

# TE OGH 2008/8/20 9ObA83/07g

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.08.2008

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling und Dr. Hradil sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Christa Brezna (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Mag. Thomas Kallab (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Johann K\*\*\*\*\*, Pensionist, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Alfred Hawel ua, Rechtsanwälte in Linz, gegen die beklagte Partei Oberösterreichische Gebietskrankenkasse, Gruberstraße 77, 4021 Linz, vertreten durch Mag. Dr. Johannes Winkler, Rechtsanwalt in Linz, wegen 14.904,78 EUR sA, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 20. März 2007, GZ 11 Ra 103/06f-22, womit das Urteil des Landesgerichts Linz als Arbeits- und Sozialgericht vom 24. August 2006, GZ 7 Cga 21/06b-18, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass die Entscheidungen der Vorinstanzen zu lauten haben:

„1. Die Klageforderung besteht mit 11.155,21 EUR brutto samt 9,47 % Zinsen seit 1. 5. 2005 zu Recht.

1. 2.Ziffer 2

Die eingewendete Gegenforderung besteht nicht zu Recht.

2. 3.Ziffer 3

Die beklagte Partei ist daher schuldig, dem Kläger binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution 11.155,21 EUR brutto samt 9,47 % Zinsen ab 1. 5. 2005 sowie die mit 2.995,11 EUR (darin 430,31 EUR USt und 416,13 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz zu zahlen.

Das Mehrbegehren von 3.749,57 EUR samt 9,47 % Zinsen seit 1. 5. 2005 wird abgewiesen.

Die beklagte Partei ist weiters schuldig, der klagenden Partei die mit 1.308,60 EUR (darin 101,35 EUR USt und 700,50 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen."

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 437,68 EUR (darin 72,95 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei an anteiligen Barauslagen des Revisionsverfahrens (Pauschalgebühr) 292 EUR binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger war bei der Beklagten zunächst vom 1. 7. 1961 bis 31. 12. 1998 und daran anschließend vom 1. 1. 1999 bis 30. 4. 2005 als Beitragsprüfer beschäftigt, sein Beschäftigungsausmaß betrug bis 31. 12. 1998 40 Stunden wöchentlich,

zum 31. 12. 1998 erhielt er eine Abfertigung in Höhe von 48.463,91 EUR brutto ausbezahlt. Auf das Dienstverhältnis ist die DO.A für Verwaltungsangestellte, Pflegepersonal und zahntechnische Angestellte bei den Sozialversicherungsträgern Österreichs anzuwenden. In den 90er-Jahren war die finanzielle Situation der Beklagten schlecht und daher die Kündigung mehrerer, vor allem jüngerer Mitarbeiter ein Thema. Der Kläger war damals bereits unkündbar gestellt. Aus der Idee der notwendigen Einsparung heraus entstand die Betriebsvereinbarung „Teilzeit und Abfertigung“, die mit 1. 1. 1998 in Kraft trat. Diese war für ältere Dienstnehmer vor der Pensionierung gedacht, wobei im Gegenzug für die Reduzierung der Arbeitszeit die Mitarbeiter vorzeitig steuerbegünstigt ihre Abfertigung erhalten sollten. § 2 „Geltungsbereich“ der Betriebsvereinbarung lautet: Der Kläger war bei der Beklagten zunächst vom 1. 7. 1961 bis 31. 12. 1998 und daran anschließend vom 1. 1. 1999 bis 30. 4. 2005 als Beitragsprüfer beschäftigt, sein Beschäftigungsausmaß betrug bis 31. 12. 1998 40 Stunden wöchentlich, zum 31. 12. 1998 erhielt er eine Abfertigung in Höhe von 48.463,91 EUR brutto ausbezahlt. Auf das Dienstverhältnis ist die DO.A für Verwaltungsangestellte, Pflegepersonal und zahntechnische Angestellte bei den Sozialversicherungsträgern Österreichs anzuwenden. In den 90er-Jahren war die finanzielle Situation der Beklagten schlecht und daher die Kündigung mehrerer, vor allem jüngerer Mitarbeiter ein Thema. Der Kläger war damals bereits unkündbar gestellt. Aus der Idee der notwendigen Einsparung heraus entstand die Betriebsvereinbarung „Teilzeit und Abfertigung“, die mit 1. 1. 1998 in Kraft trat. Diese war für ältere Dienstnehmer vor der Pensionierung gedacht, wobei im Gegenzug für die Reduzierung der Arbeitszeit die Mitarbeiter vorzeitig steuerbegünstigt ihre Abfertigung erhalten sollten. Paragraph 2, „Geltungsbereich“ der Betriebsvereinbarung lautet:

