

## Kündigung im Krankenstand - Dauer der Entgeltfortzahlung

Rechtsnews 2010, 10163 vom **23.11.2010**

**§ 5 EFZG** - Wird ein **Arbeiter während eines Krankenstandes gekündigt** und reicht der **ununterbrochene Krankenstand** in ein **neues fiktives Arbeitsjahr** hinein, das erst nach Ablauf der Kündigungsfrist beginnt, so entsteht mit Beginn des neuen Arbeitsjahres **kein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch**.

Damit nimmt der OGH von seiner zu OGH 7. 6. 2006, 9 Oba 115/05k, ARD 5708/8/2006, eingenommenen Position wieder **Abstand**.

**OGH 22. 10. 2010, 9 Oba 36/10z**

**In Abänderung von OLG Wien 18. 12. 2009, 9 Ra 125/09g, ARD 6038/5/2010 (Anm).**

**Sachverhalt:** Eine **Reinigungskraft** stand vom 23. 12. 2005 bis 14. 11. 2007 in einem Arbeitsverhältnis. Vom **7. 9. 2007** an befand sie sich in einem **durchgehenden Krankenstand bis 2. 4. 2008**. Der **Arbeitgeber kündigte** mit Schreiben vom 5. 11. 2007 das Arbeitsverhältnis **zum 14. 11. 2007** auf. Spätestens am **16. 11. 2007** war das Kontingent der **Entgeltfortzahlung** für das laufende Arbeitsjahr (§ 2 Abs 1 EFZG) **erschöpft**.

Die Arbeiterin **begehrt** die **Entgeltfortzahlung** (6 Wochen voll, 4 Wochen halb) für die Zeit vom **23. 12. 2007 bis 4. 3. 2008**. Mit 23. 12. 2007 hätte ein **neues Arbeitsjahr** begonnen. Die Arbeitgeberkündigung habe wegen des **durchgehenden Krankenstands** das Entstehen eines neuen Entgeltfortzahlungsanspruchs im folgenden (fiktiven) Arbeitsjahr nicht verhindern können.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren Folge. Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und berief sich dabei auf die Entscheidung OGH 7. 6. 2006, 9 Oba 115/05k, ARD 5708/8/2006; da der **Sachverhalt** hier (Ende des Entgeltfortzahlungsanspruchs vor dem Beginn des neuen Arbeitsjahres) aber vom Ausgangsfall jener OGH-Entscheidung **abwich** (dort: Entgeltfortzahlungsanspruch bei Beginn des neuen Arbeitsjahres noch nicht abgelaufen), erklärte das Berufungsgericht eine **Revision** an den OGH für **zulässig** (ebenso: OLG Wien 21. 8. 2009, 9 Ra 89/09p, ARD 6038/5/2010).

### **EFZ über das DV-Ende hinaus**

Seit der Entscheidung OGH 28. 1. 1999, 8 Oba 163/98y, ARD 5009/11/99, geht die einhellige Rechtsprechung in Übereinstimmung mit der herrschen Lehre dahin, dass bei **ununterbrochen** fortdauernder krankheitsbedingter Arbeitsverhinderung mit **Beginn des nächsten Arbeitsjahrs** ein **neuer Entgeltfortzahlungsanspruch** auch dann entsteht, wenn der Arbeitnehmer zuerst wegen Ausschöpfung des Entgeltfortzahlungsanspruchs kein Entgelt mehr erhalten hatte. Dieser Rechtsprechung lagen jedoch immer fortdauernde, das heißt im relevanten Beurteilungszeitraum noch **nicht beendete Arbeitsverhältnisse** zugrunde.

Wird der Arbeitnehmer **während einer Arbeitsverhinderung** gemäß § 2 EFZG **gekündigt**, ohne wichtigen Grund vorzeitig entlassen oder trifft den Arbeitgeber ein Verschulden an dem vorzeitigen Austritt des Arbeitnehmers, so bleibt gemäß § 5 EFZG der Anspruch auf **Fortzahlung des Entgelts** für die nach diesem Bundesgesetz vorgesehene Dauer **bestehen**, wenngleich das Arbeitsverhältnis früher endet.

Diese Regelung soll **verhindern**, dass sich der Arbeitgeber von der **Pflicht zur Entgeltfortzahlung** an den Arbeitnehmer dadurch **befreit**, dass er während der Arbeitsverhinderung das Dienstverhältnis durch Kündigung oder ungerechtfertigte Entlassung löst; der Anspruch auf Entgeltfortzahlung soll so auch über die rechtliche Dauer des Arbeitsverhältnisses hinaus gewahrt werden. Für die Frage der Entgeltleistung wird in diesem Fall die Abwicklung des Arbeitsverhältnisses ohne den Hinderungsgrund fingiert, die vereinbarte Leistung gilt als geleistet. Sonst könnte der Arbeitgeber über den Kündigungszeitpunkt bzw den Zeitpunkt der Entlassung zeitlich hinausgehende Ansprüche des Arbeitnehmers zunichte machen.

In der Entscheidung OGH 7. 6. 2006, 9 Oba 115/05k, ARD 5708/8/2006, hatte sich der OGH mit der Frage auseinander zu setzen, ob im Falle, dass ein Arbeiter während des Krankenstands gekündigt wird und ein **neues Arbeitsjahr** zwar erst **nach Ablauf der Kündigungsfrist**, aber noch während des fortdauernden Krankenstands beginnt, ein **neuer EFZ-Anspruch** entsteht. Der **OGH bejahte** diese Frage. Der Schutzzweck des § 5 EFZG gebiete auch dann das Entstehen eines neuen Entgeltfortzahlungsanspruchs, wenn das Arbeitsverhältnis noch im alten Arbeitsjahr, aber während eines fortdauernden Krankenstands geendet habe, und wenn die **Fortzahlungszeiträume** des alten und (fiktiven) neuen Arbeitsjahrs **ineinander übergriffen**.

