

# Einleitung

Das Abfertigungsrecht hat im Jahre 2002 eine gravierende rechtliche Neugestaltung erfahren. Der Gesetzgeber hat die gesetzliche Abfertigung vom leistungsorientierten System losgelöst und sie in ein neues, beitragsorientiertes System transferiert. Im Zuge der Neuerungen haben sich zudem komplexe Übergangsregelungen entwickelt und zahlreiche Wahlmöglichkeiten herausgebildet. Dieser Systemwechsel darf allerdings nicht so eng verstanden werden, als das traditionelle Abfertigungssystem seither gänzlich unanwendbar ist. Für Arbeitsverhältnisse, deren Ursprung vor dem 31.12.2002 liegt, gilt nach wie vor das alte System der Abfertigung. Dem folgend finden derzeit beide Systeme nebeneinander Anwendung.

Aufgrund der zwingenden Geltung des BMSVG für alle Arbeitsverhältnisse, welche nach dem 31.12.2002 begründet wurden, stellt sich womöglich die Frage, weshalb sich dieses Buch im Jahre 2023 noch umfassend mit dem auslaufenden Modell des traditionellen Abfertigungssystems auseinandersetzt. Dem ist einerseits damit zu entgegnen, dass es sich beim traditionellen Abfertigungsrecht nach wie vor um gültiges Recht handelt und dieses des Weiteren noch einige Jahre zum Tragen kommt. Andererseits handelt es sich bei der Rechtswissenschaft um ein von Veränderungen geprägtes, dynamisches System, sodass das neue Abfertigungssystem nach dem BMSVG in sich nicht als abschließend betrachtet werden kann.

Das gegenständliche Buch soll zeigen, dass es sich beim Thema der gesetzlichen Abfertigung um einen umfangreichen, von Übergangsbestimmungen und Ausnahmeregelungen geprägten, rechtlichen Bereich handelt. Die Besonderheit der gesetzlichen Abfertigung liegt insbesondere in der Berührung mit zahlreichen Gesetzen und damit zahlreichen rechtlichen Materien, Vorgaben und Folgen. Dass die gesetzliche Abfertigung auch noch im Jahre 2023 regelmäßig Verfahrensgegenstand der österreichischen Höchstgerichte ist, liegt vor allem in der Komplexität der oft nicht eindeutigen Bestimmungen. Diese Vielfältigkeit kann deshalb in nur einem Werk keinesfalls erschöpfend dargestellt werden. Vor diesem Hintergrund sollen im Rahmen des gegenständlichen Buches die durch die rechtlichen Neuerungen des Abfertigungssystems eingetretenen Veränderungen systematisch aufgezeigt und damit ein Überblick über die zahlreiche Gesetze berührende Abfertigungsthematik verschafft werden. Da es sich bei diesem Thema um ein umfangreiches und zugleich vielfältiges handelt, wird die Aufarbeitung zum besseren Verständnis – mit Querverweisen verknüpft – in drei große rechtliche Bereiche gegliedert: Arbeitsrecht, Steuerrecht und Bilanzrecht.



# 1. Grundlagen

## 1.1. Historischer Hintergrund

Das Abfertigungsrecht findet seinen Ursprung in der Zeit des Ersten Weltkrieges, während der Begriff der „Abfertigung“ seinen Eingang in den rechtswissenschaftlichen Sprachgebrauch bereits in den Pensionsvorschriften für Staatsdiener unter *Maria Theresia* und *Josef II.* verbuchen konnte.<sup>1</sup>

Die sozialen und wirtschaftlichen Probleme, welche die Kriegszeit mit sich brachte, sind die Grundlage für das Verankern der Abfertigung in den Angestelltengesetzen.<sup>2</sup> Um Arbeitnehmer – anfangs sollten nur Kriegsheimkehrer erfasst werden – vor der Arbeitslosigkeit zu schützen, wurde im Jahre 1910, als Vorläuferbestimmung des Angestelltengesetzes (AngG), das Handlungsgehilfengesetz (HgG) beschlossen, wobei Zweck dieser Bestimmungen war, den arbeitslosen Heimkehrern mit Abfertigungszahlungen eine gewisse Überbrückungshilfe bis zur Aufnahme einer neuen Beschäftigung zu gewähren. Damit sollten die durch den Beschäftigungsverlust bedingten Nachteile kompensiert werden.<sup>3</sup>

