

**Gerichtstyp**      **Datum**  
OGH                      20061018  
**Geschäftszahl**  
90bA131/05p

### **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Spenling und Dr. Hradil sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Peter Krüger und Mag. Thomas Maurer-Mühlleitner als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei DI Stavros W\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Walter Riedl, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Republik Österreich (Bundesministerium für Landesverteidigung) 1010 Wien, Franz Josefs-Kai 7-9, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, wegen Feststellung des aufrechten Dienstverhältnisses (Streitwert EUR 30.000,-- und EUR 4.125,45 sA, über die Revision (Revisionsinteresse EUR 30.000,-- und EUR 2.980,--)) des Klägers gegen das Teilurteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 30. Mai 2005, GZ 10 Ra 29/05s-18, womit das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 27. August 2004, GZ 4 Cga 111/04b-10, teilweise bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt und beschlossen:

### **Spruch**

1.) Teilurteil:

Der Revision wird, soweit sie das Hauptbegehren (Feststellung des aufrechten Dienstverhältnisses) betrifft, nicht Folge gegeben. Die Entscheidung über die auf das Teilurteil entfallenden Kosten des Revisionsverfahrens bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

2.) Im Übrigen wird der Revision teilweise Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden auch im Umfang des weiteren, auf die Zahlung von EUR 2.980 brutto gerichteten Eventualbegehrens aufgehoben.

Die Rechtssache wird in diesem Umfang zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die diesbezüglichen Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

### **Text**

#### Entscheidungsgründe:

Der aus Griechenland stammende Kläger studierte zunächst von 1958 bis 1974 Bauingenieurwesen mit der Studienrichtung Wirtschafts-Bauwesen. Seit 17. 3. 1986 stand er als Vertragsbediensteter in einem Dienstverhältnis zur Beklagten. Er vollendete am 21. 3. 2003 sein 65. Lebensjahr. Der Kläger weist etwas mehr als 15 Beitragsjahre bei der Sozialversicherung auf und hat daher Anspruch auf Alterspension, allerdings in einem seinen Beitragsmonaten entsprechenden, unterdurchschnittlichen Umfang. Er befand sich zuletzt in der Gehaltsstufe 19, Gehaltsgruppe v1/1, sein aktueller Monatsbezug betrug EUR 3.225,10 brutto. Der Kläger wurde im Dezember 2003 schriftlich zum 31. 5. 2004 gekündigt. Als Kündigungsgrund wurde „§ 32 Abs 2 Z 8 iVm § 33 VBG 1948“ angeführt. Beiden Streitparteien war völlig klar, dass der Kläger keinen Anspruch auf einen „Ruhegenuss“ gegenüber einem öffentlichen Dienstgeber, sondern lediglich einen Anspruch gegenüber der gesetzlichen Sozialversicherung auf Bezug von Alterspension hat. Nicht festgestellt werden konnte, dass der Kläger bereits einen Antrag auf Gewährung der Alterspension gestellt hat. Der Kläger stellte während der Kündigungsfrist einen Antrag auf Gewährung von Sonderurlaub nach § 33a VBG, der zunächst gewährt, am gleichen Tage aber noch mit der Begründung widerrufen wurde, dass der Kläger Anspruch auf Alterspension habe und daher nicht unter die Sonderurlaubsregelung nach § 33a VBG falle.

Mit seiner Klage vom 4. 6. 2004 begehrt der Kläger die Feststellung, dass „die von der beklagten Partei ausgesprochene Kündigung des Dienstverhältnisses des Klägers gesetzwidrig und unwirksam“ sei und das Dienstverhältnis über den 31. 5. 2004 hinaus fortzudauern. In eventu beehrte der Kläger die Zahlung von EUR 4.125,45 aus dem Titel der Urlaubersatzleistung nach § 28b VBG; den Teilbetrag von EUR 3.249,57 brutto gründete der Kläger auch darauf, dass im für nicht gewährte 19 Sonderurlaubstage nach § 33a VBG ein Ersatz „im Sinne des § 28b VBG“ bzw in eventu als Überstundenabgeltung zustehe.