„1. Die Betriebsvereinbarung gilt ab 1. 1. 1998 für alle Mitglieder und sämtliche Dienstarten der oberösterreichischen Gebietskrankenkasse - Forum Gesundheit, deren Arbeitszeit nach einvernehmlicher Auflösung des Dienstverhältnisses um mindestens 25 % reduziert wird.

2. Diese Regelung gilt nicht rückwirkend für bereits umgestiegene Teilzeitkräfte und nicht für Mitarbeiter, die nur befristet auf Teilzeit wechseln.

3. Eine gänzliche Freistellung (einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses) wird von dieser Betriebsvereinbarung dann erfasst, wenn der freiwerdende Dienstposten nicht nachbesetzt und aus dem Dienstpostenplan eliminiert wird. Unverfallbare Anwartschaften iSd § 7 Abs 1 Betriebspensionsgesetz (BPG) führen - abweichend von den in den Übergangs- und Schlussbestimmungen (Art V Abs 4 BPG iVm Übergangsbestimmung Art XXXIII Z 3 DO.A) festgelegten Grundsätzen - zur Erfüllung der Leistungszusage im Leistungsfall. 3. Eine gänzliche Freistellung (einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses) wird von dieser Betriebsvereinbarung dann erfasst, wenn der freiwerdende Dienstposten nicht nachbesetzt und aus dem Dienstpostenplan eliminiert wird. Unverfallbare Anwartschaften iSd Paragraph 7, Absatz eins, Betriebspensionsgesetz (BPG) führen - abweichend von den in den Übergangs- und Schlussbestimmungen (Art römisch fünf Absatz 4, BPG in Verbindung mit Übergangsbestimmung Art römisch 33 Ziffer 3, DO.A) festgelegten Grundsätzen - zur Erfüllung der Leistungszusage im Leistungsfall.

4. Vereinbarungen dieser Art werden vorerst einmal zum 1. 1. 1998 abgeschlossen; einigen sich die Vertragsparteien, kann dieses Angebot zu bestimmten Stichtagen wiederholt werden.“

§ 8 der Betriebsvereinbarung „dienstrechtliche Regelungen“ lautet wie folgt: Paragraph 8, der Betriebsvereinbarung „dienstrechtliche Regelungen“ lautet wie folgt:

„1. Das Dienstverhältnis wird zum vereinbarten Stichtag einvernehmlich zur Auflösung gebracht. Der bis dahin angesammelte Abfertigungsanspruch wird in diesem Zusammenhang gemäß den gesetzlichen Bestimmungen ausbezahlt.

2. Abschluss eines neuen - mit einer mindestens 25%igen dauernden Minderung der wöchentlichen Normalarbeitszeit verbundenen - Dienstvertrages. Unter analoger Anwendung der Bestimmung des § 28b DO.A - sowie der korrespondierenden Bestimmungen der übrigen Dienstordnungen - bleiben die bereits erworbenen arbeits- und dienstrechtlichen Ansprüche gewahrt. 2. Abschluss eines neuen - mit einer mindestens 25%igen dauernden Minderung der wöchentlichen Normalarbeitszeit verbundenen - Dienstvertrages. Unter analoger Anwendung der Bestimmung des Paragraph 28 b, DO.A - sowie der korrespondierenden Bestimmungen der übrigen Dienstordnungen - bleiben die bereits erworbenen arbeits- und dienstrechtlichen Ansprüche gewahrt.

3. Ein neuer Abfertigungsanspruch auf Teilzeitbasis kann allerdings nur in jenem Ausmaß entstehen, das sich bei einer Gesamtbetrachtung des bereits abgefertigten, sowie des neu auf Teilzeit hinzugekommenen Zeitraums nach Abzug der

bereits ausbezahlten Abfertigung ergibt. Ein Höchstmaß von zwölf monatlichen Entgelten kann somit in keinem Fall überschritten werden.

