

ENTSCHÄDIGUNG FÜR DIE „POSTENSUCHTAGE“ BEI VORZEITIGER BEENDIGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISSSES

Endet ein Arbeitsverhältnis (ArbVerh) durch Kündigung, so hat ein Arbeitnehmer (AN) nach verschiedenen arbeitsrechtlichen Vorschriften¹⁾ während der Kündigungsfrist Anspruch auf Freizeit ohne Schmälerung des Entgelts. Der Beitrag soll untersuchen, was für den Fall gilt, daß das ArbVerh nicht durch ordnungsgemäße Kündigung endet und daher keine Kündigungsfrist besteht. Zu denken ist hier insb an die Fälle der unbegründeten Entlassung und des berechtigten vorzeitigen Austritts.

Stichworte: Austritt – Entlassung – Entschädigung – „Postensuche“

1. Einleitung

a) Zur Rechtslage vor der BeschäftigungssicherungsNov BGBl 1993/502

Einen Anspruch des Arbeitnehmers auf bezahlte Freizeit während der Kündigungsfrist zur Suche einer neuen Arbeitsstelle kennt das österr Recht schon seit vielen Jahren.²⁾ So bestimmte zB schon § 22 AngG idF vor der BeschäftigungssicherungsNov BGBl 1993/502, daß dem Angestellten auf sein Verlangen wöchentlich mindestens acht Arbeitsstunden „zum Aufsuchen eines neuen Dienstpostens“ ohne Schmälerung des Entgelts freizugeben sind, oder normierte § 1160 ABGB idF vor BGBl 1993/502 für den Fall, daß der Dienstnehmer gehindert war, „... eine andere Stelle aufzusuchen“, daß ihm „... zu diesem Behufe ohne Schmälerung des Entgelts auf Verlangen die angemessene Zeit freizugeben ...“ ist.

Aufgrund des Wortlauts dieser Bestimmungen und auch aus teleologischen Überlegungen wurde von der hL³⁾ und der überwiegenden Rsp⁴⁾ zurecht angenommen, daß der Freistellungsanspruch während der Kündigungsfrist zur Suche eines neuen Arbeitsplatzes zweckgebunden sei.⁵⁾ Diese Zweckbindung hatte zum einen zur Folge, daß der AG die Freizeitgewährung dann verweigern konnte, wenn der Arbeitnehmer sie zu anderen Zwecken nutzen wollte oder

sie nicht benötigte, weil er zB bereits ein neues ArbVerh abgeschlossen⁶⁾ hatte.⁷⁾⁸⁾

Zum anderen hatte diese Zweckbindung aber auch zur Folge, daß ein Anspruch auf Freizeitgewährung nur dann geltend gemacht werden konnte, wenn der AN während der Kündigungsfrist auch tatsächlich noch arbeiten mußte. Der Anspruch selbst sollte daher dann überhaupt nicht entstehen, wenn das ArbVerh mit sofortiger Wirkung⁹⁾ beendet wurde. In diesem Fall hinderte ein bestehendes ArbVerh den AN nämlich nicht mehr an der Postensuche.¹⁰⁾ Da in solchen Fällen der Anspruch erst gar nicht entstehen konnte, mußte er demnach auch nicht in Geld entschädigt werden, und zwar auch dann nicht, wenn der AN unbegründet entlassen wurde bzw vorzeitig berechtigt ausgetreten ist. Pospisil vertrat dazu die Auffassung, daß eine gesonderte Freistellung zur Postensuche in einer solchen Situation aufgrund der Zweckgebundenheit entbehrlich sei und daher auch ein „fiktiver“ Entgeltfortzahlungsanspruch im Rahmen der Kündigungsentschädigung nicht in Betracht komme.¹¹⁾

Allerdings stand die Rsp einer Entschädigung von nicht konsumierten „Postensuchtagen“ in Geld¹²⁾ nicht grds völlig ablehnend gegenüber. Wenn aus bestimmten Gründen die Freizeit nicht in Anspruch

1) Vgl § 1160 ABGB, § 22 AngG, § 20 GAngG, § 32 LAG, § 16 HGHAngG und § 36 SchSpG, § 33 a VBG.