Das Hauptbegehren begründete der Kläger insbesondere mit einer Verletzung des unmittelbar anzuwendenden EU-Rechtes (vor allem Art 1 und 2 der Richtlinie 2000/78/EG vom 27. 11. 2000): Wenngleich der Kläger das Standardpensionsalter von 65 Jahren erreicht habe, weise er dennoch einen sehr ungünstigen Versicherungsverlauf auf, weil er nur Beitragsmonate aufweisen könne, die knapp über der Mindestanzahl von 180 Monaten liegen. Er sei noch arbeitsfähig und auch arbeitswillig, sodass die Berufung der Beklagten auf die Erreichung des 65. Lebensjahres als Grund für die Kündigung des Klägers eine unzulässige Diskriminierung wegen des Alters darstelle. Bei Richtlinienkonformität müsste das Vertragsbedienstetengesetz eine Ausnahme von der Altersgrenze vorsehen, um auf Härtefälle wie jenen des Klägers Rücksicht zu nehmen. Aus denselben Gründen sei die Kündigung aber auch sittenwidrig. Für den Fall, dass die Kündigung für wirksam erachtet werde, beehre er mit seinem Eventualbegehren die Ersatzleistung nach § 28b VBG: Zu 35 nicht verbrauchten Erholungsurlaubstagen kämen noch 19 Tage Sonderurlaub iSd § 33a VBG. Dem Kläger sei widerrechtlich die Konsumation des Sonderurlaubes von 152 Stunden verwehrt worden. Gerade auf Grund seines fortgeschrittenen Alters wäre die Gewährung des Sonderurlaubes für Postensuche besonders wichtig gewesen. Sofern ihm der Ersatz für die nicht verbrauchten Postensuchtage nicht aus dem Titel der Ersatzleistung nach § 28b VBG zuerkannt werde, stütze er sein diesbezügliches Begehren auf Überstundenabgeltung.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Sie bestritt den Verstoß gegen gemeinschaftsrechtliche Vorschriften, insbesondere gegen das Verbot der Altersdiskriminierung. Der Kläger habe den Erwerb nur relativ weniger Versicherungsjahre selbst zu verantworten, indem er besonders lange studiert habe. Im Übrigen liege die von ihm zu erwartende Alterspension wesentlich über dem Existenzminimum, sodass selbst in seinem Fall ein generalisierendes Abstellen auf die Erreichung des 65. Lebensjahres nicht diskriminierend sein könne, weil eine soziale Absicherung vorhanden sei. Auch das Eventualbegehren bestehe nicht zu Recht, weil die dem Kläger zustehende Ersatzleistung nach § 28b VBG für nicht konsumierte Erholungsurlaubstage seitens der Beklagten abgegolten worden sei. Den Anspruch des Klägers auf Sonderurlaub nach § 33a VBG habe nie bestanden, weil bereits ein Anspruch auf Alterspension bestehe. Wenn er eine rechtzeitige Antragstellung bei der Sozialversicherung verabsäumt habe, könne dies nicht zu Lasten der Beklagten gehen und werde als Verletzung der Schadensminderungspflicht eingewendet.

Das Erstgericht wies das Klagehaupt- und Eventualbegehren ab. Es vertrat die Rechtsauffassung, dass die Beklagte das Dienstverhältnis des Klägers entsprechend einem gesetzlichen Kündigungsgrund zur Auflösung gebracht habe. Mit europarechtlichen Aspekten setzte sich das Erstgericht nicht auseinander. Zum Eventualbegehren vertrat das Erstgericht die Rechtsauffassung, dass die Beklagte mit der Zahlung eines Betrages von EUR 1.860,60 sämtliche dem Kläger auf Grund § 28b VBG zustehenden Ersatzansprüche abgegolten habe. Gemäß § 33a Abs 2 VBG habe der Kläger auch keinen Anspruch auf Sonderurlaub und somit auch nicht auf dessen Abgeltung gehabt.

Mit dem angefochtenen Teilurteil bestätigte das Berufungsgericht teilweise das Urteil des Erstgerichtes, und zwar im Umfang der Abweisung des Feststellungsbegehrens sowie des