Einen umfassenden Kündigungsschutz sollten die im November 1918 vom Staatsrat der Republik Deutsch-Österreich erlassenen Bestimmungen schaffen. Demnach war der Arbeitgeber – abhängig von der Dauer des Beschäftigungsverhältnisses – zur Arbeitsentgeltfortzahlung für zwei oder drei Monate verpflichtet.<sup>4</sup>

Die Vollzugsanweisung des Staatsamtes für Justiz über die Beschränkung der Kündigung bestimmter Dienstverhältnisse vom 25.9.1919 sah bei einer Arbeitgeberkündigung einen Anspruch auf Abfertigungszahlungen in der Höhe von ein bis sechs Monatsentgelten vor<sup>5</sup> und gilt damit als unmittelbare Vorläuferregelung des § 23 AngG.<sup>6</sup>

Am 11.5.1921 trat das Angestelltengesetz (AngG) in Kraft, welches in seinem § 23 dem Angestellten – bestimmt durch die bereits geleistete Dienstzeit – einen Anspruch auf Abfertigung in der Höhe von zwei bis zwölf Monatsentgelten gewährte.<sup>7</sup>

---

1 *Steindl*, Historische und gesellschaftspolitische Grundlagen der betrieblichen Altersversorgung, in *Runggaldier/Steindl* (Hrsg), Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987), 5 ff; *Steindl*, Die Entstehungsgeschichte der Abfertigungsbestimmungen, in *Runggaldier* (Hrsg), Abfertigungsrecht (1991), 98.

2 *Steindl* in *Runggaldier* (Hrsg), Abfertigungsrecht (1991), 146.

3 *Steindl* in *Runggaldier* (Hrsg), Abfertigungsrecht (1991), 146; *Drs*, Einführung in das Abfertigungsrecht alt und neu in *Drs* (Hrsg), Abfertigungsrecht (2012), 1 ff.

4 StGBI 1918/27; *Steindl*, Die Entstehungsgeschichte der Abfertigungsbestimmungen, in *Runggaldier* (Hrsg), Abfertigungsrecht (1991), 114.

5 StGBI 1919/462; *Steindl*, Die Entstehungsgeschichte der Abfertigungsbestimmungen, in *Runggaldier* (Hrsg), Abfertigungsrecht (1991), 128 f.

6 *Mayr* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2018) § 23 AngG Rz 1.

7 BGBl 1921/292.

## 1. Grundlagen

---

Eine Erweiterung erfuhr diese Bestimmung durch den 1971 beschlossenen § 23a AngG über die Abfertigung bei Pensionierung bzw bei Mutterschaft.<sup>8</sup>

Eine gleichwertige Regelung, welche für Arbeiter ebenfalls einen grundlegenden Abfertigungsanspruch vorsah, wurde erst im Jahre 1979 durch das Arbeiterabfertigungsgesetz (ArbAbfG) geschaffen,<sup>9</sup> wobei eine gänzliche Gleichstellung beider Arbeitnehmergruppen erst 1984 erfolgte.<sup>10</sup> Das ArbAbfG sieht jedoch keine eigenen Abfertigungsregeln vor, sondern verweist nur auf die geltenden Bestimmungen des AngG.<sup>11</sup>

Das 1987 beschlossene Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BUAG) begründet als Sonderregelung für Bauarbeiter einen Abfertigungsanspruch gegenüber einer eigenen Urlaubs- und Abfertigungskasse.<sup>12</sup>

Seit dem 1.1.2003 findet das Betriebliche Mitarbeitervorsorgegesetz (BMVG)<sup>13</sup> auf neue Arbeitsverhältnisse Anwendung und ersetzt daher das System der „Abfertigung alt“ gemäß der §§ 23, 23a AngG durch das System der „Abfertigung neu“.<sup>14</sup> Mit 1.1.2008 wurde die Bezeichnung des Gesetzes von BMVG zu BMSVG<sup>15</sup> geändert. Dies war notwendig, weil durch die Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf zusätzliche Personengruppen freie Dienstnehmer gemäß § 4 Abs 4 ASVG sowie sonstige Selbstständige erfasst wurden.<sup>16</sup>

