



sener AN in einem befristeten AV gegen die Einschränkung des Gleichstellungsanspruchs in § 10 Abs 1 letzter Satz zur Wehr setzt. In diesem Fall liegt eine Deckung der österr Bestimmung durch Art 5

Abs 2 RL nicht vor, es stellen sich daher die zu Art 5 Abs 3 RL aufgeworfenen Probleme.

Felix Schörghofer,
MOSATI Rechtsanwälte, Wien

ZAS 2015/53

§ 23 AngG

OGH 29. 4. 2014,
9 ObA 8/14 p
(OLG Linz
28. 11. 2013,
11 Ra 75/13 y;
LG Linz
12. 6. 2013,
11 Cga 97/12 t)

Prämie;

Bonus;

wiederkehrender

Bezug;

Abfertigung Alt

Der OGH führt seine Rsp zur Einbeziehung schwankender Entgelte in die Berechnung der Abfertigung Alt fort.

→ (Keine) Berücksichtigung einer Jahresprämie bei der Berechnung der Abfertigung Alt

Erhielt ein zum 30. 9. 2012 gekündigter AN zuletzt im Jänner 2012 eine anteilige Jahresprämie für das 4. Quartal 2011 ausbezahlt, jedoch für die Zeit vom 1. 1. 2012 bis 30. 9. 2012 nicht mehr und ist der AG auch zu keiner Prämienzahlung verpflichtet,

Sachverhalt:

Der kl ehemalige AN war bei seinem bekl ehemaligen AG bis 30. 9. 2012 beschäftigt. Er erhielt von Beginn an Jahresprämien, ab 2007 aufgrund einer Änderung des Dienstvertrags als freiwillige Leistung ohne Rechtsanspruch. Diese Jahresprämien gelangten jeweils für das abgelaufene Geschäftsjahr (1. 10. bis 30. 9.) im Jänner des Folgejahres zur Auszahlung. Im Jänner 2012 erhielt der Kl eine Jahresprämie und zusätzlich infolge Umstellung des Geschäftsjahres auf das Kalenderjahr für das 4. Quartal 2011 eine weitere Prämie. Für das Geschäftsjahr und Kalenderjahr 2012 zahlte der AG jedoch keine (anteilige) Prämie aus.

Der Kl verlangt die Einbeziehung der für das 4. Quartal 2011 gewährten Prämie in die Bemessungsgrundlage für die Abfertigung, der Bekl lehnt dies ua mit der Begründung ab, dass für das Geschäftsjahr 2012 keine Prämie ausbezahlt wurde.

ErstG und BerG gaben dem Klagebegehren statt, weil für die Einbeziehung von Sonderzahlungen, Gewinnbeteiligungen, aber auch einfacher Prämien der Zeitraum der letzten zwölf Monate vor Beendigung des DV heranzuziehen sei.

Der OGH gibt der aoRev des bekl AG Folge.

Entscheidungsgründe des OGH:

Im RevVerfahren ist str, ob die dem Kl für das 4. Quartal 2011 gewährte Prämie von € 813,- abfertigungswirksam ist und ihm daher an Abfertigung ein weiterer Betrag von € 406,23 zusteht. Die Rev ist zulässig und berechtigt:

[...]

[Durchschnittsbetrachtung bei schwankenden Bezügen]

Nach § 23 Abs 1 AngG stellt das „für den letzten Monat des DV gebührende Entgelt“ die Basis der Berechnung des Abfertigungsanspruchs dar. Dabei umfasst der weit zu verstehende Begriff des Entgelts jede Leistung des AG, die der AN als Gegenleistung dafür bekommt, dass er ihm seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt. Gewinnbeteiligungen und Erfolgsprämien sind, wenn sie regelmäßig erbracht werden, in die Berechnungsgrundlage der Abfertigung einzubeziehen (vgl ua OGH 27. 7. 2011, 9 ObA 22/11 t; OGH 11. 7. 2001, 9 ObA 125/01 z). Abfertigungswirksam sind aber auch freiwillige

so ist in die Berechnungsgrundlage der Abfertigung Alt keine anteilige Jahresprämie einzubeziehen, weil für den letzten Monat vor Beendigung des DV keine Prämie mehr gebührte.