Eventual-Zahlungsbegehrens im Umfang von EUR 2.980,-- (= Ersatzleistung für nicht konsumierten Sonderurlaub). Hinsichtlich des auf Ersatzleistung nach § 28b VBG gerichteten Eventualbegehrens hob das Berufungsgericht das Ersturteil auf, weil noch zu erörtern sei, ob Brutto- bzw Nettobeträge begehrt werden. Es vertrat die Rechtsauffassung, dass die Beklagte zu Recht die Kündigung des Klägers nach § 32 Abs 2 Z 8 VBG ausgesprochen habe, weil der Kläger das 65. Lebensjahr überschritten und Anspruch auf eine gesetzliche Alterspension habe. Eine Diskriminierung wegen des Alters im Sinn der Richtlinie 2000/78/EG sei nicht erkennbar. Es sei sachlich gerechtfertigt, in gesetzlichen Bestimmungen bei Erreichung des üblichen Pensionsalters auch die Beendigung eines Dienstverhältnisses vorzusehen, was insbesondere eine Überalterung der Bediensteten im öffentlichen Bereich verhindern solle. Die geringe Pensionshöhe des Klägers sei ausschließlich dadurch bedingt, dass er nur wenige Beitragsmonate erworben habe. Dies könne jedoch nicht der Beklagten angelastet werden. Auch die Ersatzleistung für nicht gewährten Sonderurlaub im Sinn des § 33a VBG stehe dem Kläger nicht zu. Soweit er einen allfälligen Anspruch auf § 28b VBG stütze, sei die Argumentation verfehlt, weil diese Ersatzleistung ausdrücklich nur für nicht verbrauchten Erholungsurlaub vorgesehen sei. Auch von einer Überstundenleistung könne nicht die Rede sein, weil der Kläger auch während der Kündigungsfrist nie mehr als die 40 vereinbarten Wochenarbeitsstunden geleistet habe. Eine Prüfung, ob dem Kläger möglicherweise Ersatz aus Schadenersatz- oder bereicherungsrechtlichen Überlegungen zustehe, habe auf sich zu beruhen, weil der Kläger sein diesbezügliches Begehren ausschließlich auf die vorgenannten, jedoch untauglichen Rechtsgründe gestützt habe. Das Berufungsgericht sprach aus, dass die Revision zulässig sei, weil der Oberste Gerichtshof zur Frage einer Kündigung nach § 32 Abs 2 Z 8 VBG noch nicht Stellung genommen habe.

Gegen dieses Teilurteil richtet sich die Revision des Klägers aus dem Grunde der unrichtigen rechtlichen Beurteilung und der Mangelhaftigkeit des Verfahrens mit dem Abänderungsantrag, seinem Feststellungsbegehren, in eventu dem Zahlungsbegehren von EUR 2.980,-- brutto sA stattzugeben; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Revision ist zulässig, sie ist aber nur teilweise berechtigt.

#### **Rechtssatz**

Zu 1.) Unbestrittenermaßen ist Gegenstand der Feststellungsklage die zum Termin 31. 5. 2004 ausgesprochene Kündigung. Zunächst ist der Ansicht des Berufungsgerichtes entgegenzutreten, dass der „Anspruch auf einen Ruhegenuss“ im Sinn des § 32 Abs 2 Z 8 VBG nicht ein öffentlich-rechtlicher sein muss, sondern auch einen Anspruch auf Alterspension nach dem ASVG umfasst. Insbesondere aus Verweisungen des Vertragsbedienstetengesetzes (zum Vorrückungstichtag § 26 Abs 4 Z 1 VBG; zur Abfertigung § 84 Abs 5 Z 1 VBG) ergibt sich deutlich, dass damit ein öffentlich-rechtlicher Anspruch (insbesondere im Sinn der §§ 3 ff Pensionsgesetz) gemeint ist. Diese Unterscheidung lässt sich auch den Materialien (ErlBem RV 429 Blg NR IX. GP) zur „3. Vertragsbedienstetengesetz-Novelle“, mit der im § 32 Abs 2 VBG die neuen lit h und i (jetzt: Z 7 und 8) eingefügt wurden, entnehmen, wo es heißt: „In den neuen lit h und i wird klargestellt, dass Bedienstete, die das Rentenalter erreicht oder als Pensionisten das 65. Lebensjahr überschritten haben, gekündigt werden können“. Nach dem unbestrittenen Vorbringen war auch beiden Streitparteien bei der Kündigung völlig klar, dass dem Kläger kein Anspruch auf einen öffentlich-rechtlichen Ruhegenuss, sehr wohl aber ein solcher auf Alterspension nach dem ASVG zustand. Nun könnte bei einer am Wort haftenden Interpretation des Kündigungsschreibens zunächst der Eindruck entstehen, dass die Beklagte nur auf den – zweifelsohne nicht zutreffenden – Kündigungsgrund des § 32 Abs 2 Z 8 VBG abstellen wollte, doch hält eine solche Auffassung einer eingehenderen