Gemäß § 42 Abs 3 AngG sind die §§ 23, 23a AngG seit dem Inkrafttreten des BMVG nur mehr auf Arbeitsverhältnisse, die vor dem 1.1.2003 vertraglich begründet wurden, anzuwenden. Dabei gilt als wesentliches Anknüpfungskriterium der vertraglich festgelegte Beginn des Arbeitsverhältnisses und nicht der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.<sup>17</sup> Anwendung finden die §§ 23, 23a AngG weiters auf nach dem 1.1.2003 begründete Arbeitsverhältnisse in den Fällen des § 46 Abs 3 BMSVG (Wiedereinstellungszusagen oder Wiedereinstellungsvereinbarungen, Wechsel innerhalb eines Konzerns, Fortsetzung unterbrochener Arbeitsverhältnisse unter Anrechnung von Vordienstzeiten) sowie im Falle eines Übertritts in das System der „Abfertigung neu“ gemäß § 47 Abs 2 BMSVG.<sup>18</sup>

---

8 BGBl 1971/292.

9 BGBl 1979/107.

10 Mayr in Löschnigg/Melzer (Hrsg), AngG<sup>11</sup> (2021) § 23 Rz 1.

11 Drs, Einführung in das Abfertigungsrecht alt und neu in Drs (Hrsg), Abfertigungsrecht (2012), 2.

12 BGBl 1987/618.

13 BGBl I 2002/100.

14 Mayr in Löschnigg/Melzer (Hrsg), AngG<sup>11</sup> (2021) § 23 Rz 39.

15 BGBl I 2007/102.

16 Mayr in Löschnigg/Melzer (Hrsg), AngG<sup>11</sup> (2021) § 23 Rz 39.

17 Wachter in Reissner (Hrsg), AngG<sup>4</sup> (2022) § 23 Rz 2.

18 Schrank in Schrank/Mazal, Arbeitsrecht<sup>4</sup> (2008), 226; Mayr in Löschnigg/Melzer (Hrsg), AngG<sup>11</sup> (2021) § 23 Rz 1.

## 1.2. Das Wesen der Abfertigung

### 1.2.1. Die gesetzliche Abfertigung und ihre Funktionen

Lange Zeit war unklar, worin die Funktion der Abfertigung liegt bzw welches Ziel mit ihr angestrebt wird.<sup>19</sup> Auch heute noch lässt sich der Zweck nicht eindeutig festlegen, zumal der historische Gesetzgeber mit der Abfertigung zum einen unterschiedliche Ziele verfolgt und zum anderen die Bedeutung der einzelnen Bestimmungen durch zahlreiche Novellierungen dezimiert hat.<sup>20</sup> Aus diesem Grund sollen im Folgenden einige, einen groben Überblick verschaffende Interpretationen Erwähnung finden:

Nach der Auffassung des OGH „[...] liege der Abfertigung das Motiv zugrunde, dem Arbeitnehmer ein Äquivalent für die lange Bindung der Arbeitskraft zukommen zu lassen oder ihm als Versorgung und Überbrückung zu dienen“.<sup>21</sup> Daneben sieht der OGH die Abfertigung auch als Belohnung für die langjährige Betriebstreue zum selben Arbeitgeber<sup>22</sup> und führt in einer Entscheidung Folgendes aus: „Die Abfertigung als außerordentliches Entgelt aus [Anlass] der Auflösung des Arbeitsverhältnisses dient zwar einerseits der Versorgung des Arbeitnehmers, weist aber auch Elemente einer Treueprämie auf, die dafür gewährt wird, [dass] der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft dem Arbeitgeber für längere Zeit zur Verfügung gestellt hat“.<sup>23</sup>

Die Abfertigung stellt einen Teil des Entgelts für jene Arbeitsleistung dar, die der Arbeitnehmer in der Vergangenheit erbracht hat.<sup>24</sup> Demnach ist die Abfertigung nicht als Fürsorgeleistung des Arbeitgebers zu qualifizieren.<sup>25</sup>

