechnen“ ist). Angewendet auf den gegenständlichen Fall einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch AG-Kündigung wäre damit die Rechtslage jedenfalls klar: Eine Rückerstattung des Urlaubsentgelts käme nicht in Betracht.

Im Hinblick auf den ansonsten sozialpolitisch höchst problematischen Inhalt des ARÄG 2000 (vgl dazu *Chr. Klein*, DRdA 2000, 437 ff) ist dieser Hinweis des OGH zwar bemerkenswert, doch hätte die neue Rechtslage an der richtigen Falllösung nichts geändert: Mangels gültiger Urlaubs(vorgriffs)vereinbarung fehlt für eine Rückverrechnung von Urlaubsentgelt jeder Rechtsgrund.

JOSEF CERNY (WIEN)