rechtlichen Betrachtung nicht stand. Zwar ist in der Regel ein nachträgliches Umdeuten oder Nachschieben eines anderen Kündigungsgrundes gemäß § 32 VBG nicht zulässig (8 ObA 231/94 = RdW 1994, 359), doch unterliegen auch einseitige Erklärungen, wie die Kündigung eines Dienstverhältnisses, der Auslegungsregel des § 914 ABGB (9 ObA 6/87 = Arb 10.637). Auch für Kündigungsschreiben gilt der Grundsatz, „falsa demonstratio non nocet“, wenn der Erklärungswert den betroffenen Personen klar war (9 ObA 6/87). So musste dem Kläger wie jedem anderen Dienstnehmer in seiner Lage klar sein, dass die Beklagte – was ihr Zustand – zwar das Erreichen des 65. Lebensjahres ihres Dienstnehmers abwarten, als Kündigungsgrund jedoch dessen Anspruch auf Bezug von Leistungen aus dem Versicherungsfall des Alters in der gesetzlichen Pensionsversicherung infolge Erreichens des vorgeschriebenen Anfallsalters heranziehen wollte (§ 32 Abs 2 Z 7 VBG). Für die weiteren Erörterungen ist daher davon auszugehen, dass die Kündigung des Klägers auf § 32 Abs 2 Z 7 VBG gestützt wurde, während dem erst in der Revision erhobenen Einwand des Klägers, dass der Kündigungsgrund nach § 32 Abs 2 Z 8 VBG nicht gegeben sei, auch als unzulässige Neuerung, keine Beachtung zu schenken ist. Der Versicherungsfall des Alters gilt gemäß § 223 Abs 1 Z 1 ASVG mit Erreichen des Anfallsalters als eingetreten; dazu kommt noch die Erfüllung der Wartezeit, welche gemäß § 236 Abs 1 Z 2 lit a ASVG in einer Mindestzeit von 180 Monaten besteht. Da der Kläger keinen Anspruch auf vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer hatte (§ 253b ASVG alt iVm § 607 Abs 10 ASVG) hat er gemäß § 253 Abs 1 Anspruch auf Alterspension erst nach Vollendung des 65. Lebensjahres („Regelpensionsalter“), wobei auch feststeht, dass die Mindestwartezeit von 180 Monaten erfüllt ist.

In der auf die Erreichung des gesetzlichen Pensionsalters gestützten Kündigung sieht der Kläger einen Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters im Sinne der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie RL 2000/78/EG. Diese Richtlinie wurde auf der Grundlage des Art 13 EG erlassen (Begründungserwägungen zur Richtlinie; EuGH RS C-144/04 „Mangold“ Rz 7). Gemäß Punkt 14. ihrer Begründungserwägungen berührt diese Richtlinie nicht die einzelstaatlichen Bestimmungen über die Festsetzung der Altersgrenzen für den Eintritt in den Ruhestand. In Punkt 25 der Begründungserwägungen hält die Richtlinie fest, dass das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ein wesentliches Element zur Erreichung der Ziele der beschäftigungspolitischen Leitlinien und zur Förderung der Vielfalt im Bereich der Beschäftigung darstellt, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters unter bestimmten Umständen jedoch gerechtfertigt sein können und daher besondere Bestimmungen erfordern, die je nach der Situation der Mitgliedstaaten unterschiedlich sein können. Weiter heißt es in dieser Begründungserwägung, dass daher unbedingt zwischen einer Ungleichbehandlung, die insbesondere durch rechtmäßige Ziele im Bereich der Beschäftigungspolitik, des Arbeitsmarktes und der beruflichen Bildung gerechtfertigt ist und einer Diskriminierung, die zu verbieten ist, zu unterscheiden ist. Nach ihrem Art 1 bezweckt die Richtlinie 2000/78 EG „die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten“.

Art 2 der Richtlinie 2000/78 EG – „Der Begriff Diskriminierung“ – bestimmt in den Absätzen 1 und 2:

„Abs 1: Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet ‘Gleichbehandlungsgrundsatz’, dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen eines der in Art 1 genannten Gründe geben darf.

Abs 2: Im Sinne des Absatzes 1

- a) liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person wegen eines der in Art 1 genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde;
- b) liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, einer bestimmten Behinderung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Ausrichtung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn:
- i) Diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich oder
- ii)...."

Art 3 - „Geltungsbereich“ - der Richtlinie lautet:

„Abs 1: Im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten gilt diese Richtlinie für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, im Bezug auf ....

...c) Die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen und des Arbeitsentgeltes...“.

Art 6 der Richtlinie - „Gerechtfertigte Ungleichbehandlung wegen des Alters“ - lautet:

„Abs 1: Ungeachtet des Art 2 Abs 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechtes durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Zweckes angemessen und erforderlich sind. Derartige Ungleichbehandlungen können insbesondere Folgendes einschließen:

a) Die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bedingungen für Entlassung und Entlohnung, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Arbeitnehmern und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen .....

Gemäß Art 18 der Richtlinie - „Umsetzung“ - sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen, und der Richtlinie spätestens zum 2. 12. 2003 nachzukommen. Nach der Judikatur des EuGH (C-144/04 „Mangold“ Rz 77) obliegt es dem nationalen Gericht, bei dem ein Rechtsstreit über das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters anhängig ist, im Rahmen seiner Zuständigkeiten den rechtlichen Schutz, der sich für den Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht ergibt, zu gewährleisten und die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechtes zu garantieren, indem es jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechtes unangewendet lässt. Fest steht, dass die innerstaatliche Umsetzung durch Novellierung des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes nach dem vorgesehenen Umsetzungstermin (im vorliegenden Fall sogar nach dem Termin der Kündigung des Klägers) erfolgte und überdies die hier maßgeblichen Bestimmungen des Vertragsbedienstetengesetzes unberührt ließ. Es könnte sich daher die Frage einer unmittelbaren Anwendung der Richtlinie auf den vorliegenden Fall stellen. Nach der Rechtsprechung des EuGH können nicht fristgerecht umgesetzte Richtlinien unter bestimmten Umständen als Anspruchsgrundlage für individuelle Rechtsansprüche gegen den Staat herangezogen werden, obwohl sich Richtlinien definitionsgemäß an die Mitgliedstaaten wenden und diese zu ihrer Umsetzung im innerstaatlichen Recht verpflichtet sind. Voraussetzung für eine unmittelbare Wirkung ist, dass die Richtlinie für eine individuelle Anwendung zureichend

bestimmt ist und den Mitgliedstaaten keinen besonderen Ermessensspielraum gewährt (SZ 72/70).

Selbst wenn man ausreichende Bestimmtheit der Richtlinie annehmen wollte, könnte dies im vorliegenden Fall zu keiner dem Kläger günstigeren Beurteilung (im Sinne der vorgenannten Judikatur durch Nichtanwendung entgegenstehender innerstaatlicher Bestimmungen) führen. Unabhängig davon, ob man die Kündigung wegen Erreichen des Pensionsalters unter dem Blickwinkel einer direkten oder mittelbaren Diskriminierung prüfen wollte, sind jedenfalls entweder die die Annahme einer Diskriminierung ausschließenden Voraussetzungen des Art 2 Abs 2 lit b sublit i der Richtlinie oder rechtfertigende Umstände im Sinne des Art 6 Abs 1 der Richtlinie gegeben. Die Festlegung eines Pensionsalters, das auf einer politischen Bewertung beruht, dient nicht nur dazu, das Arbeitseinkommen im erforderlichen Ausmaß zu ersetzen, wenn das Risiko „Alter“ dazu führt, dass dem Arbeitnehmer die Arbeit nicht mehr zugemutet werden kann (Kuras in RdA 2003, Sonderbeilageheft 5, 11 „Verbot der Diskriminierung wegen des Alters – Herausforderung für die Rechtsprechung und Motor für ein Europäisches Arbeitsrecht?“), sondern verfolgt zweifelsohne auch den Zweck, jungen Menschen, deren Existenz anderweitig noch nicht gesichert ist, den Zugang zum Arbeitsmarkt zu verschaffen. Dabei handelt es sich – und ganz speziell dann, wenn der Staat selbst als Dienstgeber auftritt – um ein auch mit der Rechtfertigungsbestimmung der Richtlinie in Deckung zu bringendes sozialpolitisches Ziel. Zu beachten ist jedoch, dass auch die Mittel zur Erreichung eines legitimen Zieles angemessen und erforderlich sein müssen, das heißt, der „Verhältnismäßigkeitsgrundsatz“ muss beachtet werden (K. Mayr „Diskriminierungen auf Grund des Alters im österreichischen Arbeitsrecht – der Inhalt des neuen Diskriminierungsverbotes“ in ASoK 2003, 289 f). Der Anspruch auf Regelpension ist allgemein als ausreichend zu erachten, die Deckung der Lebenshaltungskosten des betroffenen Arbeitnehmers zu gewährleisten (SZ 2004/151; ähnlich auch BAG zu mit der Erreichung des Pensionsalters befristeten Verträgen: 2 AZR 284/86 in BB 1988, 1820). Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die RL 2000/78/EG sprach das deutsche BAG am 21.7.2004 zu 7 AZR 589/03 aus, dass beispielsweise die tarifliche Altersgrenze für Piloten (60 Jahre) nicht gegen Art 1,2 der Richtlinie verstoße, sondern ein iSd Art 6 Abs 1 Satz 1 der RL legitimes Ziel im Rahmen des nationalen Rechts sei und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles auch angemessen und erforderlich seien.

Da § 32 Abs 2 Z 7 VBG eine „Kann“-Bestimmung ist, muss der Dienstgeber das Dienstverhältnis auch nicht sofort mit Eintritt eines gesetzlichen Pensionsanspruchs eines Dienstnehmers zur Auflösung bringen, sondern kann durchaus eine individuelle Gestaltung vornehmen. Im vorliegenden Fall sprach die Beklagte die Kündigung des Klägers nicht sofort mit der Vollendung dessen 65. Lebensjahres aus (- dieses Alter entspräche im Übrigen auch dem Zeitpunkt der Ruhestandsversetzung bei Beamten: § 13 Abs 1 BDG -), sondern wartete darüber hinaus noch mehr als ein Jahr zu. Dass der Kläger im vorliegenden Fall nur eine Mindestpension zu erwarten hat, ist ausschließlich auf seine subjektiven Verhältnisse zurückzuführen, das heißt den Umstand, dass er auf Grund seines überlangen Studiums nur geringere Versicherungszeiten erwerben konnte, als es allgemein im Arbeitsleben der Fall ist. Daraus allein vermag aber noch keine Unverhältnismäßigkeit abgeleitet zu werden. Im Hinblick auf einen offenkundig („acte clair“) vorliegenden Ausnahme- bzw Rechtfertigungsgrund iSd Art 2 Abs 2 lit b sublit i bzw Art 6 Abs 1 der Richtlinie sieht sich der erkennende Senat nicht zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art 234 EG beim Europäischen Gerichtshof veranlasst (RIS-Justiz RS0082949). Der Revision ist in Ansehung des Hauptbegehrens ein Erfolg zu versagen.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 Abs 2 ZPO.

Zu 2.) (Eventualbegehren: Ersatz für nicht gewährten Sonderurlaub nach § 33a Abs 1 VBG):

Gemäß § 33a Abs 1 VBG ist bei Kündigung durch den Dienstgeber dem Vertragsbediensteten auf sein Ansuchen während der Kündigungsfrist ein Sonderurlaub (Anm: Hervorhebung durch das Gericht) im Ausmaß von wöchentlich mindestens einem Fünftel der regelmäßigen Wochenarbeitszeit zu gewähren. Gemäß Abs 2 bestehen Ansprüche nach Abs 1 dann nicht, wenn 1. der Vertragsbedienstete einen Anspruch auf eine Pension aus der gesetzlichen Pensionsversicherung hat und 2. eine Bescheinigung über die vorläufige Krankenversicherung vom Pensionsversicherungsträger ausgestellt wurde. Entgegen dem Einwand der Beklagten kann dem Kläger die Unterlassung der Antragstellung auf Gewährung einer Alterspension nicht zum Nachteil gereichen. Abgesehen davon, dass der vorgenannten Bestimmung die Pflicht zur frühestmöglichen Geltendmachung eines Pensionsanspruches nicht zu entnehmen ist, kann einem Dienstnehmer nicht verwehrt werden, statt dessen vorerst zu versuchen, auf dem Arbeitsmarkt noch eine andere Stelle zu finden. Da die vom Pensionsantrag abhängige (Ziehensack VBG-Praxiskommentar § 33a Anm 4) Bescheinigung über die vorläufige Krankenversicherung vom Pensionsversicherungsträger noch nicht ausgestellt wurde, liegt keine Ausnahme vor, die den Anspruch des Klägers auf Gewährung eines Sonderurlaubs nach § 33a VBG beseitigen könnte. § 33a VBG ist eine korrespondierende Bestimmung zu § 1160 ABGB und § 22 AngG. Die Materialien zur Dienstrechts-Novelle 2000 (ErlBem RV 176 NR GP XXI) bringen diesen Umstand im allgemeinen Teil der ErlBem deutlich zum Ausdruck, indem darauf hingewiesen wird, dass „in diesen Bereichen ein ständiger Gleichklang zwischen dem Angestelltenrecht und dem Vertragsbedienstetenrecht des Bundes besteht und daher die entsprechenden Bestimmungen des Vertragsbedienstetengesetzes 1948 im Rahmen der ersten Dienstrechts-Novelle 2000 an diese Änderungen (Anm: gemeint: des ABGB und des Angestelltengesetzes durch das ARÄG 2000) anzupassen wären“. Zur Beurteilung des Anspruches nach § 33a VBG kann daher auch auf die zu § 22 AngG bzw § 1160 ABGB (jeweils idF zunächst der „Beschäftigungssicherungs-Novelle 1993, BGBl 502/1993, und dann des ARÄG 2000, BGBl I 44/2000) ergangene Judikatur und Literatur zurückgegriffen werden. Nach der (- in einem Verfahren über das Begehren auf Kündigungsentschädigung ergangenen - ) Entscheidung 8 ObA 174/00x (= DRdA 2001/33 mit zahlreichen Literaturverweisen) besteht zwar der grundsätzliche Zweck der „Freizeit während der Kündigungsfrist“ immer noch darin, dem Arbeitnehmer das Auffinden eines neuen Arbeitsplatzes zu erleichtern. Doch wird dem Arbeitnehmer die Möglichkeit der Freistellung zu diesem Zweck nur geboten; die Freistellung ist aber nicht an den Nachweis einer entsprechenden Verwendung gebunden. Ähnlich argumentieren (- stv. für viele -) Drs („Die Beschäftigungssicherungsnovelle 1993 und ihre Auswirkungen auf den Anspruch auf ‚Postensuchtage‘“ in RdW 1993, 337 f und in ihrer Glosse DRdA 2001, 350, 351), Karl (in Marhold/Burgstaller/Preyer, Komm zum AngG §22 Rz 3), Schrammel (in Tomandl/Schrammel Arbeitsrecht 25, 276 f), G. Klein („Arbeitsrechtliches zur Beschäftigungssicherung“ in DRdA 1993, 402 f) und zuletzt Schindler (in Mazal/Rysak, Das Arbeitsrecht - System und Praxiskommentar II, Kap XX Rz 4). Zutreffend weist Schindler (aaO) auch darauf hin, dass die Aufhebung der Zweckbindung den Arbeitnehmer zwar grundsätzlich der Bekanntgabe oder einer Bescheinigung enthebt, dass er diese Freizeit tatsächlich zur Postensuche verwendet (hat), die beabsichtigte Verwendung jedoch im Falle einer notwendigen Abwägung gegen dienstliche Interessen eine Rolle spielen kann, wenn es darum geht, welcher Tag der Woche frei zu geben ist. Dass die vorgenannten Erwägungen einer sehr eingeschränkten Zweckorientierung auch für den Geltungsbereich des VBG gelten, ergibt sich nicht zuletzt daraus, das aus dem früher in § 33 Abs 2 VBG geregelten Sonderinstitut „Freigabe zum Aufsuchen eines neuen Dienstpostens“ (Ziehensack aao) der in §

33a VBG geregelte „Sonderurlaub während der Kündigungszeit“ wurde. Auf die Gewährung dieses Sonderurlaubs besteht – bei entsprechendem Ansuchen des Dienstnehmers – ein Rechtsanspruch (Ziehensack aao Rz 2, 4). Zu prüfen bleiben daher die rechtlichen Folgen, wenn der Dienstgeber – wie hier – trotz Ansuchens des Dienstnehmers und Vorliegens der übrigen Voraussetzungen nach § 33a Abs 1 VBG die Inanspruchnahme des Sonderurlaubs unberechtigt verweigert. Schon zur alten Rechtslage (vor Änderung der §§ 22 AngG, 1160 ABGB) gab es Literaturstimmen, die sich mit dem Problem der Verweigerung der Gewährung von Postensuchtagen durch den Dienstgeber auseinandersetzen: Haslinger („Freizeit zur Postensuche“ in DRdA 1967, 187, 193) vertrat die Ansicht, dass dem Arbeitnehmer in diesem Fall – abgesehen von weitergehendem Schadenersatz – jedenfalls ein Entschädigungsanspruch „in Höhe des Entgelts für die verweigernde Arbeitssuchzeit“ zustehe. In gleicher Weise argumentierten Schnorr (in seiner Glosse ZAS 1977, 105, 106) und Martinek/M.Schwarz/W.Schwarz (AngG7 434).