4. Die aus Anlass eines Dienstjubiläums gebührende Zuwendung berechnet sich nach dem Verhältnis der Dauer der voneinander abweichenden Arbeitszeiten.

5. Bei der Beurteilung des Pensionsanfalls ist der bereits abgefertigte Zeitraum zu berücksichtigen. Zu diesem Zeitpunkt ruht daher für jeden monatlichen Abfertigungsbezug ein monatlicher Pensionsbezug zu je 1/12tel der 13. und 14. Pension.

6. Die Initiative zur einvernehmlichen Auflösung des Dienstverhältnisses geht vom Arbeitnehmer aus und dient in erster Linie seinen persönlichen Zielsetzungen. Mit dieser freiwilligen Entscheidung dokumentiert der Mitarbeiter, dass er nach Abwägung sämtlicher Vor- und Nachteile unter dem Aspekt des arbeitsrechtlichen Günstigkeitsprinzips das Angebot dieser Betriebsvereinbarung gegenüber einer Weiterbeschäftigung unter bisherigen Bedingungen als insgesamt günstiger erachtet."

Aus den Erläuterungen der Betriebsvereinbarung „Teilzeit und Abfertigung" ergibt sich, dass der Entschluss, diese Betriebsvereinbarung in Anspruch zu nehmen, nicht widerrufbar ist. Zu § 8 Abs 3 der Betriebsvereinbarung sehen die Erläuterungen vor, dass für die Gesamtbetrachtung die Anzahl der Monatsgehälter maßgeblich ist. Aus den Erläuterungen der Betriebsvereinbarung „Teilzeit und Abfertigung" ergibt sich, dass der Entschluss, diese Betriebsvereinbarung in Anspruch zu nehmen, nicht widerrufbar ist. Zu Paragraph 8, Absatz 3, der Betriebsvereinbarung sehen die Erläuterungen vor, dass für die Gesamtbetrachtung die Anzahl der Monatsgehälter maßgeblich ist.

Der Betriebsrat sah in dieser Betriebsvereinbarung zunächst keinen unmittelbaren Vorteil für die Arbeitnehmer, erst als sich eine Reihe Bediensteter dafür aussprach, kam die Betriebsvereinbarung in der festgestellten Weise zustande. Der Kläger entschloss sich - wie 205 Mitarbeiter der Beklagten - zur Reduktion seiner Arbeitszeit auf 30 Stunden entsprechend dem in der Betriebsvereinbarung vorgesehenen Modus ab 1. 1. 1999. In der Folge erhielt er auf Basis seines damaligen Letztbezuges für 40 Stunden zwölf Monatsentgelte Abfertigung in Höhe von 48.463,91 EUR brutto. Der Kläger war damals in D2/19 eingestuft. Es wurde kein restlicher Urlaubsanspruch in das neue Dienstverhältnis hinübergenommen. Ohne die Regelung der Betriebsvereinbarung „Teilzeit und Abfertigung" hätte der Kläger zum damaligen Zeitpunkt das Dienstverhältnis nicht beendet und auch die Dienstzeit nicht reduziert. Der Kläger arbeitete in der Folge auch nur 30 Wochenstunden. Im Jahr 2000 kam es zu einer Änderung der Rechtslage, die die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Altersteilzeit vorsah. Voraussetzung hierfür war jedoch eine davor gelegene Vollbeschäftigungszeit. Um den Mitarbeitern, die ihre Arbeitszeit entsprechend der Betriebsvereinbarungen reduziert hatten, die Inanspruchnahme der Altersteilzeit zu ermöglichen, wurde ihnen eine Aufstockung der Arbeitszeit auf 40 Stunden für die Dauer eines Jahres zugestanden. Der Kläger machte hievon Gebrauch und war ab 1. 1. 2004 wieder vollzeitbeschäftigt (40 Wochenstunden). Dies wurde unter der Bedingung vereinbart, dass er ehestmöglich, das war damals der 1. 1. 2005, Altersteilzeit in Anspruch nehmen werde. Der Kläger stellte jedoch in weiterer Folge einen Pensionsantrag und es war absehbar, dass er per 1. 5. 2005 eine gesetzliche Alterspension in Anspruch nehmen konnte. Im Gespräch mit einem Vertreter des Personalbüros der Beklagten kam er deshalb mit diesem überein, für die noch restlichen vier Monate des Jahres 2005 keine Altersteilzeit in Anspruch zu nehmen, sondern vollzeitbeschäftigt zu bleiben. Der Kläger war zuletzt in der Verwendungsgruppe E1/19, also in einer höheren Verwendungsgruppe als im Jahr 1998, eingestuft, sein letzter durchschnittlicher Monatsbruttogehalt betrug einschließlich Außendienstzulage und Kinderzulage und anteiligen Sonderzahlungen 4.968,26 EUR brutto. Er erhielt bei seinem Ausscheiden keinen Abfertigungsbetrag mehr ausbezahlt. Mit Schreiben vom 11. 7. 2005 und 5. 10. 2005 machte der Kläger seine weiteren Abfertigungsansprüche gegenüber der Beklagten geltend. Dies wurde abgelehnt. Mit der vorliegenden Klage begehrte der Kläger den Zuspruch von 14.904,78 EUR brutto sA. Die seinerzeit ausbezahlte Abfertigung habe seine Gesamtabfertigungsansprüche nicht zur Gänze gedeckt. Da er bereits im Jahr 1986 25 Dienstjahre zurückgelegt habe, verblieben aus dem früheren Arbeitsverhältnis zwölf Jahre, welche dem zweiten Arbeitsverhältnis hinzuzuzählen seien. Der Kläger habe daher aus dem zweiten Arbeitsverhältnis, welches nur anfangs aus einer Teilzeitbeschäftigung bestanden habe, auf Basis seines letzten Monatsbruttolohns von 4.968,26 EUR einen sechs Monatsgehälter umfassenden Abfertigungsanspruch in Höhe von 29.809,56 EUR. Vorsichtshalber mache er jedoch nur den Abfertigungsanspruch geltend, welcher sich aus einer Beschäftigung vom 1. 1. 1999 bis 30. 4. 2005 ergebe, nämlich drei Monatsgehälter in Höhe von 14.904,78 EUR. Selbst wenn man davon ausgehen wolle, dass das frühere und das

zweite Arbeitsverhältnis für die Ermittlung des Abfertigungsbetrags zusammenzufassen seien, betrage der Abfertigungsanspruch auf Basis des letzten Durchschnittsgehalts 59.619,12 EUR. Abzüglich der bereits erhaltenen 48.463,91 EUR ergebe sich ein ihm jedenfalls zustehender Differenzbetrag in Höhe von 11.155,21 EUR sA. Der Kläger führte weiter aus, dass er sich keinen Zinsenvorteil aus der vorzeitigen Auszahlung anrechnen lassen müsse. Mit der Betriebsvereinbarung bzw der darauf fußenden Individualvereinbarung sei gegen zwingendes Abfertigungsrecht verstoßen worden, darauf könne sich die Beklagte nicht berufen. Ein Günstigkeitsvergleich komme nicht in Betracht. Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Sie stützte sich in erster Linie darauf, dass jedenfalls ein Günstigkeitsvergleich anzustellen sei und die wesentlich bessere Pensionsregelung die höhenmäßig begrenzte Abfertigungssumme bei weitem überwiege. Im Fall einer einvernehmlichen Auflösung hätte der Kläger nämlich alle nach dem Jahr 1990 liegenden Anwartschaften aus einer direkten Leistungszusage verloren. Überdies wäre er im Jahr 2004 um den Genuss der günstigeren direkten Leistungszusage gekommen und in ein wesentlich ungünstigeres kollektivvertragliches Pensionskassensystem gekommen. Aus letzterem Aspekt ergebe sich insbesondere, dass die höheren Betriebspensionssummen eine Abfertigungsdifferenz, wie vom Kläger errechnet, jedenfalls übersteigen würden.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es folgte in seiner rechtlichen Beurteilung im Wesentlichen dem von der Beklagten eingewendeten Günstigkeitsvergleich.

Das Berufungsgericht gab dem Klagebegehren statt. Es argumentierte im Wesentlichen damit, dass ein Günstigkeitsvergleich zwischen kollektivvertraglicher und Betriebsvereinbarungs-Pension ausscheide, weil der Kläger zum Zeitpunkt des Abschlusses seiner Vereinbarung nie einvernehmlich aus dem Dienstverhältnis ausgeschieden wäre. Damit sei aber das Argument des sonstigen Verfalls von Anwartschaften unbegründet. Die später eingeführte Pensionskassenregelung könne deshalb in eine Günstigkeitsbetrachtung nicht einbezogen werden, weil bei einer solchen vom Zeitpunkt auszugehen sei, zu dem sich die günstigere gesetzliche Abfertigungsregelung einerseits und die möglicherweise hinsichtlich der Betriebspension günstigere Betriebsvereinbarung bzw Individualvereinbarung gegenüberstanden seien. Damals sei aber von einer möglichen Überführung in eine Pensionskasse noch keine Rede gewesen, sodass dieses Argument für einen Günstigkeitsvergleich nicht herangezogen werden könne. Die Betriebsvereinbarungsregelung stelle hinsichtlich der Abfertigung eindeutig eine Schlechterstellung des Klägers dar; ein Günstigkeitsvergleich betreffend Betriebspensionszahlungen könne aber nach der Rechtsprechung nur für den Zeitraum angesetzt werden, der den Abfertigungsmonaten entspreche. Hier sei die höhere Abfertigung aber günstiger und daher sei die Betriebsvereinbarung bzw Individualvereinbarung nicht in der Lage, die gesetzliche Regelung außer Kraft zu setzen.

Der Kläger habe durch Beendigung des alten und Eingehen eines neues Dienstverhältnisses Anspruch auf weitere sechs Monatsentgelte Abfertigung. Dem Bruttomonatsentgelt von 4.968,26 EUR sei jedoch ein Betrag von 47,22 EUR für die Außendienstzulage abzuziehen, da es sich bei dieser um einen zweckgebundenen Aufwandersatz handle, der nicht dem Entgeltsbegriff unterliege. Ausgehend von einer Bemessungsgrundlage von 4.921,04 EUR ergebe sich ein Gesamtabfertigungsanspruch aus dem zweiten Dienstverhältnis von 29.526,24 EUR. Das betragsmäßig darunter liegende Klagebegehren sei daher jedenfalls berechtigt.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die Revision zulässig sei, weil von der vorliegenden Betriebsvereinbarung eine große Anzahl von Angestellten der Beklagten betroffen sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision der Beklagten aus dem Grunde der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, dass das Urteil des Erstgerichts wiederhergestellt werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig, aber nur teilweise berechtigt. Gemäß § 40 AngG ist die Abfertigungsregelung des § 23 AngG zugunsten des Klägers zwingend (RIS-Justiz RS0029931). Zwingende gesetzliche Bestimmungen können weder durch Kollektivvertrag, noch durch Betriebsvereinbarungen oder Einzelarbeitsvertrag abbedungen werden (RIS-Justiz RS0050828 uva). Gemäß § 23 Abs 1 dritter Satz AngG sind alle Zeiten, die der Angestellte in unmittelbar vorausgegangenen Dienstverhältnissen als Arbeitnehmer oder Lehrling zum selben Dienstgeber zurückgelegt hat, für die Abfertigung zu berücksichtigen; gemäß § 23 Abs 1 zweiter Satz AngG besteht nach 25 Dienstjahren ein Anspruch auf das Zwölfwache des monatlichen Entgelts. Die hier strittige Bestimmung der Betriebsvereinbarung geht