2) Vgl zB § 1160 ABGB, der – zuletzt geändert durch die BeschäftigungssicherungsNov BGBl 1993/502 und zuvor durch RGBL 1916/69 – bereits in der Stamfassung des ABGB seit 1811 enthalten war; oder zB § 22 AngG idF BGBl 1921/292.

3) Krejci in Rummel, ABGB², Rz 8 zu § 1160; Schwarz in Martinek/Schwarz/Schwarz, AngG⁷, idF Nachtrag 1994, § 22 Erl 4.

4) ZB OGH 13. 3. 1984, 4 Ob 19/83 = ARD 4181/16/90.

5) ZB Krejci, aaO, Rz 8 zu § 1160, Schwarz in Martinek/Schwarz/Schwarz, AngG⁷, idF Nachtrag 1994, § 22 Erl 4, Wachter, Der Anspruch auf Postensuchtage, in Tomandl (Hrsg), Beendigung des Arbeitsverhältnisses (1986), 124 ff.

6) OGH 7. 11. 1990, 9 Ob A 254/90 = ARD 4231/12/91.

7) Krejci, aaO.

8) Dieselbe A bereits zur neuen Rechtslage (!) vertrat das ASG Wien in seiner noch nicht rechtskräftigen E 4. 10. 1994, 18 Cga 77/94.

9) ZB durch einvernehmliche Auflösung oder Kündigung verbunden mit einer sofortigen Dienstfreistellung, durch Entlassung oder durch vorzeitigen Austritt.

10) Krejci, aaO; Kuderna, Entlassungsrecht², 22 FN 2.

11) Vgl Pospisil, Bezahlung von Postensuchtagen in der Kündigungsentschädigung?, ecollex 1990, 301 ff.

12) LG f ZRS Wien 8. 9. 1969, 44 Cg 92/69, Arb 8664.

genommen werden konnte, sollte sich der Anspruch auf Freizeit zur Postensuche in einen Ersatzanspruch in Geld verwandeln.¹³⁾¹⁴⁾

b) Die Rechtslage nach der BeschäftigungssicherungsNov BGBl 1993/502

Die BeschäftigungssicherungsNov, BGBl 1993/502 änderte die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen¹⁵⁾ insofern, als sie ua¹⁶⁾ die Zweckbindung dieser Freizeit beseitigte. Dies ergibt sich zunächst einmal ganz klar aus dem geänderten Wortlaut der einzelnen Bestimmungen. So ist zB gegenüber dem § 22 alt AngG im § 22 (1) AngG idGF die Wortfolge „... zum Aufsuchen eines neuen Dienstpostens ...“ ersatzlos gestrichen worden. Noch deutlicher kommt der Wegfall der Zweckbindung allerdings im § 1160 ABGB idGF, der nunmehr übrigens denselben Wortlaut wie § 22 AngG aufweist, zum Ausdruck. Nicht nur, daß leg cit nunmehr auf die Formulierungen „... eine andere Stellung aufzusuchen ...“ bzw „... zu diesem Behufe ...“, also genau jene Tatbestände, aus denen hL und Rsp bisher die Zweckgebundenheit des Freistellungsanspruchs ableiteten, verzichtet, wurde dieser Bestimmung auch eine völlig neue Überschrift vorangestellt. Hieß diese vor der Änderung noch „Aufsuchen einer neuen Stellung“, so lautet sie jetzt „Freizeit während der Kündigungsfrist“. Das gleiche gilt übrigens auch für die anderen Bestimmungen, die eine Freizeit während der Kündigungsfrist normieren. Auch hier wurden alle Hinweise auf eine Zweckbindung beseitigt. Darüberhinaus ergibt sich der Entfall der Zweckbindung mA schon aus den Gesetzesmaterialien¹⁷⁾ selbst, die – in aller Kürze – feststellen, daß im Kündigungszeitraum von AN „... eine bestimmte Freizeit ohne Schmälerung des Entgelts und ohne Begründungspflicht...“ beansprucht werden können soll. Es ist daher davon auszugehen, daß durch die Gesetzesänderung ein nicht zweckgebundener, daher zur freien Disposition des AN stehender Freizeitananspruch, quasi ein Sonderurlaub während der Kündigungsfrist normiert wurde.

Unterstützung findet diese Ansicht mE auch in der inhaltlich identen Bestimmung des § 33 a VBG 1948 idGF, der durch BGBl 1994/16 neu eingefügt wurde und den bis dahin geltenden Abs 2 des § 33 VBG¹⁸⁾ ersetzte. Die Überschrift dazu lautet „Sonderurlaub während der Kündigungsfrist“ und auch im Text selbst ist davon die Rede, daß „Während der Kündigungsfrist [...] dem Vertragsbediensteten auf sein Ansuchen ein Sonderurlaub von wöchentlich mindestens acht Dienststunden zu gewähren“ ist. In den Erläuterungen¹⁹⁾ wird dazu ua ausgeführt, daß die im AngG durch die BeschäftigungssicherungsNov 1993 getroffene Neuregelung hinsichtlich des Ausmaßes und der Anspruchsvoraussetzungen der „Postensuchtage“ eine entsprechende Anpassung im Bereich des öffentlichen Dienstes erforderlich mache. Diese Anpassung ist durch die Einfügung des § 33 a VBG erfolgt.

Auch wenn die Zweckbindung weggefallen ist, so bleibt doch das Motiv für die Gewährung dieser Freizeit grds das gleiche, und zwar soll dem AN nach wie vor die Möglichkeit gegeben werden, noch während der Dauer des zu Ende gehenden ArbVerh einen

neuen Arbeitsplatz zu finden und damit möglichst nahtlos in das neue ArbVerh zu wechseln.²⁰⁾ Ob er diese Freizeit tatsächlich zu Vorstellungsgesprächen nützt, durch Besuch von Aus- und Weiterbildungsveranstaltungen seine Chancen auf den Arbeitsmarkt erhöht, oder aber in dieser Zeit nichts dergleichen macht, ist in das alleinige Belieben des AN gestellt, läßt aber jedenfalls den Anspruch auf Freistellung unberührt.

Im Unterschied zum Erholungsurlaub des § 2 UrlG, der ex lege²¹⁾ entsteht, ist das Entstehen des Anspruchs auf diesen Sonderurlaub jedoch zweifach bedingt. Erstens entsteht der Anspruch erst dann, wenn das ArbVerh in das Auflösungsstadium²²⁾ tritt, zweitens muß, damit der Anspruch überhaupt entsteht, der AN diesen geltend²³⁾ machen.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes besteht der Anspruch auf Freizeit im Falle einer Kündigung nur während der Kündigungsfrist.²⁴⁾ Es stellt sich daher die Frage, was genau unter diesem Begriff zu verstehen ist, und was gilt, wenn eine Kündigungsfrist – aus welchen Gründen auch immer – nicht besteht.

Zu § 22 alt AngG vertrat L²⁵⁾ und Rsp²⁶⁾ bisher die restriktive Auffassung, daß – auch im Fall eines früheren Ausspruchs der Kündigung – nur für die Dauer der gesetzlichen oder einer vertraglich vereinbarten längeren Kündigungsfrist Anspruch auf Freizeit zur Postensuche bestehen soll. Eine überzeugende Begründung für diese Ansicht fehlt. Ebenso gut ließe sich mA argumentieren, daß unter dem Begriff „Kündigungsfrist“ der Zeitraum zu verstehen ist, der vom Zugang der Kündigung bis zur tatsächlichen Beendigung des ArbVerh verstreicht, weil der Wortlaut des Gesetzes eben ganz allgemein auf die „Kündigungsfrist“, und nicht zB auf die „gesetzliche“ oder eine „kollektivvertragliche“ Kündigungsfrist abstellt.

Bei der Einfügung des § 33 a VBG durch BGBl 1994/16 hat der Gesetzgeber erstmals auch zu dieser Frage ausdrücklich Stellung genommen. So soll die „Kündigungsfrist“ mit dem Tag des Ausspruches der Kündigung beginnen, und nicht – wie bisher von L und Rsp vertreten – nur die gesetzliche Kündigungsfrist umfassen.

13) OLG Wien 23. 4. 1990, 33 Ra 34/90; allerdings geht nicht ganz klar hervor, ob die – hier nicht geltend gemachten – Postensuchtage oder der nicht konsumierte Urlaub zu entschädigen gewesen wäre; ArbG Wien 30. 12. 1982, 5 Cr 232/82 = ARD 3512/20/83.

14) LG f ZRS Wien 8. 9. 1969, Arb 8664.