regelmäßige Leistungen des AG, weil sie am Entgeltcharakter der Leistung nichts ändern (vgl OGH 15. 5. 1995, 9 ObA 2019/96 v). Schwankt die Höhe des Entgelts innerhalb des letzten Jahres vor Beendigung des DV, ist ein Zwölftel des gesamten Entgelts dieses Jahres als Bemessungsgrundlage der Abfertigung zugrunde zu legen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob diese Schwankungen durch variable Prämien, Zulagen, Provisionen, Sonderzahlungen oder Überstundenentgelte bewirkt werden (vgl RIS-Justiz RS0043295).

[Für den letzten Monat des DV (noch) gebührendes Entgelt]

Diese auf das letzte Jahr vor Beendigung des DV abzustellende Durchschnittsberechnung kommt jedoch nur für eine Leistung des AG in Betracht, die für den letzten Monat (noch) gebührt (vgl OGH 22. 11. 1989, 9 ObA 268/89 RIS-Justiz RS0127201). Im Anlassfall erhielt der Kl für September 2012, dem letzten Monat vor Beendigung des DV, keine Prämie. Die beklP war auch zu keiner Prämienzahlung verpflichtet. Die dem Kl von der beklP zuletzt gewährte freiwillige (anteilige) Jahresprämie gebührte für 1. 10. 2011 bis 31. 12. 2011 und honorierte somit die Arbeitsleistung des Kl für diesen Zeitraum und nicht jene für die vom Kl im Folgejahr im letzten Monat vor Beendigung des DV erbrachte. Der Kl war auch nicht infolge Krankheit, Unglücksfall oder aus anderen wichtigen Gründen gehindert, im letzten Monat sein Entgelt in vollem Umfang zu verdienen (vgl OGH 27. 10. 1994, 8 ObA 279/94 mwN), gewährte doch die beklP ihren Mitarbeitern schon seit Beginn des Jahres 2012 keine (freiwillige) Prämie mehr. Dass die beklP diese Vorgangsweise wählte, um sich die Zahlung einer höheren Abfertigung zu ersparen, hat der Kl nie behauptet. Vielmehr brachte die beklP vor, dass sie für das Geschäftsjahr 2012 deshalb keine Prämie ausschüttete, weil sie das dafür vorgesehene Budget zur Erhöhung der Sozialplanleistungen verwendete. Damit kommt eine Einbeziehung dieser früheren Prämie in die Berechnungsgrundlage der Abfertigung nicht in Betracht. Nur dieses Ergebnis wird auch dem Zweck der Abfertigung gerecht, dem AN für den durch die Abfertigung abgedeckten Zeitraum den zuletzt bezogenen Durchschnittsverdienst zu sichern und damit eine gewisse Kontinuität des zuletzt bezogenen Verdienstes für diesen fiktiven Zeitraum zu gewährleisten (RIS-Justiz RS0028943).

Kommentar:

Die vorliegende Entscheidung wurde aufgrund ihrer Praxisrelevanz zwar mehrfach publiziert,¹⁾ ihre rechtlich bedeutsamen Konsequenzen verdienen aber nähere Beachtung. Die korrekte Berechnung der Abfertigung Alt im Hinblick auf die Einbeziehung von Prämien bzw Boni wurde in der Vergangenheit mehrfach diskutiert und war Gegenstand zahlreicher Entscheidungen (s Pkt 1.). Dies erklärt sich auch daraus, dass das Gesetz keine nähere Auskunft darüber gibt, was konkret unter dem „für den letzten Monat gebührenden Entgelt“²⁾ zu verstehen ist. Aus diesem Grund gestaltet sich die Subsumierung häufig problematisch, und es bestand Bedarf an diesbezüglicher Klarstellung durch die Judikatur bzw Literatur. Die vorliegende Entscheidung verfestigt im Wesentlichen die bisherige, hinsichtlich der Berücksichtigung von Prämien bzw Boni bei der Bemessung der Abfertigung nicht durchgängig einheitliche Judikaturlinie des OGH, ergänzt sie aber noch entscheidend. Nachstehend soll kurz die bisherige einschlägige Rsp erörtert und dann die hier zu kommentierende Entscheidung in diese eingeordnet werden.