grundsätzlich vom gesetzlichen Modell aus. Im Hinblick auf die geplante Teilzeitregelung im zweiten Dienstverhältnis gingen aber sowohl Betriebsparteien als auch Arbeitsvertragsparteien davon aus, dass die Bemessungsgrundlage auch beim Erwerb weiterer Abfertigungsmonate durch weitere Dienstzeiten infolge der vereinbarten Teilzeit nicht über diejenige hinausgehen werde, welche bei Ende des ersten (Vollzeit-)Dienstverhältnisses bestand. Insoweit die Regelung jedoch bei solchen Arbeitnehmern, die bei Eingehen der Vereinbarung die Höchstzahl von zwölf Abfertigungsmonaten bereits erreicht hatten, vorsieht, auch bei höherer Bemessungsgrundlage bei Ende des (zweiten) Dienstverhältnisses keinen Ergänzungsanspruch mehr erheben zu können, ist diese Regelung nicht gesetzeskonform. Vielmehr kann durch eine vorzeitige Abfertigungszahlung die sich bei Beendigung ergebende gesetzliche Bemessungsgrundlage nicht abbedungen werden. Zu Unrecht beruft sich der Kläger allerdings zur Stützung seines Standpunkts, es sei ein neuer Abfertigungsanspruch von insgesamt sechs Monaten entstanden, auf die Entscheidung 8 ObS 24/04v (mit weiteren ähnlichen Vorentscheidungen). Die Rechtsprechung weicht nämlich nicht vom § 23 Abs 1 AngG ab, sondern hat lediglich für Ansprüche nach dem IESG ausgesprochen (RIS-Justiz RS0076826), dass es den Arbeitsvertragsparteien nicht nur unbenommen ist, hintereinander mehrere Dienstverhältnisse zu begründen, sondern auch, dass es ihnen in diesem Fall zusteht, eine zugunsten des Arbeitnehmers abweichende Abfertigungsregelung zu treffen, die durch Insolvenzausfallgeld gedeckt ist. Eine solche Absicht kann im vorliegenden Fall den Parteien aber gerade nicht unterstellt werden, wie sich aus der Limitierung mit zwölf Monatsentgelten Abfertigung eindeutig ergibt. Die Aufstockung der Arbeitszeit des Klägers auf eine Vollarbeitszeit und deren einvernehmliche Beibehaltung bis zur Pensionierung des Klägers führen dazu, dass sein bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig gewordener Abfertigungsanspruch auf Basis des zuletzt verdienten Entgelts zu berechnen ist. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist dabei die Außendienstzulage nicht als Aufwandsersatz in Abzug zu bringen, weil es sich dabei um eine Zulage eigener Art handelt, der vornehmlich Entgeltcharakter zukommt (8 ObA 323/94 in RIS-Justiz RS0048240). Entgegen den Einwendungen der Beklagten im Verfahren erster Instanz hat der Kläger diese Außendienstzulage auch nicht vierzehnmal, sondern nur zwölfmal jährlich in Anschlag gebracht, wie sich eindeutig aus der Urkunde Beilage .A ergibt. Ausgehend vom Bruttomonatsentgelt von 4.968,26 EUR ergeben zwölf Monatsgehälter 59.619,12 EUR, abzüglich der voraus wegbezahlten Abfertigungssumme von 48.463,91 EUR verbleibt der Klagsbetrag in Höhe von 11.155,21 EUR als offene Differenz. Hinsichtlich des von der Beklagten angestellten Günstigkeitsvergleichs kann auf die diesbezüglich richtige Ablehnung durch das Berufungsgericht verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO). Der Kläger hätte, wie festgestellt wurde, sein Dienstverhältnis ohne Zusicherung der direkten Leistungszusage nie zur Auflösung gebracht, sodass ein Verfall von Anwartschaften auch nicht eingetreten wäre. Zum anderen verweist das Berufungsgericht zutreffend darauf, dass für einen Günstigkeitsvergleich auf den Abschluss der von der zwingenden Norm abweichenden Vereinbarung abzustellen ist (RIS-Justiz RS0050915), sodass die später in den Kollektivvertrag eingeflossene und für den Kläger angeblich ungünstigere Pensionskassenregelung hier außer Betracht zu bleiben hat. Die Revision ist zulässig, aber nur teilweise berechtigt. Gemäß Paragraph 40, AngG ist die Abfertigungsregelung des Paragraph 23, AngG zugunsten des Klägers zwingend (RIS-Justiz RS0029931). Zwingende gesetzliche Bestimmungen können weder durch Kollektivvertrag, noch durch Betriebsvereinbarungen oder Einzelarbeitsvertrag abbedungen werden (RIS-Justiz RS0050828 uva). Gemäß Paragraph 23, Absatz eins, dritter Satz AngG sind alle Zeiten, die der Angestellte in unmittelbar vorausgegangenen Dienstverhältnissen als Arbeitnehmer oder Lehrling zum selben Dienstgeber zurückgelegt hat, für die Abfertigung zu berücksichtigen; gemäß Paragraph 23, Absatz eins, zweiter Satz AngG besteht nach 25 Dienstjahren ein Anspruch auf das Zwölfwache des monatlichen Entgelts. Die hier strittige Bestimmung der Betriebsvereinbarung geht grundsätzlich vom gesetzlichen Modell aus. Im Hinblick auf die geplante Teilzeitregelung im zweiten Dienstverhältnis gingen aber sowohl Betriebsparteien als auch Arbeitsvertragsparteien davon aus, dass die Bemessungsgrundlage auch beim Erwerb weiterer Abfertigungsmonate durch weitere Dienstzeiten infolge der vereinbarten Teilzeit nicht über diejenige hinausgehen werde, welche bei Ende des ersten (Vollzeit-)Dienstverhältnisses bestand. Insoweit die Regelung jedoch bei solchen Arbeitnehmern, die bei Eingehen der Vereinbarung die Höchstzahl von zwölf Abfertigungsmonaten bereits erreicht hatten, vorsieht, auch bei höherer Bemessungsgrundlage bei Ende des (zweiten) Dienstverhältnisses keinen Ergänzungsanspruch mehr erheben zu können, ist diese Regelung nicht gesetzeskonform. Vielmehr kann durch eine vorzeitige Abfertigungszahlung die sich bei Beendigung ergebende gesetzliche Bemessungsgrundlage nicht abbedungen werden. Zu Unrecht beruft sich der Kläger allerdings zur Stützung seines Standpunkts, es sei ein neuer Abfertigungsanspruch von insgesamt sechs Monaten entstanden, auf die Entscheidung 8 ObS 24/04v (mit weiteren ähnlichen Vorentscheidungen). Die Rechtsprechung weicht nämlich nicht vom Paragraph 23, Absatz eins, AngG ab, sondern hat lediglich für Ansprüche

