



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf als Vorsitzenden, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Dehn und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Hargassner sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Bernhard Kirchl und Herbert Bauer als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei DI H***** G*****, vertreten durch Dr. Markus Orgler, Rechtsanwalt in Innsbruck, gegen die beklagte Partei J***** GmbH, *****, vertreten durch Diwok Hermann Petsche Rechtsanwälte LLP & Co KG in Wien, wegen 109.622,62 EUR brutto sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 12. April 2019, GZ 15 Ra 38/18b-23, mit dem der Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht vom 22. Februar 2018, GZ 45 Cga 7/17y-11, nicht Folge gegeben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 2.395,62 EUR (darin 399,27 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der Kläger war vom 14. 6. 2000 bis 30. 9. 2015 bei der Beklagten beschäftigt. Aufgrund seines Dienstvertrags hatte der Kläger Anspruch auf eine Zuteilung von Aktien der

Konzernmutter der Beklagten. Diese Aktienoptionen wurden nach einem bestimmten, sich über drei Jahre erstreckenden Umwandlungsplan in drei Tranchen im Abstand von jeweils einem Jahr zu einem bestimmten Zeitpunkt in Aktien umgewandelt und dem Kläger noch während aufrechten Dienstverhältnisses zugeteilt. Die Zuteilung erfolgte durch Verbuchung der Aktien auf ein für den Kläger eingerichtetes „E*Trade“ Konto, ein externes Wertpapierkonto eines Finanzdienstleistungsunternehmens mit Sitz in New York City. Der Kläger hatte die Wahl, entweder die Aktien zur Gänze zu verkaufen („same day sell“), wobei ihm der Erlös nach Abzug der darauf entfallenden Steuern auf ein von ihm bekannt gegebenes Konto ausbezahlt wird, oder aber die Aktien zu behalten („sell to cover“). Im letztgenannten Fall werden nur jene Teile der Aktien verkauft, die erforderlich sind, um die für die Zuteilung anfallenden Steuern abzudecken. Der Kläger entschied sich für die erste Variante und erhielt aus der Verwertung der Aktien von November 2014 bis August 2015 insgesamt 219.245,25 EUR brutto als entgeltwerten Vorteil. Bei der Berechnung der Abfertigung berücksichtigte die Beklagte diese dem Kläger zugeflossenen Beträge nicht.

Der **Kläger** beehrte mit seiner Klage unter Einbeziehung des Betrags von 219.245,25 EUR eine Abfertigungsdifferenz von 109.622,62 EUR brutto sA. Die Aktienoptionen seien wertpapierrechtlich nicht verbrieft, nicht veräußerlich und nicht handelbar gewesen. Es habe sich schlicht um eine schuldrechtliche Zusage der Beklagten gehandelt, die von der eng auszulegenden Ausnahmebestimmung des § 2a AVRAG nicht umfasst sei.

Die **Beklagte** bestritt, beantragte Klagsabweisung und wandte – soweit für die Revisionsentscheidung noch

relevant – ein, dass der Kläger reale und nicht – wie von ihm behauptet – nur virtuelle Aktien erhalten habe. Hätte der Kläger die Aktien nicht erworben, hätte er sie auch nicht verkaufen können. Gemäß § 2a AVRAG seien die vom Kläger aus den Aktienoptionen bzw dem Aktienverkauf lukrierten Beträge daher nicht in die Abfertigungsbemessungsgrundlage einzubeziehen.

Das **Erstgericht** wies das Klagebegehren ab. § 2a AVRAG unterlägen auch Vorteile aus Beteiligungen an Unternehmen, die mit jenem des Dienstgebers in einem Konzernverhältnis stünden. Im Hinblick auf den auf drei Jahre angelegten Umwandlungsplan liege keine Gewinnbeteiligung als gewinn- und ertragsorientierte Entlohnungsform im Sinne des § 14 AngG vor. Vielmehr habe der Kläger im Umwandlungszeitpunkt Aktien an einem mit der Beklagten im Konzern verbundenen Unternehmen tatsächlich erworben. Die Veräußerungserlöse seien daher als Vorteil im Sinne des § 2a AVRAG anzusehen und nicht in die Bemessungsgrundlage für die Abfertigung einzubeziehen. Überdies sei der geltend gemachte Anspruch nach Punkt XX des hier anzuwendenden Kollektivvertrags für Handelsangestellte verfallen.