1. Bisherige Judikatur

Die erste in diesem Kontext relevante Entscheidung stammt aus dem Jahr 1989.³⁾ Der Kl war zum 30. 6. 1988 gekündigt worden und hatte Anspruch auf Abfertigung im Ausmaß von vier Monatsentgelten. Ihm war während des aufrechten DV jährlich – auf freiwilliger Basis – eine Tantieme gewährt worden. Die Tantiemevereinbarung endete kurz vor Ende seines DV mit 23. 6. 1988. Das Geschäftsjahr war mit dem Kalenderjahr identisch. Zuletzt hatte der AN eine Prämie im März 1988 für das Jahr 1987 erhalten. Der OGH entschied, dass der Berechnung der Abfertigung **nicht** die Höhe der im März 1988 gezahlten Gewinnbeteiligung zugrunde gelegt werden könnte, weil es sich dabei um Entgelt für das Jahr 1987 gehandelt hätte, dessen Fälligkeit erst 1988 eingetreten sei. Grundlage für die Abfertigungszahlung sei vielmehr der **auf den letzten Monat des DV entfallende Anteil** (Juni 1988) der für die im Jahr 1988 zurückgelegte Dienstzeit gebührenden und auf die Dauer des DV in diesem Jahr monatsweise aufzuteilenden Gewinnbeteiligung.

Darauf folgte 2006⁴⁾ eine Entscheidung, in der der OGH unerwartet davon ausging, dass all jene Beträge aus Gewinnbeteiligungen in die Abfertigungsbasis einzubeziehen seien, die **im letzten Jahr** vor der Beendigung des DV, sprich innerhalb der letzten zwölf Monate des DV, **ausbezahlt** würden. Im Wesentlichen argumentierte der OGH damit, dass der „Versorgungs- und Überbrückungscharakter“ der Abfertigung in den Vordergrund zu stellen sei und dass ein Abstellen auf die im laufenden Jahr ausbezahlten Gewinne aus den vergangenen Jahren eine praktische Erleichterung bringe. Dies war kaum ein rechtsdogmatisches Argument, weshalb diese Entscheidung wohl auch – soweit ersichtlich – vereinzelt geblieben ist.

Der späteren Entscheidung des OGH v 27. 7. 2011⁵⁾ lag der Sachverhalt zugrunde, dass der AN mit 31. 12.

2007 aus dem Unternehmen ausgeschieden war und ihm für den Zeitraum v 1. 1. 2007 bis 31. 12. 2007 kein Bonus gebührte. Es wurde ihm aber im Jahr 2007 für den Zeitraum bis 31. 12. 2006 ein Bonus ausgezahlt. Hier erklärte der OGH schließlich, dass für die Bemessung der Abfertigung bei schwankendem Entgelt innerhalb des letzten Jahres vor Beendigung des DV ein **Beobachtungszeitraum von zwölf Monaten**, das war im Anlassfall der Zeitraum vom 1. 1. 2007 bis 31. 12. 2007, zugrunde zu legen und der monatliche Durchschnittswert für die Bemessungsgrundlage anzusetzen sei. Die Bonuszahlung im Jahr 2007, die für den Zeitraum vom 1. 1. 2006 bis 31. 12. 2006 gebührte, war daher **nicht** in die Berechnung der Abfertigung einzu beziehen. Auf die Fälligkeit des Bonus komme es dabei – so das Höchstgericht – nicht an.