15) Vgl FN 1.

16) Neben einer weitgehenden Angleichung der sondergesetzlichen Bestimmungen in ihrem Wortlaut wurde nunmehr auch gesetzlich klargestellt, daß die Freizeit während der Kündigungsfrist auch für den Fall der AN-Kündigung – allerdings nur mehr im halben Ausmaß – gebührt.

17) 1194 BlgNR 18. GP, 14.

18) „Freigabe zum Aufsuchen eines neuen Dienstpostens“.

19) 1358 BlgNR 18. GP, 15 und 25.

20) IdS auch Drs, Die BeschäftigungssicherungsNovelle 1993 und ihre Auswirkungen auf den Anspruch auf „Postensuchtage“, RdW 1993, 337 ff; Klein, DRdA 1993, 402 ff.

21) Kuderna, aaO, Rz 14 zu § 2.

22) Arg „während der Kündigungsfrist“.

23) Arg „auf sein Verlangen“.

24) Mit Ausnahme des §§ 6 (1) SchSpG, der noch auf den Zeitraum „... nach der Kündigung“ abstellt, verwenden nunmehr alle einschlägigen Bestimmungen diesen Begriff.

25) Krejci, aaO.

26) LG Wien 25. 6. 1959, SozM I A/d, 373; OLG Wien 16. 9. 1990, 31 Ra 41/90 = ARD 4197/14/90; OGH 10. 10. 1990, 9 Ob A 258/90 = ARD 4225/7/90.

Richtigerweise sollte man mA hier allerdings danach unterscheiden, ob es sich um eine AG- oder eine AN-Kündigung handelt. Im ersten Fall ist die in den Mat zur Einfügung des § 33 a VBG vertretene Ansicht durchaus sachgerecht, daß die Kündigungsfrist mit Ausspruch der Kündigung durch den AG beginnt. Denn mit diesem Zeitpunkt tritt das ArbVerh in das Auflösungsstadium. Anderes gilt jedoch für den Fall, daß der AN kündigt. Würde man auch hier die Kündigungsfrist mit dem Ausspruch der Kündigung durch den AN beginnen lassen, hätte er es in der Hand, durch frühzeitigen Ausspruch der Kündigung für eine fast beliebig lange Dauer einen zusätzlichen Freizeitanspruch entstehen zu lassen. Kündigt daher der AN, sollte „nur“ während der gesetzlichen bzw. kollektiv- oder einzelvertraglich vereinbarten Kündigungsfrist ein Freistellungsanspruch bestehen.

Schon nach der alten Rechtslage haben hL und Rsp einen Anspruch auf Freizeit zur Postensuche für bestimmte Fälle per analogiam auch dann bejaht, wenn eine „Kündigungsfrist“ im eigentlichen Sinn nicht gegeben war, und zwar einerseits im Fall der einvernehmlichen Auflösung²⁷⁾ eines ArbVerh, sofern das ArbVerh erst zu einem späteren Zeitpunkt enden sollte,²⁸⁾ andererseits im Fall eines befristeten ArbVerh, sofern dieses auf eine bestimmte Mindestdauer abgeschlossen wurde.²⁹⁾ Diese Lösung erscheint sachgerecht.³⁰⁾

Hinsichtlich des Zeitraumes, in dem in solchen Fällen ein Anspruch auf Freizeit zur Postensuche zustehen sollte, hat die Rsp eine „fiktive“³¹⁾ Kündigungsfrist angenommen, deren Dauer davon abhängig sein sollte, von welchem Teil die Initiative zur einvernehmlichen Auflösung des ArbVerh ausgegangen war bzw. in wessen Interesse die Befristung eines ArbVerh erfolgte. Geschah die einvernehmliche Auflösung bzw. Befristung des ArbVerh auf Anregung bzw. im Interesse des AG, so sollte auch die von ihm einzuhaltende gesetzliche Kündigungsfrist für die Dauer der „fiktiven“ Kündigungsfrist maßgeblich sein.³²⁾

2. Entschädigung bei unbegründeter Entlassung

Nach der alten Rechtslage wurde aufgrund der Zweckbindung des Freistellungsanspruchs zur Suche eines neuen Arbeitsplatzes das Bestehen eines diesbezüglichen Anspruchs bei Entlassung bzw. Austritt abgelehnt.³³⁾

Nach Wegfall dieser Zweckbindung stellt sich nunmehr die Frage, ob diese Meinung nach wie vor unverändert aufrechterhalten werden kann.

Entläßt ein AG seinen AN ohne wichtigen Grund, so beendet diese Erklärung idR das ArbVerh mit sofortiger Wirkung³⁴⁾ und steht letzterem lediglich ein Schadenersatzanspruch³⁵⁾ in Form der Kündigungsentschädigung³⁶⁾ zu. Die Höhe dieses Schadenersatzanspruchs ist mit den vertragsmäßigen Ansprüchen auf das Entgelt für den Zeitraum, der bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit oder durch ordnungsmäßige Kündigung durch den AG hätte verstreichen müssen,³⁷⁾ pauschaliert. Der Anspruch auf Kündigungsentschädigung umfaßt alle sonstigen Ansprüche,³⁸⁾ die in

dieser „fiktiven“ Kündigungsfrist entstanden wären, wie zB das fortlaufende Entgelt, Abfertigung und Urlaub, maW, der AN ist wirtschaftlich so zu stellen, wie dies bei regelmäßigem Ablauf des ArbVerh der Fall gewesen wäre.³⁹⁾

Nach hL und stRsp beendet – ausgenommen im Fall des Bestehens eines besonderen Bestandsschutzes – auch die unbegründete Entlassung das ArbVerh mit sofortiger Wirkung,⁴⁰⁾ eine Kündigungsfrist im eigentlichen Sinn besteht nicht. Damit hätte es der AG aber in der Hand, den AN durch die Entlassung um jene Ansprüche zu bringen, die bei Einhaltung der Kündigungsfrist erst während dieser entstanden wären, wie zB ein (höherer) Abfertigungsanspruch, ein neuer Urlaubsanspruch, die Unverfallbarkeit von Pensionsansparungen etc. Dies hat die Rsp dadurch verhindert, daß sie – trotz sofortiger Auflösung des ArbVerh⁴¹⁾ – von einer „fiktiven Kündigungsfrist“ ausgeht und alle Ansprüche, die erst während dieser fiktiven Kündigungsfrist entstehen, bei Berechnung der Kündigungsentschädigung mitberücksichtigt.⁴²⁾

Nichts anderes kann mA nach aber auch für den Anspruch auf Freizeit während der Kündigungsfrist gelten. Hier ist daher ebenfalls von der „fiktiven“ Kündigungsfrist auszugehen, wie sie für die Berechnung der sonstigen Beendigungsansprüche gilt. Setzt der AG – zB durch unbegründete Entlassung – rechtswidrig und schuldhaft ein Verhalten, das dem AN diese Möglichkeit nimmt, so ist es an sich selbstverständlich, daß dem AN dafür ein Schadenersatzanspruch zusteht. Der eingetretene Schaden des AN liegt darin, daß er nunmehr keine bezahlte Freizeit zur Suche eines neuen Arbeitsplatzes in Anspruch nehmen kann, sohin auf „eigene Kosten“ suchen muß. Der Einwand, daß der AN ohnehin nicht mehr länger arbeiten müsse und im Rahmen der Kündigungsentschädigung auch Anspruch auf das fortlaufende Entgelt habe, greift hier mE nicht. Dasselbe müßte nämlich dann auch für jenen Urlaubsanspruch gelten, der erst während der „fiktiven“ Kündigungsfrist neu entsteht.

Die Parallelen zwischen dem erst während der fiktiven Kündigungsfrist neu entstehenden Erholungsurlaub iSd UrlG und dem Sonderurlaub während der

27) SZ 32/145; OGH 10. 11. 1959, 4 Ob 124/59 = ARD 1246/6/60.

28) Krejci, aaO; Martinek/Schwarz/Schwarz, AngG⁷, Nachtrag 1994, § 22 Erl 2.

29) Krejci, aaO mwN, OGH 10. 2. 1993, 9 Ob A 604/92.

30) Vgl dazu auch die dt Rechtslage zu § 629 BGB, in dem von einem „dauernden Arbeitsverhältnis“ die Rede ist, worunter ein auf eine bestimmte, längere Dauer bzw. auf unbestimmte Zeit abgeschlossenes ArbVerh verstanden wird; Schaub, Arbeitsrecht-Handbuch⁸ [1996], 146.