Mit Beschluss vom 25. 2. 2019, G 145/2018-7, lehnte der **Verfassungsgerichtshof** die Behandlung des Normprüfungsantrags des Klägers wegen behaupteter Verfassungswidrigkeit des § 2a AVRAG gemäß Art 140 Abs 1b B-VG ab, weil das Vorbringen des Antrags die behauptete Verfassungswidrigkeit als so wenig wahrscheinlich erkennen lasse, dass er keine hinreichenden Aussichten auf Erfolg habe. Es liege im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, wenn er Vorteile aus Mitarbeiterbeteiligungen bei der Bemessung von Entgeltfortzahlungs- und Beendigungsansprüchen

unberücksichtigt lassen möchte, womit sämtliche entsprechenden Argumente des Klägers im Rechtsmittel hinfällig seien.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung des Klägers nicht Folge. Hinsichtlich der behaupteten Verfassungswidrigkeit des § 2a AVRAG könne auf die Entscheidung des VfGH vom 25. 2. 2019 verwiesen werden. Mit „Beteiligungen“ im Sinne des § 2a AVRAG sei in erster Linie der Erwerb von Kapitalanlagen an als Kapitalgesellschaften organisierten Unternehmen des Arbeitgebers gemeint, nicht jedoch erfolgsbezogene Entgeltformen, wie etwa Gewinnbeteiligungen. Dabei komme es nicht auf die Art des Erwerbs der Kapitalbeteiligung (entgeltlich oder unentgeltlich bzw begünstigt, unmittelbar vom Arbeitgeber, über die Börse oder aufgrund von Schenkungen) an, sondern es sei nur auf die Vorteile Bedacht zu nehmen, die dem Arbeitnehmer aus der Kapitalbeteiligung am Arbeitgeberunternehmen oder aus daraus gewährten Optionsrechten zufließen würden. Jene Aktien bzw Optionsrechte auf Aktien, die einem Arbeitnehmer eingeräumt und den Voraussetzungen des § 2a AVRAG entsprächen, dienten jedenfalls nicht dazu, die zwingenden Bestimmungen des § 23 zweiter Satz AngG zu umgehen.

Der Kläger habe die Wahl gehabt, die ihm zugeteilten Aktien sofort zu verkaufen oder zu behalten. Für den Verkauf habe er sowohl „Rechte am Papier“ als auch „Rechte aus dem Papier“ erwerben müssen. Die rechtliche Konstruktion des Erwerbs sei aber ohnehin nicht entscheidungswesentlich. Letztlich habe der Kläger „reale Aktien“ und nicht nur eine Zusage auf Geldleistungen, die sich am Wert von Aktien orientierten („virtuelle Aktien“), erhalten. Die Verkaufserlöse seien daher gemäß § 2a AVRAG

nicht in die Abfertigungsbemessungsgrundlage einzubeziehen.

Entgegen der Auffassung des Erstgerichts sei der Klagsanspruch aber nicht verfallen.

Die Revision sei gemäß § 502 Abs 1 ZPO ua deshalb zulässig, weil zu § 2a AVRAG noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung vorliege.

In seiner dagegen gerichteten **Revision** beantragt der Kläger die Abänderung des Berufungsurteils im Sinne einer Klagsstattgabe; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt in ihrer **Revisionsbeantwortung**, der Revision des Klägers keine Folge zu geben.

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig; sie ist jedoch nicht berechtigt.

1. Gemäß § 2a AVRAG sind Vorteile aus Beteiligungen am Unternehmen des Arbeitgebers oder mit diesem verbundenen Konzernunternehmen und Optionen auf den Erwerb von Arbeitgeberaktien nicht in die Bemessungsgrundlagen für Entgeltfortzahlungsansprüche und Beendigungsansprüche einzubeziehen.