Diese Entscheidung wurde in der Lehre geteilt aufgenommen:

### Kritik zur Entscheidung 9 ObA 115/05k

*Kallab* (in DRdA 2007, 237 f) begrüßt das Ergebnis dieser Entscheidung, hält jedoch im Falle des durchlaufenden Krankenstands eine Einschränkung, wie das Ineinanderübergehen des "alten" und "neuen" Entgeltfortzahlungszeitraums für verfehlt, weil § 5 EFZG nur auf die Dauer des Krankenstands abstelle. Dem **Einwand**, dass bei **mehnjährigem Krankenstand** trotz beendetem Arbeitsverhältnis in jedem fiktiven neuen Arbeitsjahr **unbegrenzt** ein neuer Fortzahlungsanspruch entstehen könnte, hält er lediglich entgegen, dass "es der **Gesetzgeber offensichtlich hingenommen** habe, dass in diesen wenigen Fällen extreme Lösungen möglich sind".

*Rauch* (in ASoK 2007, 18, 21) führt dagegen ins Treffen, dass nach der Rechtsprechung der Grundsatz "Neues Arbeitsjahr - neuer Anspruch" gelte. Ein neuer Jahresanspruch iSd § 2 Abs 1 EFZG setze somit den Beginn eines neuen Arbeitsjahrs voraus. Die Verpflichtung des Arbeitgebers sei daher für jedes Arbeitsjahr gesondert zu beurteilen. Übertragen auf die Fälle der Kündigung während des Krankenstands bei Ablauf des Arbeitsjahrs nach Ende der Kündigungsfrist sei festzuhalten, dass ein neues Arbeitsjahr keine Rolle spielen könne, wenn das **Arbeitsverhältnis noch im alten Arbeitsjahr beendet** worden sei, weil bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses im alten Arbeitsjahr ein Anspruch aus einem neuen Arbeitsjahr nicht mehr entstehen könne. Ansprüche nach § 5 EFZG aus einem neuen Arbeitsjahr würden somit voraussetzen, dass das Arbeitsverhältnis erst im neuen Arbeitsjahr ende. Laufe hingegen die Kündigungsfrist noch im alten Arbeitsjahr ab, so **gebe es** für dieses Arbeitsverhältnis **kein "neues Arbeitsjahr"** und könne daher auch die Formel "Neues Jahr - neuer Anspruch" nicht zur Anwendung gelangen. § 5 EFZG beziehe sich immer nur auf die Beendigung im laufenden Arbeitsjahr, bezwecke aber keinesfalls uferlose Ansprüche für eine unbeschränkte Zukunft.

Ähnlich kritisch argumentiert *Rothe* (in *ecolex* 2010, 585f), der darauf hinweist, dass allein das Abstellen auf den von einem in das andere Jahr **übergreifenden Krankenstand** bei **mehnjähriger** Arbeitsunfähigkeit **keine taugliche Eingrenzung** sei. Dem Gesetzgeber sei aber nicht zuzusinnen, mit § 5 EFZG eine solche Konsequenz beabsichtigt zu haben.

### Kein neuer EFZ-Anspruch

Die vorgenannte Kritik veranlasst den erkennenden Senat, von der zu OGH 7. 6. 2006, 9 ObA 115/05k, ARD 5708/8/2006, eingenommenen Position **Abstand zu nehmen**. Gerade die im Ergebnis zustimmende Meinung *Kallabs* zeigt deutlich auf, dass eine **Eingrenzung** des EFZ-Anspruchs bei arbeitsjahresübergreifendem Krankenstand auf **in-einander übergreifende Fortzahlungszeiträume** aus dem Gesetz **nicht ableitbar** ist.

Bei näherer Betrachtung **überzeugt aber auch das Argument nicht**, dass der **Gesetzgeber** trotz Beendigung des Arbeitsverhältnisses den Fall des **mehnjährig** fortdauernden Krankenstands für ein immer wieder neues Aufleben **in Kauf nehmen wollte**.

§ 5 EFZG geht grundsätzlich davon aus, dass ein Krankenstand der Auflösung des Arbeitsverhältnisses während der Dauer der Arbeitsverhinderung nicht entgegensteht. Dem kranken Arbeitnehmer soll aber der **volle Anspruch** auf Ausschöpfung des nicht verbrauchten Kontingents an Entgeltfortzahlung aus dem **laufenden Arbeitsjahr** auch dann **gewahrt** bleiben, wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Arbeitsverhinderung erfolgt. **Endet jedoch das Arbeitsverhältnis vor Beginn des neuen Arbeitsjahrs** und kann daher kein neues Arbeitsjahr zu laufen beginnen, gibt § 5 EFZG trotz fortdauernden Krankenstands **keine** geeignete Grundlage ab, einen **neuen Entgeltfortzahlungsanspruch** nach § 2 Abs 1 EFZG entstehen zu lassen.

Dem Umstand, dass mit der Arbeitnehmerin nach Ende der Arbeitsverhinderung erneut ein Dienstverhältnis begründet wurde, kommt in diesem Zusammenhang keine rechtserhebliche Bedeutung zu.