Zu erwähnen ist an dieser Stelle auch, dass sich die verschiedenen Funktionen keineswegs ausschließen, wohl aber aufgrund ihres unterschiedlichen Charakters unterschiedliche Motive verfolgen und daher nicht immer miteinander verglichen werden können.<sup>26</sup>

Die kontinuierliche Veränderung des Arbeitsmarktes und die damit einhergehenden Gesetzesänderungen relativieren die genannten historischen Überlegungen

19 Überblick über die verschiedenen Funktionen der Abfertigung bei *Migsch*, Zur Reform des Abfertigungsrechts, DRdA 1978, (177) 179 ff; vgl auch *Mayr*, Das österreichische Abfertigungsrecht im Überblick sowie eine Übersicht über die Höhe von Abfertigungen in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der EU, *Mayr/Resch* (Hrsg), Abfertigung (1999), 18 ff; *Drs*, Einführung in das Abfertigungsrecht alt und neu in *Drs* (Hrsg), Abfertigungsrecht (2012), 3.

20 *Holzer/Vinzenz* in *Auer-Mayer/Burgstaller/Preyer* (Hrsg), AngG<sup>46. Erg-Lfg</sup> (2023) § 23 Rz 2.

21 OGH 18.11.1987, 9 ObA 97/87, RdW 1989, 139 = ZAS 1988/12, 121 (*Andexlinger/Spitzl*); so auch beispielsweise *Schrank*, Berechnung der Abfertigung, in *Runggaldier* (Hrsg), Abfertigungsrecht (1991), 152 ff.

22 *Mayr* in *Löschnigg/Melzer* (Hrsg), AngG<sup>11</sup> (2021) § 23 Rz 2.

23 OGH 6.12.1989, 9 ObA 324/89, Arb 10.831 = RdW 1990, 163 = WBl 1990, 213.

24 *Drs*, Einführung in das Abfertigungsrecht alt und neu in *Drs* (Hrsg), Abfertigungsrecht (2012), 3.

25 *Holzer/Vinzenz* in *Auer-Mayer/Burgstaller/Preyer* (Hrsg), AngG<sup>46. Erg-Lfg</sup> (2023) § 23 Rz 4.

26 *Migsch*, Abfertigung für Arbeiter und Angestellte (1982), Rz 158.

des Gesetzgebers.<sup>27</sup> Aus diesem Grund mögen einige der vorgenannten Abfertigungseffekte womöglich als überholt gelten, wobei ein gänzlichliches Absprechen der Bedeutung der historischen Motive jedenfalls nicht zielführend ist.<sup>28</sup>

Zu verkennen ist insgesamt nicht, dass der Anspruch auf Abfertigung eine wesentliche Rolle bei der Entscheidung über die potentielle Beendigung des laufenden Arbeitsverhältnisses spielt. Die aus dem Abfertigungsanspruch resultierende Verpflichtung zur Zahlung der Abfertigung stellt eine finanzielle Belastung für den Arbeitgeber dar und erschwert ihm dadurch die Kündigung.<sup>29</sup> Aus Sicht des Arbeitnehmers führt der Anspruch auf Abfertigung zu einem gewissen Mobilitätshindernis, weil ein beabsichtigter Arbeitsplatzwechsel zum Verlust des Abfertigungsanspruchs führen kann.<sup>30</sup> In der Rechtssache *Graf*<sup>31</sup> hat der EuGH jedoch entschieden, dass es sich bei der gesetzlichen Abfertigungsregelung um keine handelt, die geeignet ist, den Arbeitnehmer davon abzuhalten, von seinem Freizügigkeitsrecht iSd Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art 45 AEUV Gebrauch zu machen.<sup>32</sup> Vor diesem Hintergrund steht das österreichische Abfertigungsrecht nicht im Widerspruch zum Unionsrecht.