2. Aufgrund der ausdrücklichen Empfehlung der EU, die Beteiligung der Arbeitnehmer an den Betriebserträgen (einschließlich Kapitalbeteiligung) zu fördern (*Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 2a Rz 1), wurde mit dem Kapitalmarktoffensive-Gesetz – KMOG, BGBl I 2001, 2, § 2a AVRAG eingeführt. Diese mit 1. 1. 2001 in Kraft getretene Bestimmung soll nach den Gesetzesmaterialien die Arbeitnehmerbeteiligung, vor allem aber auch die Optionen auf den Erwerb von Arbeitgeberaktien durch Senkung der Lohnnebenkosten attraktiver gestaltet werden. Daher sind künftig Vorteile aus Beteiligungen und aus regelmäßig

gewährten Optionen auf den Erwerb von Aktien in die Bemessungsgrundlagen weder der Entgeltfortzahlungsansprüche noch der Beendigungsansprüche einzubeziehen. Durch diese Beteiligungen am Arbeitgeberunternehmen wird einerseits die Identifikation des Arbeitnehmers mit dem Unternehmen gestärkt und andererseits tritt eine stärkere Bindung der Mitarbeiter an das Unternehmen ein. Die erhöhte Leistungsbereitschaft der Mitarbeiter wird auch zu einem verbesserten Unternehmensergebnis und daher zu einer Steigerung des Aktienwerts führen. Der gesteigerte Aktienwert kommt auch den Mitarbeitern durch eine höhere Dividende und durch den höheren Verkaufserlös der Aktien zugute (ErläutRV 358 BlgNR 21. GP 25 f; 8 ObA 161/02p). Mit § 2a AVRAG korrespondierend statuiert das KMOG auch einschlägige steuerrechtliche (§ 3 Abs 1 Z 15 lit b und c EStG 1988) und sozialversicherungsrechtliche (§ 49 Abs 3 Z 18 lit c und d ASVG) Freibeträge (*Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm*³ § 2a AVRAG Rz 1; *Binder/Mair in Binder/Burger/Mair, AVRAG*³ § 2a Rz 1).

3.1. Mit Beteiligung ist in § 2a AVRAG in erster Linie der Erwerb von Kapitalanteilen an als Kapitalgesellschaften organisierten Unternehmen des Arbeitgebers gemeint. Keinesfalls einschlägig sind erfolgsbezogene Entgeltformen, wie etwa Gewinnbeteiligungen. Bei „Kapitalgesellschaften“ geht es um den Erwerb von Aktien einer Aktiengesellschaft bzw von Anteilen an einer GmbH oder Genossenschaft (*Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm*³ § 2a AVRAG Rz 2; *Binder/Mair in Binder/Burger/Mair, AVRAG*³ § 2a Rz 3). Aber auch die vertragliche Einräumung von Optionen zum Erwerb von Aktien ermöglicht es in erster Linie, Mitarbeiter

einer Aktiengesellschaft fester an das Unternehmen zu binden und ihre Leistungsbereitschaft zu steigern (*Holzer/Reissner*, AVRAG² § 2a Rz 6).

3.2. Es kommt nicht auf die Art des Erwerbs der Kapitalbeteiligung an, sondern es ist auf die „Vorteile“ Bedacht zu nehmen, die dem Arbeitnehmer aus der Kapitalbeteiligung am Arbeitgeberunternehmen oder aus darauf gewährten Optionsrechten zufließen (*Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 2a Rz 4). Als „Vorteile“ kommen vor allem ein Kapitalertrag (zB in Form von Dividenden, Zinsen) mögliche Wertsteigerungen des Partizipationskapitals, Bezugs- und Optionsrechte auf in Zukunft auszubehende Kapitalanteile sowie Sachleistungen und Nutzungsrechte an zum Unternehmen gehörigen Einrichtungen in Betracht (*Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 2a Rz 5).

4. Dem § 2a AVRAG unterliegen nicht nur Vorteile aus Beteiligungen am Unternehmen des Arbeitgebers selbst, sondern auch solche aus Beteiligungen an Unternehmen, die mit diesem in einem Konzernverhältnis stehen (*Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 2a AVRAG Rz 4; vgl *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 2a Rz 5).

5. Bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage von Beendigungsansprüchen sind die oben dargelegten Vorteile und Optionen nicht zu berücksichtigen. In erster Linie ist hier die Abfertigung alt (§§ 23 f AngG, § 2 ArbAbfG) zu nennen. Die als solche strittige Frage, welche Entgeltbestandteile in die Bemessungsgrundlage der Abfertigung einzubeziehen sind, erfährt hier eine punktuelle Klarstellung (*Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 2a AVRAG Rz 11).