2. Einordnung der aktuellen Entscheidung

Laut Feststellungen der vorliegenden Entscheidung erhielt der AN aufgrund der Beendigung seines DV durch AG-Kündigung zum 30. 9. 2012 ebenfalls – wie auch bereits in den Sachverhalten der unter Pkt 1. genannten Entscheidung – keinen Bonus. Freilich schied der AN im gegebenen Fall unterjährig, dh während des laufenden Bonusjahres und nicht zu Ende des Bonusjahres, aus dem Unternehmen aus. Der AN hatte innerhalb der letzten zwölf Monate einen Bonus erhalten, der ihm für drei der letzten zwölf Monate gebührte, nicht jedoch für den letzten Monat des DV. Auch hier ging der OGH also im ersten Schritt davon aus, dass für die Bemessung der Abfertigung bei schwankendem Entgelt innerhalb des letzten Jahres vor Beendigung des DV ein Beobachtungszeitraum von zwölf Monaten, dh der Zeitraum vom 1. 10. 2011 bis 30. 9. 2012, zugrunde zu legen und der monatliche Durchschnittswert für die Bemessungsgrundlage anzusetzen war. Die Bonuszahlung im Jahr 2012, die für den Zeitraum vom 1. 10. 2011 bis 31. 12. 2011 gebührte, wäre daher nach Betrachtung der letzten zwölf Monate in die Berechnung der Abfertigung einzubeziehen gewesen. Der OGH schränkte diese Aussage dann aber wieder ein und präziserte sie: Er hielt fest, dass auf diese Durchschnittsbetrachtung nur dann abzustellen sei, wenn der Bonus (noch) **für** den letzten Monat, also den Zeitraum von 1. 9. bis 30. 9. 2012, gebührte. Die Zahlung im Jänner 2012 gebührte aber **für** den Zeitraum vom 1. 10. 2011 bis 31. 12. 2011 und eben **nicht** mehr **für** 1. 9. 2012 bis 30. 9. 2012. Der Gerichtshof meinte weiter, Grundidee der Abfertigung sei, dass der AN jene Bezüge eingerechnet erhalten solle, die er auch bekommen hätte, würde gedanklich das DV um die Abfertigungsmonate verlängert werden.⁶⁾ Dass



1) Vgl ARD 6406/7/2014; RdW 2014/594; ZAS-Judikatur 2014/78 (Schörghofer).

2) Bereits klargestellt war, dass Prämien bzw Boni unter den arbeitsrechtlichen Entgeltbegriff fallen; vgl etwa K. Mayr in ZellKomm² § 23 AngG Rz 26; Schindler in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar, 23. Lfg (Juni 2014) Kap XX Rz 59 ff.

3) Vgl OGH 22. 11. 1989, 9 ObA 268/89.

4) Vgl OGH 27. 9. 2006, 9 ObA 59/06 a ARD 5756/5/2007.

5) Vgl 9 ObA 22/11 t; ähnlich OLG Wien 24. 9. 2014, 8 Ra 95/14 w ARD 6428/5/2014.

6) Vgl RIS-Justiz RS0028943.

dieser Gedanke indes nicht zutrifft, erkennt man schon, wenn man an die Berücksichtigung regelmäßig geleisteter Überstunden bei der Abfertigung denkt. Dabei kommt es nämlich eindeutig nicht darauf an, ob der AN auch in Zukunft (im „durch die Abfertigung gedeckten Zeitraum“, um in der Terminologie des OGH zu sprechen) regelmäßig Überstunden geleistet hätte, sondern nur, ob er sie im relevanten Zeitraum vor Beendigung des DV geleistet hat.⁷⁾

Der OGH beantwortet damit die Frage, ob bei unterjähriger Beendigung des DV (zB am 30. 9. 2015) bei der Abfertigungsberechnung ein Zwölf-Monats-Schnitt (dh aliquoter Prämienanspruch für den Zeitraum 10 – 12/2014 zzgl aliquoter Prämienanspruch für den Zeitraum 1 – 9/2015, wobei 1/12 dieser Summe die Abfertigungsbemessungsgrundlage erhöht) oder für die Abfertigungsberechnung ausschließlich der Prämienanspruch 2015 zu berücksichtigen ist (also 1/9 des aliquoten Prämienanspruchs für den Zeitraum 1 – 9/2015).⁸⁾ Nach Ansicht des Höchstgerichts findet bei unterjähriger Beendigung des Dienstvertrags keine „Auffüllung“ der letzten zwölf Monate mit der aliquoten Vorjahresprämie statt. Damit widerspricht der OGH den E 9 ObA 22/11 t und 8 Ra 95/14 w nicht; diese Frage stellte sich dort aufgrund der zeitlichen Konstellation schlicht nicht, weil die Kl dort jeweils genau mit Ende des „Bonusjahres“ (Geschäftsjahres) auschieden.

3. Kritik

Überzeugend ist diese Sichtweise freilich uE nicht (s im Folgenden) und wäre dies genauso wenig, sollte der OGH die angestellten Überlegungen auch auf Fälle anwenden wollen, in denen dem AN sehr wohl ein Bonus für den letzten Monat seines DV gebührt. Im Ergebnis bedeutet das nämlich, dass der AG die Höhe der Abfertigung auch in solchen Fällen wesentlich durch den Zeitpunkt der Beendigung des DV beeinflussen kann, was der OGH möglicherweise bei seiner Entscheidung nicht bedacht hat. Beendet er es zum Ende eines Bonusjahres, gebührt dieser Bonus für den Zeitraum der letzten zwölf Monate zur Gänze und erhöht damit 1/12 dieses Bonus die Bemessungsgrundlage der Abfertigung. Scheidet der AN dagegen unterjährig aus, hat dies auf der Grundlage der Berechnung des OGH nur dann keine negativen Auswirkungen für den AN, wenn die Höhe des Bonus im Rumpffjahr im Vergleich zum Vorjahr unverändert bleibt.⁹⁾ Ist – auf das Jahr hochgerechnet – der Bonus im Jahr des Ausscheidens dagegen geringer als jener im Vorjahr, erhielte der AN für die Abfertigung einen geringeren Betrag berücksichtigt als jenen, den er für die letzten zwölf Monate vor dem Ausscheidenszeitpunkt erhalten hat.¹⁰⁾ In diesem Fall ist es zwar gerechtfertigt, dass sich die Absenkung (oder gar der völlige Entfall) der erfolgsbezogenen Vergütung in der Bemessung der Abfertigung niederschlägt, doch gibt es keine Rechtfertigung dafür, dass der Bonus für das vorangegangene Rumpffjahr bei der Berechnung der Abfertigung einfach unberücksichtigt bleibt.¹¹⁾ Dieser müsste vielmehr als für den letzten Zwölf-Monats-Zeitraum vor dem Beendi-

gungsstichtag gebührender Bezugsteil mit berücksichtigt werden. Die Sichtweise des OGH führt bei Absenkung des Bonusvolumens und unterjährigem Ausscheiden zu einer Benachteiligung des AN, umgekehrt aber bei Erhöhung der Bonuszahlung gegenüber dem Vorjahr zu einer Bevorzugung, die ebenfalls der sachlichen Rechtfertigung entbehrt.¹²⁾

Richtig und überzeugend ist, dass der OGH nicht auf den Auszahlungszeitpunkt abstellt und sich offenbar – wenn auch (wie bei Höchstgerichten leider weitgehend üblich) nur stillschweigend – von der E 9 ObA 59/06 a distanziert. Bei der Berücksichtigung von in einem jährlichen Rhythmus und für ein Geschäftsjahr ausbezahlten (typischerweise erfolgsbezogenen) Entgeltbestandteilen für die Abfertigung ist uE aber allein die Heranziehung jenes Entgelts sachgerecht, das für die letzten zwölf Monate vor dem Ausscheidenszeitpunkt gebührt. Damit wird der Wortlaut des § 23 AngG keineswegs überstrapaziert, zumal dem Gesetz die Einrechnung von in jährlichem Rhythmus gezahlten, erfolgsbezogenen Vergütungsbestandteilen nicht als Modellfall vorschwebte. Dabei sind die vom OGH mit seiner Ansicht produzierten Ergebnisse für die Fälle, in denen dem AN für den letzten Monat des DV kein Bonus gebührt,¹³⁾ noch weniger interessen-

7) Vgl zur Berücksichtigung von Überstundenvergütungen bei der Bemessung der Abfertigung ua OGH 9 ObA 97/87 infas 1988 A 52.

8) Vgl auch David, Welcher Bonus ist nun tatsächlich in die gesetzliche Abfertigung Alt einzubeziehen? – Die Klarstellung, PVP 2014, 205. Genau genommen, sagt der OGH in der besprochenen Entscheidung nicht explizit, dass bei unterjährigem Ausscheiden der im Rumpffjahr vor dem Ausscheidenszeitpunkt gezahlte erfolgsbezogene Bezug zwecks Ermittlung des in die Abfertigung einzubeziehenden Monatsbetrages durch die Anzahl der Monate des Rumpffjahrs zu dividieren ist (anstatt durch zwölf), doch kann dem Höchstgericht eine andere Berechnungsweise für diesen – hier nicht zu beurteilenden Fall – nicht unterstellt werden, weil diese jeder sachlichen Rechtfertigung entbehre.

9) Variante 1: Angenommen der AN scheidet mit 30. 6. 2015 aus und der AN erhielt für das Geschäftsjahr/Kalenderjahr 2014 einen Bonus iHv € 30.000,- und erhält für den Zeitraum Jänner bis Juni 2015 einen aliquoten Betrag iHv € 15.000,-. Bei der Bemessung der Abfertigung wäre dann nach den Überlegungen des OGH nur 1/6 der gewährten Bonuszahlung für das Jahr 2015 iHv € 2.500,- zu berücksichtigen, was 1/12 von € 30.000,- (ebenfalls € 2.500,-) bei einer Zwölf-Monats-Betrachtung entspräche.

10) Das kann zB der Fall sein, wenn ein neues Bonusjahr begonnen hat und aufgrund deutlich verschlechterter wirtschaftlicher Rahmenbedingungen absehbar ist, dass das Ausmaß von Bonifikationen im laufenden Geschäftsjahr deutlich zurückgehen wird. Es könnte sich aber auch so verhalten, dass der AG aufgrund eingeräumter Gestaltungsrechte oder wegen gültiger Verankerung eines Unverbindlichkeitsvorbehalts überhaupt den Bonus für das neue Geschäftsjahr einstellt.

11) Variante 2: Wie Variante 1 in FN 9, nur erhält der AN hier für den Zeitraum Jänner bis Juni 2015 einen aliquoten Betrag iHv € 3.000,- (Jahresbonus € 6.000,-). Bei der Bemessung der Abfertigung wäre dann nach den Überlegungen des OGH nur 1/6 der gewährten Bonuszahlung für das Jahr 2015 iHv € 500,- bei Bemessung der Abfertigung zu berücksichtigen. Vgl auch David, PVP 2014, 205.

12) Variante 3: Wie Variante 1 in FN 9, nur erhält der AN hier für den Zeitraum Jänner bis Juni 2015 einen aliquoten Betrag iHv € 24.000,- (Jahresbonus € 48.000,-). Bei der Bemessung der Abfertigung wäre dann nach den Überlegungen des OGH 1/6 der gewährten Bonuszahlung für das Jahr 2015 iHv € 4.000,- bei Bemessung der Abfertigung zu berücksichtigen.

13) Variante 4: Wie Variante 1 in FN 9, nur erhält der AN hier für den Zeitraum Jänner bis Juni 2015 keinen (aliquoten) Bonus. Nach Ansicht des OGH ist dann keinerlei Bonusteil in die Abfertigung einzurechnen. Richtig ist hingegen, bei der Bemessung der Abfertigung 1/12 der gewährten Bonuszahlungen für den Zeitraum Juli bis Dezember 2014 (iHv € 15.000,-) zu berücksichtigen, was die Bemessungsgrundlage für die Abfertigung um € 1.250,- erhöht.



adäquat als in jenen Fällen, in denen ein AN zwar unterjährig ausscheidet, aber auch für den bis zum Ende des DV reichenden Zeitraum, also für den gesamten Zwölfmonatszeitraum vor Beendigung des DV, eine Prämie/einen Bonus erhält, die/der jedoch niedriger ist als jene im Vorjahr. Geht man davon aus, dass der OGH mit seinem Ergebnis letztere Fälle nicht mitumfassen wollte, stellt sich die Frage, welche Methode gewählt würde, um die Vorjahresprämie bei Ermittlung der Bemessungsgrundlage zu berücksichtigen. Denkbar wären hier folgende Varianten: (1.) Der AG könnte – was der OGH in der Entscheidung bei Nichtgebühren des Bonus für den letzten Monat des DV ablehnte – den aliquoten Bonus für das Rumpffahr mit der aliquoten Vorjahresprämie „auffüllen“ und vom Gesamtbetrag $\frac{1}{12}$ als Bemessungsgrundlage für die Abfertigung berücksichtigen.¹⁴⁾ (2.) Ebenfalls denkbar wäre die Rückrechnung der reduzierten Prämie auf die vollen zwölf Monate.¹⁵⁾ Dass die erste Variante dem System des § 23 AngG besser entspricht und am sachgerechtesten ist, wurde oben schon dargelegt.

Nicht klar einzuordnen ist der Hinweis des OGH, der kl AN habe nicht behauptet, dass der bekl AG die Prämie für 2012 eingestellt hätte, um sich die Zahlung einer höheren Abfertigung zu ersparen.¹⁶⁾ Aus den Ausführungen in diesem Zusammenhang könnte man uU ableiten, der OGH habe gemeint, falls ein solches Motiv erweislich gewesen wäre, hätte dies zur Einbeziehung der früheren, für das Jahr 2011 (!) gebührenden Prämie in die Berechnungsgrundlage der Abfertigung führen können. Richtigerweise könnte der AN in diesem Fall aber im Rahmen der Begründungslogik des

OGH nur einen (aliquoten) Prämienanspruch für das Jahr 2012 haben, und es müsste folglich dieser bei Berechnung der Abfertigung berücksichtigt werden, weil nur er für den letzten Monat des DV gebührte.

Nicht überzeugend ist indes schon die Prämisse, dass eine Einstellung der Prämie durch den AG zwecks Ersparnis einer höheren Abfertigung zu deren Korrektur (in Form der Berücksichtigung einer Prämie für 2012) führen müsste. Denn wenn man von der anhand des § 1 Abs 3 Z 3 BPG entwickelten Rsp des OGH zu von vornherein unverbindlichen Vergütungszusagen ausgeht,¹⁷⁾ dann wäre der AN nur vor völlig willkürlichen, rechtsmissbräuchlichen Einstellungen geschützt; eine Kontrolle nach „billigem Ermessen“ fände gerade nicht statt. Das Motiv auch eines wirtschaftlich nicht angeschlagenen AG, Personalkosten zu sparen, wäre aber sicher nicht rechtsmissbräuchlich oder willkürlich.

Georg Schima/Marlene Schulz,
Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG



14) Siehe Variante 2 in FN 11: Bei der Bemessung der Abfertigung wäre demnach $\frac{1}{12}$ der gewährten aliquoten Bonuszahlung für das Jahr 2015 (iHv € 3.000,-) plus aliquoter Bonuszahlung für den Zeitraum von Juli bis Dezember 2014 (iHv € 15.000,-), also € 1.500,-, bei Bemessung der Abfertigung zu berücksichtigen.

15) Siehe Variante 2 in FN 11: Bei der Bemessung der Abfertigung wäre demnach $\frac{1}{12}$ der gewährten aliquoten Bonuszahlung für das Jahr 2015 (iHv € 3.000,-) plus Rückrechnung der aliquoten Bonuszahlung auf den Zeitraum von Juli bis Dezember 2014 (iHv € 3.000,-), also € 500,-, bei Bemessung der Abfertigung zu berücksichtigen.