31) OGH 10. 2. 1993, 9 Ob A 604/92.

32) OGH 10. 11. 1959, Arb 7140; LG Wien 25. 6. 1959, SozM I A/d, 373.

33) Krejci, aaO; Kuderna, Das Entlassungsrecht², 22, FN 2.

34) ZB Schwarz/Löschnigg, aaO, 581.

35) Vgl Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht⁵, 583 mwN.

36) ZB § 29 AngG, § 1162 b ABGB.

37) ZB § 1162 b ABGB, § 29 AngG, § 29 GAngG, § 40 (2) SchSpG.

38) Schwarz/Löschnigg, 584.

39) Schwarz/Löschnigg, 583.

40) Schwarz/Löschnigg, 583.

41) Dies gilt auch für die fristwidrige Kündigung durch den AG und den vorzeitigen berechtigten Austritt aus Verschulden des AG.

42) Schwarz/Löschnigg, 584; Arb 10.933, Arb 10.407 mwN.

Kündigungsfrist sind unübersehbar. Beide Ansprüche sind *nicht zweckgebunden*,⁴³⁾ dh was der AN während seines Erholungsurlaubs macht, ist grds⁴⁴⁾ seine Sache. Das gleiche gilt für die Freizeit während der Kündigungsfrist. Die Erholungsbedürftigkeit des AN ist genauso wenig Anspruchsvoraussetzung für das Entstehen des Urlaubs iSd UrlG, wie es die Suche eines neuen Arbeitsplatzes für das Entstehen des Anspruchs nach § 22 AngG ist. Beiden Ansprüchen liegt ein bestimmtes Motiv zugrunde, nämlich beim Urlaub iSd UrlG die Erholungsmöglichkeit,⁴⁵⁾ bei der Freizeit während der Kündigungsfrist ua die Möglichkeit zur Suche einer neuen Arbeitsstelle. Schließlich handelt es sich bei beiden Ansprüchen um solche mit Doppelnatur,⁴⁶⁾ dh sie bestehen aus dem Anspruch auf Freistellung von der Arbeit und dem Anspruch auf ungeschmälerter Entgeltfortzahlung⁴⁷⁾ während dieser Zeit. Nach Beendigung des ArbVerh durch Entlassung oder Austritt ist die Geltendmachung des Freistellungsanspruchs nicht mehr möglich, so daß nur mehr die zweite Komponente, nämlich der Anspruch für das während des Urlaubs gebührende Entgelt, bleibt.⁴⁸⁾ Entsteht im Fall der vorzeitigen Beendigung des ArbVerh während der für die Berechnung der Kündigungsentschädigung maßgeblichen fiktiven Kündigungsfrist daher ein neuer Urlaubsanspruch, dann soll dem AN *neben der Kündigungsentschädigung* auch eine Urlaubsentschädigung in voller Höhe gebühren,⁴⁹⁾ da der sich aus der Doppelnatur des Urlaubsanspruchs ergebende Erfüllungsanspruch auf Zahlung des für den nicht verbrauchten Urlaub gebührenden Urlaubsentgelts als ein nach dem § 29 AngG bzw § 1162 b ABGB gewählender *Ersatzanspruch* übrig bleibt.⁵⁰⁾ Der Rechtsgrund für diesen Anspruch ist allerdings nicht mehr § 9 UrlG, sondern § 29 AngG bzw § 1162 b ABGB.⁵¹⁾

Für den erst während der fiktiven Kündigungsfrist neu entstehenden Urlaubsanspruch ist das Motiv für die Freistellung, nämlich die Erholungsmöglichkeit des AN, durch die vorzeitige Beendigung des ArbVerh an sich weggefallen, weil der AN während der fiktiven Kündigungsfrist ohnehin nicht mehr arbeiten muß. Auch dieser Anspruch entsteht erst nach Beendigung des ArbVerh, nämlich während der fiktiven Kündigungsfrist. Trotzdem ist dieser neu entstehende Urlaubsanspruch nach stRsp im Rahmen der Kündigungsentschädigung zu entschädigen.