### 1.2.2. Die gesetzliche Abfertigung als Entgeltbestandteil

Unbeschadet divergierender Lehrmeinungen über die Funktionen der Abfertigung besteht nahezu Einigkeit darüber, dass diese als Arbeitsentgelt einzustufen ist.<sup>33</sup> Neben der wohl herrschenden Lehre ist auch der OGH der Auffassung, dass die gesetzliche Abfertigung „in ihrem Wesen Entgelt“ ist.<sup>34</sup> Der Wille des Gesetzgebers, die Abfertigung dem Begriff des Entgelts zuzuschreiben, ergibt sich schon aus § 23 Abs 1 zweiter Satz AngG, wonach sich der Abfertigungsanspruch nach dem Mehrfachen eines monatlichen Entgelts bemisst.<sup>35</sup> Im System der Abfertigung neu sind jedenfalls die Beitragszahlungen an die Betriebliche Vorsorgekasse

---

27 Vgl *Neubauer/Rath* in *Neubauer/Rath/Hofbauer/Choholka* (Hrsg), BMSVG (2008), Vorbemerkungen zum 1. Teil des BMSVG Rz 1; *Wachter* in *Reissner* (Hrsg), AngG<sup>4</sup> (2022) § 23 Rz 14.

28 Vgl *Wachter* in *Reissner* (Hrsg), AngG<sup>4</sup> (2022) § 23 Rz 13 ff; *Schrank* in *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht<sup>4</sup> (2008), 225.

29 *Wachter* in *Reissner* (Hrsg), AngG<sup>4</sup> (2022) § 23 Rz 15.

30 *Holzer/Vinzenz* in *Auer-Mayer/Burgstaller/Preyer* (Hrsg), AngG<sup>46. Erg-Lfg</sup> (2023) § 23 Rz 2.

31 EuGH 27.1.2000, Rs C-190/98, *Graf*, ECLI:EU:C:2000:49.

32 EuGH 27.1.2000, Rs C-190/98, *Graf*, ECLI:EU:C:2000:49, Rz 24 und 25; aA *Friedrich*, Ist der Abfertigungsverlust bei Selbstkündigung mit Art 48 EGV vereinbar?, ASoK 1998, 127 (131 f und 135); *Mayr*, Abfertigung bei Selbstkündigung gemeinschaftsrechtlich geboten?, RdW 1997, 606 (609) mwN.

33 *Migsch*, Abfertigung für Arbeiter und Angestellte (1982), Rz 158 ff; *Klein*, Abfertigung aus Arbeitnehmersicht, in *Runggaldier* (Hrsg), Abfertigungsrecht (1991), 494; *Mayr* in *Löschnigg/Melzer* (Hrsg), AngG<sup>11</sup> (2021) § 23 Rz 2; *Wachter* in *Reissner* (Hrsg), AngG<sup>4</sup> (2022) § 23 Rz 13; *Holzer/Vinzenz* in *Auer-Mayer/Burgstaller/Preyer* (Hrsg), AngG<sup>46. Erg-Lfg</sup> (2023) § 23 Rz 4.

34 OGH 17.1.1925, 1 Ob 9/25, SZ 7/14; OGH 26.4.2000, 3 Ob 308/98k, JBl 2001, 55 (*Schober*).

35 Vgl § 23 Abs 1 AngG; *Mayr* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2018) § 23 AngG Rz 2.

(BV-Kasse) als Entgeltanspruch zu qualifizieren. Die Auszahlung der Abfertigung erfolgt sodann durch die BV-Kasse und nicht durch den Arbeitgeber selbst.<sup>36</sup>

Darüber hinaus ergibt sich auch aus der Rechtsprechung des EuGH, dass die Abfertigung als Entgelt zu qualifizieren ist. Der Gerichtshof führt dazu aus, dass „die Abfindung unstreitig unter den Begriff des Entgelts im Sinne von Artikel [Art 157 AEUV] fällt“.<sup>37</sup>

---

36 *Drs*, Einführung in das Abfertigungsrecht alt und neu in *Drs* (Hrsg), Abfertigungsrecht (2012), 3.

37 EuGH 14.9.1999, Rs C-249/97, *Gruber*, ECLI:EU:C:1999:405, Rz 22; zum Entgeltbegriff im Detail vgl 2.1.3.2.