Auch nach Änderung der §§ 22 AngG, 1160 ABGB durch das ARÄG 2000 wurde diese Linie im Schrifttum aufrecht erhalten: Nach Drs (in ihrer Glosse DRdA 2001, 350, 351) muss sich der Arbeitnehmer im Falle der rechtswidrigen Verweigerung der Freizeitgewährung durch den Arbeitgeber nicht mit einem – risikoträchtigen – eigenmächtigen Fernbleiben begnügen, sondern er kann eine Entschädigung des Freistellungsanspruches in Geld verlangen. Karl (aaO Rz 32) lehrt unter Berufung auf Schnorr (aaO), dass dem Arbeitnehmer jedenfalls ein Anspruch auf Abgeltung der verweigernden Freizeit sowie allenfalls auf Schadenersatz zukomme. Auch nach Schindler (aaO Rz 21) ist der Arbeitnehmer im Falle der Vereitelung durch den Arbeitgeber nicht verpflichtet, von der gefährlichen Möglichkeit des einseitigen Austrittes bzw der einseitigen Inanspruchnahme der Freizeit Gebrauch zu machen. Vielmehr stehe dem Arbeitnehmer in diesem Fall ein Ersatzanspruch in Geld zu.

Der erkennende Senat schließt sich dieser Argumentation an. Dem stehen auch die Erwägungen der Entscheidung 8 ObA 174/00x, mit der ein Ersatzanspruch für entgangene Freizeit nach § 22 AngG im Rahmen der Kündigungsentschädigung verneint wurde, nicht entgegen: Dort wurde darauf hingewiesen, dass durch die „gänzliche Freistellung“ des Arbeitnehmers sonstige Einschränkungen der Arbeitspflicht (wie nach § 22 Abs 1 AngG) ihren Anwendungsbereich verlieren und die Zeit der Kündigungsfrist daher durch den Ersatz des laufenden Entgelts abgegolten ist (s hiezu auch: Schindler aaO Rz 21). Eine Vereitelung der zustehenden Freizeit (bzw des Sonderurlaubs nach § 33a VBG) während der „normalen“ Kündigungsfrist mit weiterlaufender Arbeitspflicht des Dienstnehmers würde aber dem Dienstgeber einen – durch Verstoß gegen ein gesetzliches Gebot bewirkten und daher – unberechtigten Vorteil bringen. Während er sonst dem Arbeitnehmer bezahlte Freizeit gewähren müsste, kommt er durch ungesetzliches Handeln in den vollen Genuss von dessen Arbeitskraft. In anderen Fällen der Unmöglichkeit, bereits verdiente Freizeit zu konsumieren (zum ARG bzw AZG: RIS-Justiz RS0111396), hat die Rechtsprechung daher einen Geldersatzanspruch des Arbeitnehmers als Vorteilsausgleichung anerkannt.

Da ein Dienstnehmer frei darüber disponieren kann, ob er die Gewährung von Sonderurlaub nach § 33a VBG überhaupt beantragt und es ihm auch freisteht, bereits bewilligten Sonderurlaub nicht zu konsumieren, besteht ein Geldersatzanspruch des Dienstnehmers grundsätzlich nur bei ungerechtfertigter Vereitelung des Sonderurlaubs durch den Dienstgeber. Letzteres liegt hier vor. Es bleibt daher noch die Höhe des Ersatzes zu klären. Der Verweis in § 20 Abs 1 Z 1 VBG auf Bestimmungen des BDG 1979 (insb dessen §§ 47a, 48 und 49) macht deutlich, dass das für Überstunden zustehende Entgelt nicht maßgeblich sein kann. Der Kläger hat nämlich in der Kündigungsfrist keine über die im Dienstplan vorgeschriebenen



Dienststunden hinausgehende Dienstleistungen (Mehrdienstleistungen) erbracht. Auch das Heranziehen der für Urlaubersatzleistungen nach § 28b Abs 2 VBG geltenden, auf das ganze Kalenderjahr abstellenden Berechnungsbasis wäre verfehlt: Infolge der Möglichkeit, Urlaub „anzusparen“, muss nämlich für dessen Abgeltung eine generalisierende Durchschnittsbetrachtung vorgenommen werden. Im Falle des Sonderurlaubs nach § 33a VBG besteht hingegen eine zeitlich zuordenbare Vorgabe, nämlich ein Fünftel der regelmäßigen Wochenarbeitszeit, beschränkt auf die konkrete Zeit der Kündigungsfrist. Der Ersatzanspruch des Klägers hat sich daher nach dem konkreten Entgelt zu richten, das auf die Zeiten entfällt, in denen er sonst - bezahlten - Sonderurlaub hätte konsumieren können. Da aber diesbezügliche Feststellungen fehlen, erweist sich das Verfahren über das Eventualbegehren als ergänzungsbedürftig. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 Abs 1 ZPO.

**Anmerkung**

E82342

90bA131.05p

**Dokumentnummer**

JJT/20061018/OGH0002/009OBA00131/05P0000/000