Dasselbe muß daher mE auch für die Freizeit während der Kündigungsfrist gelten. Eine sachliche Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung ist nach Wegfall der Zweckbindung nicht mehr gegeben. Auch die während der fiktiven Kündigungsfrist erst geltend zu machende Freizeit ist daher gem § 22 AngG iVm § 29 AngG zu entschädigen, wobei die für das Entstehen des Anspruches notwendige Geltendmachung der Freistellung im Rahmen der Kündigungsentschädigung zu erfolgen hat.

3. Entschädigung bei berechtigten vorzeitigen Austritt

Neben der unbegründeten Entlassung und der zeitwidrigen Kündigung durch den AG, kann das ArbVerh auch durch Erklärung des AN vorzeitig been-

det werden, wenn auf Seiten des AG ein wichtiger Grund vorliegt, der dem AN die Weiterarbeit auch nur für die Zeit der Kündigungsfrist unzumutbar machen würde. Auch der Austritt des AN löst das ArbVerh mit sofortiger Wirkung auf,⁵²⁾ so daß auch hier keine Kündigungsfrist besteht.

Trifft den AG ein Verschulden am vorzeitigen Austritt, so behält der AN zB gem § 29 AngG seine Ansprüche auf das Entgelt für den Zeitraum, der bis zur Beendigung des ArbVerh durch Ablauf der Vertragszeit oder durch ordnungsmäßige Kündigung seitens des AG hätte verstreichen müssen. Der AN hat daher auch in diesem Fall Anspruch auf Kündigungsentschädigung. Der begründete Austritt aus Verschulden des AG löst daher die gleichen Rechtsfolgen aus wie die unbegründete Entlassung. Daraus folgt, daß auch das zu Pkt 2. Gesagte unverändert für den Fall des vorzeitigen berechtigten Austritts des AN gilt, diesem daher der Freistellungsanspruch während der fiktiven Kündigungsfrist im Rahmen der Kündigungsentschädigung zu entschädigen ist.

Trifft den AG kein Verschulden am vorzeitigen Austritt seines AN,⁵³⁾ dann hat der AN auch keinen Anspruch auf Kündigungsentschädigung.⁵⁴⁾ Hier gibt es daher auch keine „fiktive“ Kündigungsfrist, innerhalb derer irgendwelche Ansprüche entstehen könnten.

43) ZB *Kuderna*, aaO, Rz 3 zu § 2.

44) Der AN ist auch berechtigt, während des Urlaubs eine andere Erwerbstätigkeit auszuüben, kann dann allerdings im Fall der Erkrankung während des Urlaubs, die ursächlich mit dieser Erwerbstätigkeit zusammenhängt, nicht die Unterbrechung gem § 5 Abs 2 UrlG geltend machen.

45) Vgl § 4 Abs 1 UrlG; *Kuderna*, aaO, Rz 3 zu § 2.

46) *Kuderna*, aaO, Rz 2 zu § 2.

47) ZB *Kuderna*, UrlG², Rz 3 zu § 9, mwN.

48) *Kuderna*, aaO.

49) *Kuderna*, aaO, Rz 11 zu § 9; *Martinek/Schwarz/Schwarz*, aaO, 662; Arb 10.177, Arb 10.217.

50) Arb 9938, Arb 9871, Arb 10.177, Arb 10.217.

51) *Kuderna*, aaO, Rz 11 zu § 9; *Schwarz/Löschnigg*, aaO, 461.

52) *Schwarz/Löschnigg*, 617.

53) ZB bei Austritt wegen Gesundheitsgefährdung gem § 36 Z 1 AngG, die nicht auf ein Verschulden des AG zurückzuführen ist.

54) Vgl zB § 29 AngG, § 1162 b ABGB; *Schwarz/Löschnigg*, 617; *Martinek/Schwarz/Schwarz*, 657 ff.

Nach der Beschäftigungssicherungs-Nov BGBl 1993/502 hat der AN nunmehr ganz allgemein einen Anspruch auf Freizeit während der Kündigungsfrist. Endet das ArbVerh durch unbegründete Entlassung oder berechtigten Austritt aus Verschulden des AG vorzeitig, so daß eine Kündigungsfrist nicht besteht, hat der AN nach der neuen Rechtslage Anspruch auf Abgeltung der Freizeit während der Kündigungsfrist im Rahmen der Kündigungsentschädigung.