16) Zur Rechtsfolge gültiger Unverbindlichkeitsvorbehalte s etwa Ga-steiger, Unverbindliche Entgeltbestandteile, öRdA 2014, 601.

17) Vgl OGH 11. 8. 1993, 9 ObA 141/93; RIS-Justiz RS0033400.

→ Reform zur Beseitigung der Altersdiskriminierung selbst altersdiskriminierend

Art 6, 16 RL 2000/78/EG; §§ 8, 12 GehG idF BGBl I 2010/82

Eine Reform, die zum Ziel hat, eine Altersdiskriminierung zu beseitigen, diese aber im Ergebnis fest-

Sachverhalt:

Der Antragsteller war ein österr Beamter, der zunächst die Neufestsetzung seines Vorrückungstichtags unter Anrechnung von Vordienstzeiten vor dem 18. Lebensjahr beantragt hatte. Diese Vordienstzeiten wurden ihm angerechnet und sein Vorrückungstichtag somit „verbessert“ in dem Sinne, dass dieser früher festgesetzt wurde. Diese Änderung des Vorrückungstichtags führte aber zu keiner Verbesserung seiner besoldungsrechtlichen Stellung. Das GehG sieht nämlich in der von BGBl I 2010/82 geltenden Fassung nicht nur die rückwirkende Anrechnung von Vordienstzeiten vor dem 18. Lebensjahr vor, sondern verlängert gleichzeitig den ersten Vorrückungszeitraum von zwei auf fünf Jahre.

Der Antragsteller begehrte schließlich Neufestsetzung seiner besoldungsrechtlichen Stellung unter Berücksichtigung der Vorrückungsregeln des Altrechts. Diese hätten bedeutet, dass die erste Vorrückung nach zwei Jahren erfolgt. Der frühere Vorrückungstichtag

schreibt, ist selbst altersdiskriminierend und kann nicht aus Gründen der Besitzstandswahrung gerechtfertigt werden.

hätte so zu einer Verbesserung der besoldungsrechtlichen Stellung des Antragstellers geführt.

Der Behörde beschied den Antrag abschlägig.

Der VwGH legte ua folgende Fragen der Unionsrechtskonformität des GehG idF 2010 dem EuGH vor:

„1. Stellt es – vorerst unbeschadet des Art 52 Abs 1 der Charta und des Art 6 der RL 2000/78 – eine (unmittelbare) Ungleichbehandlung auf Grund des Alters im Verständnis des Art 21 der Charta bzw des Art 2 Abs 1 und Abs 2 Buchst a dieser RL dar, wenn aus Anlass der Einführung eines diskriminierungsfreien Systems der Gehaltsvorrückung für Neubeamte ein nach der Alterslage (durch Ausschluss der Anrechenbarkeit von vor der Vollendung des 18. Lebensjahres gelegenen Zeiten für die Vorrückung) diskriminierter Altbeamter zwar durch Antragstellung in das neue System optieren und hiedurch einen diskriminierungsfrei errechneten Vorrückungstichtag erlangen kann, die Bewilligung eines solchen Antrages aber nach innerstaatlichem Recht bewirkt, dass sich auf Grund der im Neusystem vorgese-

ZAS 2015/54

Art 6, 16
RL 2000/78/EG;
§§ 8, 12 GehG idF
BGBl I 2010/82

VwGH
18. 2. 2015,
2014/12/0004;
EuGH
11. 11. 2014,
C-530/13,
Leopold
Schmitzer/Bun-
desministerium
für Inneres;
Beschluss VwGH
16. 9. 2013,
EU 2013/0005-1
(2013/12/0076);
Bescheid der
Bundesministerin
für Inneres
4. 4. 2013,
202.832/38-
I/1/b/13

rückwirkende
Anrechnung von
Vordienstzeiten
auf Antrag;