nach dem IESG ausgesprochen (RIS-Justiz RS0076826), dass es den Arbeitsvertragsparteien nicht nur unbenommen ist, hintereinander mehrere Dienstverhältnisse zu begründen, sondern auch, dass es ihnen in diesem Fall zusteht, eine zugunsten des Arbeitnehmers abweichende Abfertigungsregelung zu treffen, die durch Insolvenzausfallgeld gedeckt ist. Eine solche Absicht kann im vorliegenden Fall den Parteien aber gerade nicht unterstellt werden, wie sich aus der Limitierung mit zwölf Monatsentgelten Abfertigung eindeutig ergibt. Die Aufstockung der Arbeitszeit des Klägers auf eine Vollarbeitszeit und deren einvernehmliche Beibehaltung bis zur Pensionierung des Klägers führen dazu, dass sein bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig gewordener Abfertigungsanspruch auf Basis des zuletzt verdienten Entgelts zu berechnen ist. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist dabei die Außendienstzulage nicht als Aufwandsersatz in Abzug zu bringen, weil es sich dabei um eine Zulage eigener Art handelt, der vornehmlich Entgeltcharakter zukommt (8 ObA 323/94 in RIS-Justiz RS0048240). Entgegen den Einwendungen der Beklagten im Verfahren erster Instanz hat der Kläger diese Außendienstzulage auch nicht vierzehnmal, sondern nur zwölfmal jährlich in Anschlag gebracht, wie sich eindeutig aus der Urkunde Beilage .A ergibt. Ausgehend vom Bruttomonatsentgelt von 4.968,26 EUR ergeben zwölf Monatsgehälter 59.619,12 EUR, abzüglich der voraus wegbezahlten Abfertigungssumme von 48.463,91 EUR verbleibt der Klagsbetrag in Höhe von 11.155,21 EUR als offene Differenz. Hinsichtlich des von der Beklagten angestellten Günstigkeitsvergleichs kann auf die diesbezüglich richtige Ablehnung durch das Berufungsgericht verwiesen werden (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO). Der Kläger hätte, wie festgestellt wurde, sein Dienstverhältnis ohne Zusicherung der direkten Leistungszusage nie zur Auflösung gebracht, sodass ein Verfall von Anwartschaften auch nicht eingetreten wäre. Zum anderen verweist das Berufungsgericht zutreffend darauf, dass für einen Günstigkeitsvergleich auf den Abschluss der von der zwingenden Norm abweichenden Vereinbarung abzustellen ist (RIS-Justiz RS0050915), sodass die später in den Kollektivvertrag eingeflossene und für den Kläger angeblich ungünstigere Pensionskassenregelung hier außer Betracht zu bleiben hat.

Die Beklagte kommt in ihrer Revision weder auf den von ihr zunächst eingewendeten Zinsvorteil des Klägers durch vorzeitige Auszahlung, noch auf ihre Kompensando-Forderungen zu sprechen, sodass darauf nicht mehr einzugehen ist.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 43 ZPO iVm § 50 ZPO: Der Kläger ist mit 11.155,21 EUR sA gegenüber begehrten 14.904,78 EUR sA, sohin mit 75 % seiner Forderung durchgedrungen. Daraus erfolgt gemäß § 43 Abs 1 erster Satz ZPO ein Anspruch des Klägers auf Ersatz von 50 % seiner Vertretungskosten, gemäß § 43 Abs 1 zweiter Satz ZPO haben die Parteien Anspruch auf verhältnismäßigen Ersatz ihrer Barauslagen. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 43, ZPO in Verbindung mit Paragraph 50, ZPO: Der Kläger ist mit 11.155,21 EUR sA gegenüber begehrten 14.904,78 EUR sA, sohin mit 75 % seiner Forderung durchgedrungen. Daraus erfolgt gemäß Paragraph 43, Absatz eins, erster Satz ZPO ein Anspruch des Klägers auf Ersatz von 50 % seiner Vertretungskosten, gemäß Paragraph 43, Absatz eins, zweiter Satz ZPO haben die Parteien Anspruch auf verhältnismäßigen Ersatz ihrer Barauslagen.

Im Einzelnen ergeben sich folgende Kostenersatzansprüche:

Nicht ersatzfähig ist zunächst der Schriftsatz des Klägers vom 13. April 2006, ON 8: Der Kläger hat nicht dargetan, dass es ihm nicht möglich gewesen wäre, den dort beantragten Zeugen bereits mit einem früheren Schriftsatz zu beantragen, dem weiters ausgeführten Vertagungsantrag wurde nicht stattgegeben. „Replik und ergänzendes Vorbringen“ vom 27. 6. 2006 (ON 14) waren weder aufgetragen noch eingeräumt; überdies enthält der Schriftsatz ausschließlich Rechtsausführungen. Die beiden genannten Schriftsätze sind daher, weil nicht der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung dienend, nicht zu honorieren. Zusammenfassend verbleibt aus dem Verfahren erster Instanz eine Nettoverdienstsumme von 4.298,30 EUR, 50 % davon ergeben 2.149,15 EUR, zuzüglich USt von 429,83 EUR ergibt sich eine Zwischensumme von 2.578,98 EUR. 75 % der Pauschalgebühr von 551 EUR betragen 413,25 EUR, dazu kommen Barauslagen von 2,88 EUR (75 % von 3,20 EUR, darin 0,48 EUR USt). Zusammen ergeben die dem Kläger zuzusprechenden Kosten des Verfahrens erster Instanz 2.995,11 EUR (darin 430,31 EUR USt und 416,13 EUR Barauslagen). Die Nettoverdienstkostensumme für die Berufung beträgt 1.013,50 EUR, 50 % davon 506,75 EUR, dazu kommen 101,35 EUR USt, zusammen ergibt sich eine Verdienstkostensumme von 608,10 EUR. 75 % der Pauschalgebühr (934 EUR) betragen 700,50 EUR, daraus folgt ein Kostenanspruch von 1.308,60 EUR (darin 101,35 EUR USt und 700,50 EUR Barauslagen). Die nur zu 25 % mit ihrer Revision obsiegende Beklagte hat Anspruch auf Ersatz von 25 % ihrer Pauschalgebühr (1.168 EUR), dies sind 292 EUR. 50 % der Kosten der Revisionsbeantwortung (729,45 EUR) ergeben 364,73 EUR, zuzüglich 72,95 EUR USt ergibt sich eine Verdienstkostensumme des Klägers von 437,68 EUR.

**Anmerkung**

E883279ObA83.07g

**Schlagworte**

Kennung XPUBL - XBEITRDiese Entscheidung wurde veröffentlicht inARD 5915/1/2008 = RdW 2008/704 S 758 (Info aktuell) - RdW 2008,758(Info aktuell) = ZAS-Judikatur 2009/7 (Reiner) = DRdA 2009,149 = RdW2009/234 S 288 - RdW 2009,288 = infas 2009,11/A4 - infas 2009 A4XPUBLEND

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2008:009OBA00083.07G.0820.000

**Zuletzt aktualisiert am**

20.10.2009

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)