6.1. Die übereinstimmende Beurteilung der Vorinstanzen, (jedenfalls) die Erlöse aus dem Verkauf der dem Kläger – nach Einlösung der ihm von der Beklagten vertraglich eingeräumten Aktienoptionen der Konzernmutter der Beklagten – zugeteilten Aktien seien als Vorteil im Sinne des § 2a AVRAG anzusehen und daher nicht in die Bemessungsgrundlage für die Abfertigung einzubeziehen, ist vom Gesetzeswortlaut des § 2a AVRAG gedeckt. Abgesehen davon, ist – ebenfalls nach dem Gesetzeswortlaut – auch das dem Kläger durch die Beklagte vertraglich eingeräumte Aktienoptionsrecht als Vorteil im Sinne des § 2a AVRAG anzusehen. Die in der Revision dagegen enthaltenen, teilweise rechtspolitischen Ausführungen (vgl auch *Weiss*, Die Berücksichtigung von Unternehmensbeteiligungen und Aktienoptionen bei Entgeltfortzahlungs- und Beendigungsansprüchen, ASoK 2001, 245), ändern an dieser Beurteilung nichts. Es ist nicht die Aufgabe der Rechtsprechung, unbefriedigend empfundene Gesetzesbestimmungen zu ändern (RS0008880 [T11]; RS0009099 [T1]).

6.2. Das gegenständliche Mitarbeiterbeteiligungsmodell („same-day-sell“) steht mit dem vorstehend unter Pkt 2 dargelegten Telos des Gesetzes, qualifizierte Dienstnehmer stärker an das Unternehmen zu binden und damit eine erhöhte Leistungsbereitschaft der Mitarbeiter zu erreichen, nicht in Widerspruch. Schließlich hatten die von der Mitarbeiterbeteiligung betroffenen Dienstnehmer der Beklagten ab Einräumung der Aktienoptionen drei Jahre (Umwandlungsplan) Zeit, sich bis zur tatsächlichen Zuweisung der Aktien und der daran (gegebenenfalls) anschließenden Auszahlung des Erlöses stärker mit dem Unternehmen zu identifizieren und auf einen

größtmöglichen Erlös hinzuarbeiten. Der Gesetzgeber hat sich nach dem Wortlaut des § 2a AVRAG nicht dafür entschieden, nur „langfristige“ Mitarbeiterbeteiligungen oder nur Beteiligungsmodelle, die keinen „sofortigen“ Verkauf der dem Dienstnehmer zugeteilten Aktien zuließen, von § 2a AVRAG zu erfassen. Das Argument des Revisionswerbers, in einer „kurzfristigen“ Mitarbeiterbeteiligung sei ein unzulässiger Verzicht des Dienstnehmers auf arbeitsvertragliche Ansprüche im Hinblick auf die nach § 40 AngG zwingende Einbeziehung dieses „Entgeltbestandteils“ in die Abfertigungsbemessungsgrundlage nach § 23 AngG zu sehen, übergeht die Zielsetzung des § 2a AVRAG.

6.3. Weshalb die „Servicierung des Aktienverkaufs durch die Beklagte“ den Anwendungsbereich des § 2a AVRAG ausschließen sollte, ist nicht verständlich. Die Entscheidung, die zugeteilten Aktien zu verkaufen, traf der Kläger. Da das Erstgericht in diesem Zusammenhang alle für die rechtliche Beurteilung erforderlichen Feststellungen getroffen hat, liegt der geltend gemachte sekundäre Feststellungsmangel nicht vor (vgl 4 Ob 91/19i mwN).

6.4. Entgegen der Ansicht des Klägers hat der VfGH die Behandlung seines Normprüfungsantrags nicht grundlos, sondern mangels hinreichender Erfolgsaussicht abgelehnt.

6.5. Das Berufungsgericht hat die vom Kläger erhobene Beweistrüge als nicht gesetzmäßig ausgeführt erachtet, weil der Kläger nicht dargelegt habe, welche konkrete Ersatzfeststellung er anstelle der von ihm bekämpften Feststellung begehre. Diese Beurteilung ist zutreffend (vgl RS0041835 [T5]). Der Revisionsgrund des § 503 Z 2 ZPO liegt somit nicht vor.

Der Revision des Klägers war daher nicht Folge
zu geben.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41, 50
ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 23. Juli 2019
Dr. H o p f
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: