

VII. Die betriebliche Altersvorsorge

Inhaltsübersicht:

1. Einleitung	1
2. Die Rechtsnatur und Auslegung betrieblicher Pensionszusagen	2
2.1. Die Rechtsnatur betrieblicher Pensionszusagen	2
2.2. Die Auslegung betrieblicher Pensionszusagen	3
3. Die Rechtsgrundlagen betrieblicher Pensionszusagen	4
3.1. Einseitige Erklärungen als Rechtsgrundlage betrieblicher Pensionszusagen	4
3.2. Einzelarbeitsvertrag und Betriebsübung als Rechtsgrundlage betrieblicher Pensionszusagen	5
3.3. Die Betriebsvereinbarung als Rechtsgrundlage betrieblicher Pensionszusagen	6
3.4. Der Kollektivvertrag als Rechtsgrundlage betrieblicher Pensionszusagen	9
3.5. Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Rechtsgrundlage betrieblicher Pensionszusagen	11
3.6. Unverbindliche Pensionszusagen	12
4. Die Einschränkung der Privatautonomie durch das BPG	13
4.1. Der Verfall von Anwartschaften bei Beendigung des Dienstverhältnisses	14
4.1.1. Der Anwartschaftsverfall im Anwendungsbereich des BPG	14
4.1.2. Der Anwartschaftsverfall außerhalb des Anwendungsbereiches des BPG	17
4.2. Die Einschränkung, Aussetzung und Einstellung von Anwartschaften und Leistungen	19
4.2.1. Die Einschränkung, Aussetzung und Einstellung außerhalb des Anwendungsbereiches des BPG	19
4.2.2. Die Einschränkung, Aussetzung und Einstellung im Anwendungsbereich des BPG	27
4.2.2.1. Die Einschränkung, Aussetzung und Einstellung bei Pensionskassenzusagen	28
4.2.2.2. Die Einschränkung, Aussetzung und Einstellung bei Direktzusagen	31
4.3. Treuepflicht- und Verfallsklauseln	34
4.3.1. Treuepflicht- und Verfallsklauseln im Anwendungsbereich des BPG	35
4.3.2. Treuepflicht- und Verfallsklauseln außerhalb des Anwendungsbereiches des BPG	37
4.4. Bare Pensionsabfindung ohne Betragsgrenze?	40
5. Die Arten betrieblicher Pensionszusagen	43
5.1. Die direkte Leistungszusage	43
5.2. Die Lebensversicherungszusage	46
5.3. Die Pensionskassenzusage	48
5.3.1. Das Dreiecksverhältnis Arbeitgeber-Pensionskasse-Arbeitnehmer	49
5.3.2. Die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge zur Pensionskasse	56
5.3.3. Die steuerrechtliche Behandlung der Pensionskassenbeiträge	59
5.3.4. Beitragsorientierte und leistungsorientierte Pensionskassenzusagen	61
5.3.5. Die Übertragung bestehender Pensionszusagen auf Pensionskassen	62
6. Betriebspension und Gleichbehandlung	69
6.1. Das spezielle Gleichbehandlungsgebot des § 18 BPG	69
6.2. Europarechtliche Einwirkungen auf Betriebspensionen	75
7. Betriebspension und Betriebs(teil)übergang	81
7.1. Das Widerspruchsrecht bei Nichtübernahme einer betrieblichen Pensionszusage	82
7.2. Aufnahme von Betrieben/Betriebsteilen: Sonderkündigungsrecht bei Pensions(kassen)-Betriebsvereinbarungen	87

1. Einleitung

- 1 Betriebliche Pensionszusagen¹ führten in Österreich lange Zeit ein Schattendasein, wohingegen sie in anderen Ländern seit langem ein tragender Teil des „Drei-Säulen-Modells“ (gebildet aus staatlicher Pensionsvorsorge, betrieblichen Ruhegeldleistungen und privater Eigenvorsorge) sind.

In Österreich schuf der Gesetzgeber mit dem BPG² und PKG³ 1991 die Rahmenbedingungen und legislatischen Voraussetzungen für eine flächendeckende(re) Etablierung der betrieblichen Altersvorsorge. Größte Errungenschaft war die Einführung des Rechtsinstituts der „unverfallbaren Anwartschaft“.

In allerjüngster Zeit bekam die „zweite Säule“ freilich ein paar Sprünge, weil sich aufgrund der beiden für die Aktienmärkte sehr ungünstigen Jahre 2000 und 2001 zeigte, dass die von den Pensionskassen abgegebenen und auch bei beitragsorientierten Modellen oft nicht mit näheren Risikohinweisen versehenen⁴ Prognosen nicht gehalten werden konnten, was bei beitragsorientierten Zusagen derzeit (2002) zu großflächigen (wenn auch betraglich vorerst idR moderaten) Leistungskürzungen führt.

2. Die Rechtsnatur und Auslegung betrieblicher Pensionszusagen

2.1. Die Rechtsnatur betrieblicher Pensionszusagen

- 2 Es ist heute weitgehend anerkannt, dass betriebliche Pensionszusagen nicht Schenkungs-, sondern **Entgeltcharakter** haben⁵, sodass nicht die Auslegungsregeln für unentgeltliche Rechtsgeschäfte (wie zB der Grundsatz, dass sich der Verpflichtete im Zweifel die geringere Last auferlegen möchte), sondern die für entgeltliche Verträge zur Anwendung gelangen.⁶ Es gilt daher insb die Unklarheitenregel des § 915 ABGB, wonach undeutliche Erklärungen zum Nachteil dessen auszulegen sind, von dem die Erklärung stammt (was auch bei Betriebspensionszusagen wie bei Arbeitsverträgen im Allgemeinen typischerweise der Arbeitgeber ist).⁷

Im konkreten Einzelfall kann indes Anderes gelten. Sagt ein Arbeitgeber einem langjährig tätig gewesenen Arbeitnehmer anlässlich dessen Ausscheidens bzw Pensionierung erstmals ein betriebliches Ruhegeld zu (was in der Praxis selten vorkommt), wird bei der Auslegung einer undeutlichen Erklärung auf die Besonderheiten des Falles Bedacht zu nehmen sein. Dass auch eine

¹ Vgl dazu allgemein *Runggaldier/Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987); *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991); *Schrammel*, BPG-Kommentar (1992); *Hipsch*, Betriebspension (1996); *Bednar*, Die Betriebspension² (1997).

² BGBl 1990/282 idGF.

³ BGBl 1990/281 idGF.

⁴ Aus einem derartigen Verhalten lassen sich uU Ersatzansprüche gegen die Pensionskasse ableiten. Die bloße Tatsache von (selbst deutlichen) Kürzungen aufgrund schlechter Veranlagungsergebnisse macht indes weder Arbeitgeber noch Pensionskasse verantwortlich, weil sich bloß das einer beitragsorientierten Pensionskassenzusage immanente Risiko realisiert (vgl unten Rz 67) und gute Ergebnisse die Chance auf künftige Erhöhungen bieten.

⁵ Vgl OGH 4.11.1987, 9 Ob A 111/87, JBl 1988, 467 (*Pfersmann*) = ZAS 1989, 58 (*Kerschner*) = DRdA 1990, 122 (*Runggaldier*); OGH 29.6.1988, 9 Ob A 4/88, ZAS 1989, 200 (*Petrovic*); OGH 11.1.1989, 9 Ob A 513/88, DRdA 1989, 417 (*Rummel*) = RdW 1989, 103; *Petrovic*, Betriebspension und Treupflicht, in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch 318; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht⁹, 3.5.2.7.

⁶ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹², 97; *Karollus*, Praxisfragen der Vertragsauslegung, AnwBl 1996, 818.

⁷ Vgl OGH 27.11.1984, 4 Ob 136/84, DRdA 1987, 333 (*Steindl*); jüngst OGH 27.6.2001, 9 Ob A 7/01x, ARD 5279/36/2002.

3. Die Rechtsgrundlagen betrieblicher Pensionszusagen

derartige Zusage die Gegenleistung für (in diesem Fall: zur Gänze bereits erbrachte) Dienstleistungen des Arbeitnehmers bildet und keineswegs eine Schenkung ist, steht jedoch fest.

2.2. Die Auslegung betrieblicher Pensionszusagen

Die **Auslegung** betrieblicher Pensionszusagen kann auch nach der Rechtsgrundlage der Zusage unterschiedlich sein. Während bei auf **Einzelvereinbarung** beruhenden Zusagen die den aktuellen und im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung auch den hypothetischen Parteiwillen stark betonenden Auslegungsgrundsätze für Verträge (§§ 914 f ABGB) heranzuziehen sind, wendet der OGH in stRsp⁸ auf den normativen Teil von Kollektivverträgen und Betriebsvereinbarungen die für Gesetze maßgebenden Prinzipien der §§ 6, 7 ABGB an, die durch eine stärkere Berücksichtigung des objektiven Wortlautes geprägt sind und nach Meinung der Rspr zB bei Kollektivverträgen (aber auch Betriebsvereinbarungen) keinen Rückgriff auf die „Materialien“ (zB Entwürfe, Verhandlungsprotokolle) erlauben.⁹

Konsequenterweise müsste eine stärker objektiv-textbezogene Auslegung auch bei für den flächendeckenden Einsatz im Unternehmen gedachten „Einzelvertragschablonen“ maßgebend sein.¹⁰

3. Die Rechtsgrundlagen betrieblicher Pensionszusagen

Relevante Gesetzesbestimmungen: § 1 – 3 BPG, § 97 Abs 1 Z 18 ArbVG

3.1. Einseitige Erklärungen als Rechtsgrundlage betrieblicher Pensionszusagen

§ 2 BPG erwähnt neben Einzelvereinbarungen und Normen der kollektiven Rechtsgestaltung als Verpflichtungsgrund für betriebliche Pensionsleistungen auch „**einseitige Erklärungen**“ des Arbeitgebers. Angesprochen sein könnten damit am ehesten Zusagen, die sich als Auslobung (einseitige Rechtsgeschäfte) deuten lassen.¹¹ Allerdings spielt die Auslobung in der Rspr – wenngleich theoretisch anerkannt¹² – als Anspruchsgrund für betriebliche Sozialleistungen im Allgemeinen und Pensionen im Besonderen keine Rolle. Vielmehr werden (mit guten Gründen) einschlägige Fälle unter dem Blickwinkel von Anbot (und konkludenter) Annahme, also mit Hilfe einer Vertragskonstruktion, gelöst.¹³ Die Erwähnung der „**einseitigen Erklärungen**“ in

⁸ Vgl für den Kollektivvertrag OGH 3.2.1976, 4 Ob 84/75, DRdA 1976, 160 (krit *Wachter*), OGH 12.7.1989, 9 Ob A 153/89, DRdA 1990, 203 (*Mayer-Maly*), OGH 16.12.1992, 9 Ob A 247/92, ZAS 1993, 186 (*Strasser*), für die Betriebsvereinbarung OGH 7.7.1981, 4 Ob 34/81, Arb 9997; generell OGH 3.11.1999, 9 Ob A 170/99m, DRdA 2000, 385 (*Runggaldier*).

⁹ Vgl 21.10.1975, 4 Ob 59/75, JBl 1977, 162 (abl *Wilhelm*); OGH 30.9.1992, 9 Ob A 163/92.

¹⁰ Darauf weist zu Recht *Steindl* (DRdA 1987, 337) hin. Freilich ist die Anwendbarkeit der Regeln über die Gesetzesauslegung insb bei Betriebsvereinbarungen grundsätzlich zu hinterfragen (vgl die Gegenposition von *Tomandl/Schrammel*, *Arbeitsrecht* 1⁴, 199).

¹¹ Vgl zur Auslobungskonstruktion als Mittel der Deutung von Betriebsübungen *Spielbüchler*, Begründungswirkung einer regelmäßigen Übung, DRdA 1981, 46; *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, *Arbeitsrecht* I⁴, 252.

¹² Vgl OGH 14.12.1988, 9 Ob A 512/88, DRdA 1990, 111 (*Grillberger*) = ZAS 1989, 94 (*Tomandl*); OGH 15.3.1989, 9 Ob A 266/88, DRdA 1991, 130 (*Apathy*).

¹³ Vgl *Apathy*, DRdA 1991, 133; *Csillag/Eberhartinger/Massera*, Auslegungsfragen zu den Übergangsbestimmungen des BPG, *ecolex* 1992, 103 (106).

§ 2 BPG dürfte daher eher in einer gewissen Vorsicht des Gesetzgebers gegenüber künftigen Entwicklungen der Rechtsdogmatik¹⁴ oder in schlichter juristischer Begriffsverwirrung¹⁵ wurzeln.

3.2. Einzelarbeitsvertrag und Betriebsübung als Rechtsgrundlage betrieblicher Pensionszusagen

- 5 Arbeitsvertragliche Zusagen betrieblicher Pensionsleistungen, zu denen rechtsdogmatisch (vgl Rz 4) auch die Leistungsgewährung kraft Betriebsübung, weiters Leistungen aufgrund von vor dem 1. Juli 1974 (Inkrafttreten des ArbVG) abgeschlossenen „Betriebsvereinbarungen“¹⁶ und die Erbringung von Pensionsleistungen auf der Basis „einseitig erlassener“ Richtlinien, Statuten (Vertragsschablonen), etc zählen – können einen ganz unterschiedlichen Inhalt aufweisen. Der Arbeitgeber kann
- sich selbst zur Leistungserbringung verpflichten (direkte Leistungszusage; Rz 43),
 - zugunsten des Arbeitnehmers eine Lebensversicherung abschließen und dafür Prämien entrichten (Rz 46) oder
 - (was allerdings einer recht komplizierten vertraglichen Umsetzung bedarf) einer betrieblichen oder überbetrieblichen Pensionskasse beitreten und an diese zugunsten des Arbeitnehmers Beiträge einzahlen (Rz 48).
 - Pensionsleistungen auch auf der Grundlage betrieblicher Wohlfahrtseinrichtungen iSd § 95 ArbVG erbringen. Freilich wird in solchen Fällen eher die – atypische – Form einer Wohlfahrtseinrichtung vorliegen, die einen einzelvertraglichen Verpflichtungswillen des Arbeitgebers zum Ausdruck bringt¹⁷

Aus § 3 Abs 4 ArbVG wird (nicht überzeugend) gefolgert, dass es allein der Einzelvereinbarung vorbehalten ist, wirksam die Verpflichtung zur Leistung von Arbeitnehmerbeiträgen zu begründen.¹⁸

3.3. Die Betriebsvereinbarung als Rechtsgrundlage betrieblicher Pensionszusagen

- 6 § 97 Abs 1 Z 18 ArbVG ermöglicht den Abschluss von Betriebsvereinbarungen über betriebliche Pensionsleistungen. Das BRG 1947 kannte einen solchen Tatbe-

¹⁴ *Strasser*, Geltungsbereich und Rückwirkung des Betriebspensionsgesetzes, DRdA 1990, 313; *Csillag/Eberhartinger/Massera*, *ecolex* 1992, 106.

¹⁵ Dafür bieten die Mat zum ME des BPG Anhaltspunkte, wo als „Auslobung“ etwas bezeichnet wird, was in Wahrheit Vertragscharakter hat (vgl *Csillag/Eberhartinger/Massera*, *ecolex* 1992, 106).

¹⁶ Solche kannte das BRG 1947 nicht, weshalb derartige Regelungen nur als Einzelvertragschablonen deutbar sind (vgl *Eichinger*, in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch 101; OGH 29.5.1996, 9 Ob A 2023/96, RdW 1997, 221).

¹⁷ Vgl zu solchen (atypischen) Wohlfahrtseinrichtungen, OGH 24.2.1987, 14 Ob A 5/87, RdW 1987, 236; *Eypeltauer*, Anm zu OGH 22.11.1997, 9 Ob A 105/97z, DRdA 1998, 268 (269).

¹⁸ Vgl *Binder*, Rechtsprobleme des Dreiecksverhältnisses zwischen Unternehmer, Pensionsbegünstigtem und Pensionskasse, ZAS 1991, 107; *Schrammel*, BPG 53 – keine Arbeitnehmerbeiträge durch Betriebsvereinbarungen; OGH 28.8.1991, 9 Ob A 115/91, DRdA 1992, 300 (*Resch*) = RdW 1991, 336 (*Runggaldier*); OGH 16.12.1992, 9 Ob A 602/92, DRdA 1993, 369 (*Resch*) = ZAS 1995, 12 (*Schrammel*); zur Kritik an der Auffassung des OGH, ein Kollektivvertrag habe dafür keine Regelungsbefugnis, siehe Rz 9.

3. Die Rechtsgrundlagen betrieblicher Pensionszusagen

stand nicht, sodass die unter dessen Geltung abgeschlossenen „Vereinbarungen“ im Ergebnis als Einzelvertragsschablonen zu werten sind, deren Inhalt in die einzelnen Arbeitsverträge eingegangen ist.¹⁹

Der OGH vertritt in stRsp die Auffassung, **ausgeschiedene Arbeitnehmer** (Pensionisten) könnten vom Betriebsrat nicht vertreten und daher auch durch auf § 97 Abs 1 Z 18 ArbVG gestützte Betriebsvereinbarung nicht erfasst werden.²⁰ Begründet wird dies insb damit, dass dem Betriebsrat in Bezug auf ausgeschiedene Arbeitnehmer die demokratische Legitimation fehle und die Gefahr bestünde, dass die Betriebspartner sich in einseitiger Weise zu Lasten der (ihnen nicht mehr so am Herzen liegenden) Pensionisten auf eine Unternehmenssanierung einigen könnten.²¹

Diese Ansicht ist zu Recht auf Kritik gestoßen.²² In der Diskussion werden zwar auch weniger bedeutsame Argumente bemüht (so ist der Streit über ein beredtes oder nicht beredtes Schweigen des Gesetzgebers mE nicht zentral), doch ist der Kritik im Ergebnis zu folgen. Zum einen ist das Instrument Pensions-Betriebsvereinbarung geradezu amputiert, wenn man es für auf eine wesentliche Gruppe von Betroffenen, die Leistungsbezieher, einfach nicht anwendbar erklärt²³, und zum anderen offenbart die Befürchtung, Arbeitgeber und Betriebsrat könnten allein auf dem Rücken der Pensionisten ein Unternehmen sanieren,²⁴ sowohl eine Verkennung der Unternehmensrealität als auch der Tatsache, dass die Grundlage der langfristigen Finanzierbarkeit betrieblicher Pensionsleistungen ein „Generationenvertrag“ bildet, dessen Grundgedanke sich nicht damit verträgt, dass die Anwartschaften/Ansprüche einer Generation, die ihre aktive Dienstleistung erbracht hat, unabhängig von der Finanzierbarkeit durch die nächste Generation sakrasankt sind.²⁵

¹⁹ Vgl *Eichinger*, in Runggaldier/Steindl, Handbuch 101; OGH 29.5.1996, 9 Ob A 2023/96, RdW 1997, 221; zur „freien“ Betriebsvereinbarung siehe Kap IV Rz 135.

²⁰ OGH 14.12.1988, 9 Ob A 512/88, DRdA 1990, 111 (*Grillberger*) = ZAS 1989, 94 (*Tomandl*); OGH 8.2.1989, 9 Ob A 316/88, WBI 1989, 277; OGH 29.8.1990, 9 Ob A 144/90, ARD 4220/3/90; OGH 25.1.1995, 9 Ob A 10, 11/95, DRdA 1995, 499 (*Marhold*); OGH 29.8.1996, 8 Ob A 2200/96, ARD 4801/20/96; OGH 12.3.1998, 8 Ob A 2052/96i, ARD 4991/2/98; OGH 26.2.1998, 8 Ob A 150/97k, EvBl 1998/136 = SZ 71/45; OGH 17.3.1999, 9 Ob A 16/99i, DRdA 2000, 171; OGH 3.11.1999, 9 Ob A 170/99m, DRdA 2000, 385 (*Runggaldier*); OGH 21.12.2000, 8 Ob A 170/00h, RdW 2001, 484.

²¹ So schon früher *Grillberger*, Drittbegünstigte bei Pensionsvereinbarungen, DRdA 1977, 12 unter Hinweis auf die Entscheidung des großen Senats des BAG v 16.3.1956, AP Nr 1 zu § 57 BetrVG 1952; *Holzer*, Strukturfragen des Betriebsvereinbarungsrechts (1983) 52, 54; aM *Binder*, Das Zusammenspiel arbeits- und sozialrechtlicher Leistungsansprüche (1980) 376.

²² Vgl *Tomandl*, Komm zu OGH 14.12.1988, 9 Ob A 512/88, ZAS 1989, 95 (102); *Tomandl*, Betriebsvereinbarungen über Betriebspensionen, ZAS 1996, 46; *Marhold*, Zur Regelungsbefugnis der Betriebspartner, ZAS 1991, 95 (97); *Marhold*, Komm zu OGH 25.1.1995, 9 Ob A 10, 11/95, DRdA 1995, 499 (500); *Runggaldier*, Komm zu OGH 3.11.1999, 9 Ob A 170/99m, DRdA 2000, 385 (387); *Eypeltauer*, Betriebsrat und Pensionisten, DRdA 2000, 116; *Runggaldier*, Die neue Rechtsprechung zum Betriebspensionsrecht in *Tomandl*, Neuere Tendenzen im Arbeitsrecht auf dem Prüfstand (1999) 12ff.

²³ Zutr *Tomandl*, Komm zu OGH 14.12.1988, 9 Ob A 512/88, ZAS 1989, 94 (102).

²⁴ Diese Befürchtungen wurden jüngst erneut von *Grießer* (Zur Regelungsbefugnis der Betriebsparteien auf Pensionsansprüche ausgeschiedener Arbeitnehmer, RdW 2001, 473 (480)) vorgetragen und stark (über)betont.

²⁵ Exemplarisch *Grießer* (Zur Regelungsbefugnis der Betriebsparteien auf Pensionsansprüche ausgeschiedener Arbeitnehmer RdW 2001, 473 [480]), der ein mE nicht repräsentatives Bild der Praxis vermittelt und übersieht, dass viel typischer jene Fälle sind, in denen bei einer Sanierung die aktive Belegschaft große Opfer zu bringen hat, eine selbst moderate Kürzung betrieblicher Pensionsleistungen aber auf rechtliche oder vehemente faktische Widerstände stößt (vgl zB OGH 5.3. 1997, 9 Ob A 2223/96 v, eclex 1997, 795; OLG Wien 25.9.2001, 9 Ra 3/01d[nicht rk]).

Da nach mittlerweile gesicherter Rspr²⁶ Betriebsvereinbarungen an die Grundrechte und damit insb an den Gleichheitssatz gebunden sind²⁷, besteht ein ausreichendes Instrumentarium zur Verhütung einseitiger Wahrnehmung der Interessen der Aktiven und zu Lasten der Pensionisten durch die Betriebspartner.²⁸

- 8 Der von *Fenyves*²⁹ geprägte und vom OGH immer wieder rezipierte³⁰ Satz, bei einer Betriebspension habe der Dienstnehmer vorgeleistet und sei nun seinem Vertragspartner (Arbeitgeber) „auf Gedeih und Verderb ausgeliefert“, verstellt leider den Blick darauf, dass die – über Einzelfälle (zB für das Top-Management) hinausgehende – Gewährung betrieblicher Pensionsleistungen (insb wenn es sich um Direktzusagen handelt) nur bei Einbettung in ein Generationenvertrags-System funktionieren kann. Bei Abschluss von Pensionsverträgen muss jedermann klar sein, dass deren langfristige Erfüllbarkeit die ebenso langfristige Sicherung der Ertragskraft des finanzierenden Unternehmens voraussetzt.³¹ Es hilft daher wenig weiter, zu sagen, dass die Pensionisten ihren Teil der Leistung bereits erbracht hätten, wenn gleichzeitig klar ist, dass nur die von nachfolgenden Generationen von Managern und Arbeitnehmern erwirtschafteten Erträge die Sicherstellung der Pensionsleistung bewirken können.³² Entgegen dem OGH und *Grießer*³³ ist in keiner Weise einsichtig, dass der Gesetzgeber Belegschaftsvertretern im Aufsichtsrat großer und größter Unternehmen die laufende Beteiligung an Entscheidungen von enormer Tragweite für das Unternehmen und seine aktive, sowie im Ruhestand befindliche Belegschaft zutraut (man denke an große Investitionsvorhaben oder den Erwerb von Beteiligungen), der Betriebsrat jedoch nicht im Stande sein soll, für eine ausgewogene und die Interessen der Pensionisten ebenso wie die der aktiven Belegschaft berücksichtigende Verteilung von Sanierungslasten zu sorgen.³⁴

²⁶ Vgl OGH 11.8.1993, 9 Ob A 133/93, Arb 11.099 = DRdA 1994, 67 (*Apathy*); OGH 29.8.1996, 8 Ob A 2200/96d, ARD 48/20/96; OGH 6.7.1998, 8 Ob A 61/97t, Arb 11.752 = DRdA 1999/4 (*Runggaldier*); OGH 24.6.1999, 8 Ob A 20/99w, DRdA 2000, 235 (*Runggaldier*).

²⁷ Vgl auch den noch weiter gehenden Ansatz von *Laurer*, Gleichheitssatz und Gleichbehandlung im Betriebspensionsrecht. Ein Kriterium für die Drittwirkungslehre der Grundrechte, in FS Rill (1995) 487, 497, 499.

²⁸ Der Gesichtspunkt der ausgewogenen Verteilung der Sanierungslasten auf die aktive Belegschaft und Betriebspensionisten ist im Übrigen auch bei der Beantwortung der Frage zu überprüfen, ob von einem vereinbarten Widerrufsvorbehalt im Rahmen des „billigen Ermessens“ Gebrauch gemacht wurde (vgl Rz 22).

²⁹ Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis 134; ihm folgend *Petrovic*, Betriebspension und Treuepflicht, in Runggaldier/Steindl, Handbuch 311, 328.

³⁰ Vgl OGH 14.12.1988, 9 Ob A 512/88, ZAS 1989, 94 (*Tomandl*) = DRdA 1990, 111 (*Grillberger*); aus jüngerer Zeit OGH 11.3.1998, 9 Ob A 229/97k, DRdA 1999, 107, 110 (*Runggaldier*).

³¹ Wenn *Schrammel* (BPG 103) – wenn auch zu § 6 Abs 6 Z 2 BPG und damit in anderem Zusammenhang – schreibt, dass „der Betrieb und seine Arbeitsplätze erhalten bleiben“ und der „Erhalt der Arbeitsplätze Vorrang vor Zahlung der Pensionskassenbeiträge“ haben müssten, dann hat das nichts mit überholtem Festhalten an nicht lebensfähigen Strukturen zu tun, sondern ist Ausdruck der simplen Überlegung, dass nur das Überleben des Betriebes (und damit zumindest des Großteils seiner Arbeitsplätze) langfristig jene Quelle sichert, aus der auch die Pensionskassenbeiträge gespeist werden.

³² Damit ist keinesfalls gemeint, dass Betriebspensionsvereinbarungen unter der rechtsgeschäftlichen Bedingung oder Geschäftsgrundlage ihrer Erfüllbarkeit iS *Tomandls* (Geänderte Verhältnisse – dargestellt am Beispiel der Betriebspension, ZAS 1988, 1 (11)) stehen (vgl dazu Rz 12).

³³ RdW 2001, 481.

³⁴ Im Ansatz wie hier *Marhold*, Zur Regelungsbefugnis der Betriebspartner, ZAS 1991, 95 (105).

3.4. Der Kollektivvertrag als Rechtsgrundlage betrieblicher Pensionszusagen

Der Kollektivvertrag kann betriebliche Pensionsregelungen enthalten, weil es sich dabei typischerweise um **Inhaltsnormen** gem § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG handelt.³⁵ Der Ansicht des OGH³⁶, wonach die Verankerung von Arbeitnehmerbeiträgen „*mangels Entgeltfunktion*“ nicht „*typischer Inhalt*“ eines Arbeitsvertrages und deshalb unwirksam sei, kann keinesfalls beigelegt werden.

9

In Wahrheit handelt es sich bei der Begründung von Arbeitnehmer-Betragspflichten um eindeutige Inhaltsnormen (§ 2 Abs 2 Z 2 ArbVG), weil damit – entgegen dem OGH – sehr wohl Entgeltfragen, nämlich eine Form der Einkommensverwendung, geregelt wird.³⁷ Auch die Formulierung des § 3 Abs 4 BPG („*hat sich der Arbeitnehmer verpflichtet, eigene Beiträge zu leisten...*“) lässt sich nicht als Beschränkung auf den Einzelvertrag deuten.³⁸

Die **Errichtung** einer betrieblichen Pensionskasse oder der **Beitritt** zu einer betrieblichen oder überbetrieblichen **Pensionskasse** bedarf grundsätzlich des Abschlusses einer Betriebsvereinbarung (§ 3 Abs 1 BPG). Durch Kollektivvertrag kann eine Pensionskassenregelung gem § 3 Abs 1a BPG nur getroffen werden, wenn ein Kollektivvertrag zum Stichtag 1. Jänner 1997 eine betriebliche Alters- (Hinterbliebenen) Versorgung vorsieht oder eine solche für nicht dem Zweiten Teil des ArbVG unterliegende Betriebe oder Unternehmen getroffen werden soll.

10

Bei Wegfall der kollektivvertraglichen Pensionskassenzusage durch Wechsel der Kollektivvertragsangehörigkeit oder Erlöschen des Kollektivvertrages durch Kündigung werden die Regelungen des Kollektivvertrages über eine Pensionskassenzusage Inhalt des Arbeitsvertrages des Anwartschaftsberechtigten (§ 3 Abs 1 b BPG). Da die Verpflichtung des konkreten Arbeitgebers, Beiträge an eine Pensionskasse zu leisten, den Abschluss eines Pensionskassenvertrages zwischen Arbeitgeber und Pensionskasse voraussetzt, kann kein Arbeitgeber gegen seinen Willen in eine Pensionskassenregelung gezwungen und zur Beitragsleistung verpflichtet werden.³⁹

3.5. Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Rechtsgrundlage betrieblicher Pensionszusagen

In einer vor rund 15 Jahren ergangenen Entscheidung⁴⁰ vertrat der OGH die Ansicht, ein Arbeitnehmer könne und müsse auf einen Verpflichtungswillen des Arbeitgebers in Bezug auf die Gewährung einer betrieblichen Alterspension schließen,

11

³⁵ Vgl. *Tomandl*, Ungereimtheiten und Unzulänglichkeiten im neuen Betriebspensionsrecht, ZAS 1991, 88; zu den Inhaltsnormen allgemein Kap II Rz 22.

³⁶ OGH 28.8.1991, 9 Ob A 115/91, DRdA 1992, 300 (*Resch*) = RdW 1991, 336 (*Runggaldier*); OGH 16.12.1992, 9 Ob A 602/92, DRdA 1993, 369 (373) (*Resch*) = ZAS 1995, 12 (*Schrammel*).

³⁷ IdS *Strasser*, Betriebspension und Beitragspflicht des Arbeitnehmers, FS Schwarz 425 (430); wie hier auch *Runggaldier*, Arbeitnehmerbeiträge zur Altersversorgung und Kollektivvertrag, RdW 1991, 361; *Stupar*, Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen (2001) 54.

³⁸ So aber offenbar *Schrammel*, BPG 53, wobei nicht ganz deutlich wird, ob *Schrammel* § 3 Abs 4 BPG nur als Argument gegen Betriebsvereinbarungen als Mittel der Statuierung von Arbeitnehmerbeiträgen ansieht und die Rspr des OGH zum Ausschluss solcher Klauseln in Kollektivverträgen bloß referiert.

³⁹ *Tomandl*, Ungereimtheiten und Unzulänglichkeit im neuen Betriebspensionsrecht, ZAS 1991, 80 (89).

⁴⁰ OGH 30.9.1987, 9 Ob A 9/87, JBl 1988, 333 (*G. Schima*).

wenn zwar grundsätzlich festgehalten sei, dass auf die Gewährung der Pension kein Rechtsanspruch bestehe, der Arbeitgeber jedoch de facto jahrelang (fast) allen Arbeitnehmern unter – im Betrieb offenbar allgemein bekannten – Voraussetzungen eine Betriebspension gewährte.

Richtigerweise hätte dieses Ergebnis – wenn überhaupt – nur aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz abgeleitet, keinesfalls aber auf § 863 ABGB gestützt werden dürfen.⁴¹

Heute würde der OGH diesen Fall⁴² wohl anders entscheiden, weil das Erk vom 30. 9. 1987 in klarem Widerspruch zu jener Entscheidung des OGH vom 11. August 1993⁴³ steht, in der das Höchstgericht die Rechtsfigur der unverbindlichen Pensionszusage unter Berufung auf § 1 Abs 3 Z 3 BPG ausdrücklich anerkannte und – ganz im Gegensatz zum Erk vom 30.9.1987 – den Vorbehalt des fehlenden Rechtsanspruches im „Pensionsstatut“⁴⁴ auch gegenüber der – ohne weiteren Vorbehalt erfolgenden – jahrelangen Zahlung „durchschlagen“ ließ (dazu im Folgenden Rz 12).

3.6. Unverbindliche Pensionszusagen

- 12 Der OGH ist zu Recht nicht der Auffassung von *Tomandl*⁴⁵ gefolgt, wonach betriebliche Pensionszusagen stets unter dem rechtsgeschäftlich bedeutsamen Vorbehalt, dh der Geschäftsgrundlage ihrer Erfüllbarkeit stünden und hat ausgesprochen, dass ohne Verankerung eines Widerrufsvorbehaltes auch gewaltige wirtschaftliche Schwierigkeiten dem Arbeitgeber keine Einschränkung oder Einstellung vereinbarter Leistungen gestatteten.⁴⁶

Das Höchstgericht anerkennt aber seit einer im wahrsten Sinne des Wortes „bahnbrechenden“ Entscheidung vom 11. August 1993⁴⁷ die Rechtsfigur der unverbindlichen Pensionszusage, womit ein Meinungsstreit im Schrifttum – jedenfalls vorerst – entschieden wurde.⁴⁸

⁴¹ G. Schima, JBl 1988, 337; zust auch *Krejci*, in Rummel, ABGB³ § 1152 Rz 19.

⁴² Es ging damals um „Pensionsrichtlinien“ der Vereinigte Edelstahlwerke Aktiengesellschaft, in denen ausdrücklich auf das Fehlen eines Rechtsanspruches auf Zuerkennung von Leistungen hingewiesen wurde.

⁴³ OGH 11.8.1993, 9 Ob A 141/93, DRdA 1994, 145 (zust *Apathy*).

⁴⁴ Dies kann eine Vertragsschablone oder eine echte Betriebsvereinbarung iSd § 97 Abs 1 Z 18 ArbVG, natürlich aber auch eine konkrete Einzelvereinbarung sein.

⁴⁵ *Tomandl*, Geänderte Verhältnisse – Dargestellt am Beispiel der Betriebspension, ZAS 1988, 1 (11).

⁴⁶ OGH 11.1.1989, 9 Ob A 513/88, DRdA 1989, 417 (*Rummel*) = RdW 1989, 103 – „Manager-Pensionserkenntnis“; dazu *Rebhahn*, Pacta sunt servanda! WBl 1989, 79; zust *Rummel*, Betriebspension in der Krise – Widerruf wegen Dürftigkeit?, DRdA 1989, 366; *Runggaldier*, Der Widerruf betrieblicher Sozialleistungen, FS Schwarz 160; OGH 10.4.1996, 9 Ob A 2001/96, DRdA 1996, 422.

⁴⁷ OGH 11.8.1993, 9 Ob A 141/93, RdW 1994, 114 = DRdA 1994, 145, (zust *Apathy*).

⁴⁸ Während *Apathy* (Arbeitgebervorbehalte bei der Pensionszusage, DRdA 1992, 203; ähnlich auch *Schrammel*, BPG 17) die volle Wirksamkeit von Unverbindlichkeitsvorbehalten schon davor vertreten hatte, sind *Runggaldier* (Möglichkeiten und Grenzen der Verschlechterung betrieblicher Ruhegeldordnungen, in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch 157, 161) zufolge auch schrankenlos formulierte Unverbindlichkeitsvorbehalte im Sinne eines – einer Ermessenskontrolle unterliegenden – Widerrufsrechtes zu verstehen.

4. Die Einschränkung der Privatautonomie durch das BPG

Der OGH berief sich dabei insb auf § 1 Abs 3 Z 3 BPG, wonach Leistungszusagen, die

- „vom Arbeitgeber unmittelbar zu erfüllen,
- jederzeit ohne Angabe von Gründen widerruflich sind und
- keinen Rechtsanspruch auf Leistungen vorsehen“,

nicht in den Anwendungsbereich des BPG fallen. Es ist wohl richtig, dass die Wortfolgen „kein Rechtsanspruch“ und „jederzeit ohne Angabe von Gründen widerruflich“ in Wahrheit alternativ und nicht kumulativ zu verstehen sind⁴⁹, doch besteht in den praktischen Auswirkungen ein bedeutsamer Unterschied.⁵⁰ Zusagen, bei denen „nur“ auf die jederzeitige Widerruflichkeit hingewiesen wird, können zwar widerrufen werden, der Widerruf unterliegt aber gerichtlicher Kontrolle auf Übereinstimmung mit dem „billigem Ermessen“.⁵¹ Demgegenüber ist der Widerruf der Zusage bei Betonung der Unverbindlichkeit an solche Kriterien laut OGH⁵² nicht gebunden und bedarf nicht einmal einer Willenserklärung, sondern bloß faktischer Einstellung.

Wie ein jüngerer Fall zeigt, kann die kumulative Verwendung der Formulierungen „kein Rechtsanspruch“ und „jederzeit widerruflich“ aus Arbeitgeberseite sogar unerfreulich enden, wenn und weil der Hinweis auf die jederzeitige Widerruflichkeit als Einschränkung (und damit im Ergebnis Rücknahme) des Verweises auf den fehlenden Rechtsanspruch deutbar ist.⁵³

Wie man unschwer erkennen kann, läuft dies alles auf eine aus Sicht der Praxis schwer verständliche Wortklauberei⁵⁴ hinaus, die umso weniger einleuchtet, als es beim (möglicherweise begründungslosen) Widerruf jahrelang in Aussicht gestellter bzw erbrachter Pensionsleistungen um Entscheidungen von enormer Tragweite und Auswirkung geht. Unter Vertrauensschutzwägungen ist die Konstruktion der unverbindlichen Pensionszusage problematisch⁵⁵, so bestehend sie rein zivilrechtsdogmatisch sein mag.

4. Die Einschränkung der Privatautonomie durch das BPG

Relevante Gesetzesbestimmungen: §§ 3 ff BPG

BPG und PKG haben in Österreich 1990 den gesetzlichen Rahmen für ein System betrieblicher Altersversorgung geschaffen. Ungeachtet der an dem legislatischen Konzept gleich nach seiner Verwirklichung geäußerten, tw massiven Kritik⁵⁶ hat die Pra-

13

⁴⁹ *Strasser*, Zum Geltungsbereich und zur Rückwirkung des Betriebspensionsgesetzes, DRdA 1990, 313 (314).

⁵⁰ In diese Richtung auch *Schrammel*, BPG 17 schon vor OGH 11.8.1993, 9 Ob A 141/93.

⁵¹ Vgl *Strasser*, DRdA 1990, 313 (315); vgl zu diesen Kriterien OGH 14.12.1988, 9 Ob A 512/88, DRdA 1990, 111 (*Grillberger*) = ZAS 1989, 94 (*Tomandl*).

⁵² OGH 11.8.1993, 9 Ob A 141/93, DRdA 1994, 145 (*Apathy*) = RdW 1994, 114; dem Höchstgericht dürfte allenfalls das Willkürverbot als Schranke vorschweben; *Strasser*, Zum Geltungsbereich und zur Rückwirkung des Betriebspensionsgesetzes, DRdA 1990, 313 (315).

⁵³ So bei OGH 30.4.1997, 9 Ob A 15/97i, Arb 11.601 = DRdA 1998, 271 (*Wöss*).

⁵⁴ Vgl auch *Strasser*, DRdA 1990, 313 (314); *Schrammel*, BPG 17.

⁵⁵ Vgl die Kritik von *Wöss*, DRdA 1998, 271 (276) und *Runggaldier*, Die neue Rechtsprechung zum Betriebspensionsrecht, in *Tomandl* (Hrsg), Neuere Tendenzen im Arbeitsrecht auf dem Prüfstand (1999) 1ff, 10ff.

⁵⁶ Vgl *Tomandl*, Ungereimtheiten und Unzulänglichkeiten im neuen Betriebspensionsrecht, ZAS 1991, 80 (89).

xis damit einigermaßen zu leben gelernt, wenngleich zahlreiche Schwachstellen und die Praxis unnötig behindernde Regelungen auch durch nachfolgende Novellen bislang nicht beseitigt wurden.⁵⁷ Insb das BPG hat der – im Bereich des Betriebspensionsrechts bis dahin relativ weiten – Privatautonomie deutliche Grenzen gezogen.

4.1. Der Verfall von Anwartschaften bei Beendigung des Dienstverhältnisses

4.1.1. Der Anwartschaftsverfall im Anwendungsbereich des BPG

14 Die zentrale Errungenschaft des BPG ist die Einführung des Rechtsinstituts der „**unverfallbaren Anwartschaft**“.

- Bei der **Lebensversicherung** (§§ 12 ff BPG) sind sofort sämtliche Anwartschaften unverfallbar⁵⁸ und bleibt dem Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses (aus welchem Grunde auch immer) vor Eintritt des Leistungsfalles der Anspruch auf die Versicherungsleistung erhalten (§ 13 Abs 1, erster Satz BPG).
- Bei direkten Leistungszusagen und Pensionskassenzusagen gibt es dagegen keine uneingeschränkte Unverfallbarkeit.
- Bei **Pensionskassenzusagen** werden die aus eigenen **Beiträgen des Arbeitnehmers** an eine Pensionskasse erworbenen Anwartschaften sofort und in jedem Falle unverfallbar. Betreffend die Anwartschaften aus **Arbeitgeberbeiträgen** kann in der gem § 3 BPG zu schließenden Betriebsvereinbarung (in Ausnahmefällen Kollektivvertrag) vorgesehen werden, dass die Anwartschaften erst nach Ablauf eines Zeitraumes von höchstens fünf Jahren nach Beginn der Beitragszahlung des Arbeitgebers an die Pensionskasse unverfallbar sind (§ 5 Abs 1 BPG).

Derartige Vereinbarungen haben jedoch keine Wirkung, wenn im Zeitpunkt der Übertragung einer Anwartschaft in die Pensionskasse bereits ein Rechtsanspruch auf die Anwartschaft bestand oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses infolge Insolvenz des Arbeitgebers oder einer Betriebsstilllegung erfolgt ist, oder wenn bei Betriebs(teil)übergang der neue Arbeitgeber eine Fortzahlung der Beiträge verweigert (§ 5 Abs 1, letzter Satz BPG).

- Bei **direkten Leistungszusagen** ist neben einer möglichen Wartezeit (Rz 15) auch die **Art der Beendigung des Arbeitsverhältnisses** von Bedeutung. Alle Anwartschaften verfallen nämlich, wenn das Arbeitsverhältnis durch Arbeitnehmerkündigung, durch verschuldete Entlassung oder unbegründeten vorzeitigen Austritt endet (§ 7 Abs 1 Z 1 BPG). In dieser Regelung ist das alte (und in Kürze in Bezug auf neu geschlossene Arbeitsverhältnisse der Vergangenheit angehörende) Konzept des § 23 Abs 7 AngG bei der Abfertigung erkennbar.⁵⁹

⁵⁷ Nicht verkannt werden darf freilich, dass die Attraktivität betrieblicher Pensionsmodelle sehr stark vom Steuerrecht, dh der steuerlichen Attraktivität solcher Modelle, beeinflusst wird. Diesbezüglich ist in Österreich manches verbesserungsbedürftig.

⁵⁸ Vgl zur Rückwirkung dieser Regelung OGH 29.8.1990, 9 Ob A 603/90, DRdA 1991, 294 (*Firlei*) = ZAS 1991, 207 (*Böhler*); OGH 26.2.1992, 9 Ob A 220/91, DRdA 1993, 114 (*Schrammel*).

⁵⁹ Vgl OGH 11.8.1993, 9 Ob A 136/93, DRdA 1994, 314 (*Schrammel*); vgl auch *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht⁹, 6.5.2.7.3 und *Holzer*, Das Betriebspensionsgesetz, ein Wendepunkt in der betrieblichen Altersvorsorge in Österreich?, FS Schwarz 369, die die sachliche Rechtfertigung dieser Differenzierung bestreiten, dabei aber mE den Gesichtspunkt zu sehr vernachlässigen, dass die Vorstellung der Betriebspension als eines gleichsam Monat für Monat verdienten Entgelts deren Wesen (noch) viel weniger gerecht wird als bei der Abfertigung (des alten Systems) und das derartigen Leistungen zugrunde liegende Generationenvertrags-Konzept negiert.

Soweit nicht eine für den Arbeitnehmer günstigere Vereinbarung getroffen wurde, werden bei einer direkten Leistungszusage die erworbenen Anwartschaften für die Alters- und Hinterbliebenenversorgung unverfallbar, wenn seit Erteilung der Leistungszusage fünf Jahre vergangen sind (**Wartezeit**; § 7 Abs 1 Z 2 BPG), wobei bei Zusagen zur Alters-, Hinterbliebenen- und Invaliditätsversorgung aber eine zehnjährige Wartefrist vereinbart werden darf (§ 7 Abs 2 BPG). Dies gilt nicht, wenn die Invalidität auf Arbeitsunfall oder Berufskrankheit beruht; diesfalls bleibt es beim Maximal-Zeitraum von fünf Jahren.

15

Der **Unverfallbarkeitsbetrag** errechnet sich nach versicherungsmathematischen Grundsätzen und idR nach dem Teilwertverfahren (vgl näher § 5 Abs 1a BPG für Pensionskassenzusagen und § 7 Abs 2a BPG für direkte Leistungszusagen).

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann der Arbeitnehmer darüber in unterschiedlicher Weise **disponieren**:

16

- Bei **Pensionskassenzusagen** kann er die Umwandlung des Unverfallbarkeitsbetrages in eine beitragsfrei gestellte Anwartschaft, die Übertragung des Unverfallbarkeitsbetrages in die Pensionskasse oder in eine Gruppenrentenversicherung eines neuen Arbeitgebers oder eine Rentenversicherung ohne Rückkaufsrecht, die Übertragung des Unverfallbarkeitsbetrages in die Pensionskasse oder in eine Gruppenrentenversicherung eines neuen Arbeitgebers oder eine Rentenversicherung ohne Rückkaufsrecht, die Übertragung des Unverfallbarkeitsbetrages in eine direkte Leistungszusage eines neuen Arbeitgebers, oder in eine ausländische Altersversorgungseinrichtung bei Verlegung seines Arbeitsortes ins Ausland oder die Fortsetzung mit eigenen Beiträgen verlangen, wenn aufgrund einer Leistungszusage mindestens fünf Jahre Beiträge geleistet wurden, oder wenn ein Arbeitgeberwechsel innerhalb eines Konzerns stattfindet (§ 5 Abs 2 BPG).
- Bei **direkten Leistungszusagen** kann der Arbeitnehmer die Übertragung des Unverfallbarkeitsbetrages in die Pensionskasse oder in die Gruppenrentenversicherung eines neuen Arbeitgebers oder in eine Rentenversicherung ohne Rückkaufsrecht, in die direkte Leistungszusage eines neuen Arbeitgebers (unter der Voraussetzung eines Arbeitgeberwechsels unter Wahrung der Pensionsansprüche aus dem bisherigen Arbeitsverhältnis), in eine ausländische Altersversorgungseinrichtung bei dauernder Verlegung des Arbeitsortes ins Ausland oder die Erfüllung der Leistungszusage im Leistungsfall verlangen, wobei der Unverfallbarkeitsbetrag in eine beitragsfrei gestellte Anwartschaft mit einem Rechnungszinsfuß von 6% umzuwandeln ist (§ 7 Abs 3 BPG).
- Bei der Zusage durch Abschluss einer **Lebensversicherung** kann der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Umwandlung in eine prämienfreie Versicherung verlangen, (was nach dem VVG nur dem Arbeitgeber als Versicherungsnehmer zustünde), womit der Arbeitnehmer bei Eintritt des Leistungsfalles gegenüber der Versicherung einen Anspruch hat, der sich aus den aufgrund des Versicherungsvertrages bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu leistenden Prämien unter Berücksichtigung der bis zum Eintritt des Leistungsfalles auflaufenden Zinsen, Gutschriften und Gewinnanteilen ergibt⁶⁰. Alternativ dazu kann der Arbeitnehmer die Übertragung des Rückkaufswertes im Zeitpunkt der

⁶⁰ Vgl *Schrammel*, BPG 155 zum etwas unklaren Wortlaut, der zu Recht darauf hinweist, dass der Arbeitnehmer auch im Fall eines von ihm gestellten Umwandlungsantrages nur das verlangen kann, was nach den Bestimmungen des VVG vom Versicherer zu leisten ist (*Schrammel*, BPG 157).

Beendigung des Arbeitsverhältnisses in die Pensionskasse eines neuen Arbeitgebers oder in eine Gruppenrentenversicherung oder die Übertragung in eine ausländische Altersversorgungseinrichtung bei dauernder Verlegung des Arbeitsortes ins Ausland oder die Fortsetzung der Versicherung mit eigenen Prämien verlangen (§ 13 Abs 1 Z 1 bis 4 BPG). Gibt der Arbeitnehmer binnen sechs Monaten keine Erklärung über die Verwendung seines Anspruches ab, so ist die Versicherung in eine prämienfreie Versicherung umzuwandeln.

4.1.2. Der Anwartschaftsverfall außerhalb des Anwendungsbereiches des BPG

- 17 Der OGH hat in jüngerer Zeit ausgesprochen, dass auch außerhalb des Anwendungsbereiches des BPG eine vertragliche Regelung sittenwidrig sei, die es dem Arbeitgeber ermögliche, bereits erworbene Pensionsanwartschaften durch Dienstgeberkündigung „nach Willkür zunichte zu machen“. So sei eine Vertragsklausel, wonach die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vor Erreichen des 55. Lebensjahres jedenfalls zum Verlust einer bereits erworbenen Anwartschaft führe, (teil-)nichtig.⁶¹

Diese Auffassung ist verfehlt.⁶² Sie fügt sich freilich in jene – überaus kritikwürdige – Rspr, die nicht wahrhaben will, dass die Vereinbarung des Entfalls entgeltwerter Leistungen bei Arbeitgeberkündigung vor einem bestimmten Stichtag/Ablauf einer bestimmten Wartezeit/Eintritt eines bestimmten Ereignisses nichts mit „willkürlicher Vernichtung von Arbeitnehmeransprüchen“ zu tun hat, sondern es – vorbehaltlich zwingender Gesetzesbestimmungen – der Privatautonomie der Parteien überlassen bleibt, zu regeln, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch des Arbeitnehmers entsteht.⁶³

- 18 Krassen Fällen kann mit dem zivilrechtlichen Instrumentarium Rechnung getragen werden.⁶⁴ Wie der OGH zu einer verwandten Problematik zutreffend aussprach, bildet es kein verpöntes Motiv iSd § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG (und ist auch nicht sittenwidrig), wenn der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer noch vor Erreichen des „Definitivums“ (Erfüllung der Voraussetzungen für einen kollektivvertraglich verankerten Kündigungsschutz) kündigt.⁶⁵

Geradezu verblüffend ist der Umstand, dass der OGH sich für seine Auffassung auf das BPG beruft und meint, aus der Übergangsvorschrift des Art V Abs 4 Z 2 BPG ergäbe sich, „dass der

⁶¹ OGH 12.1.2000, 9 Ob A 256/99h, ARD 5123/15/2000= ecolex 2000, 810; OGH 24.2.2000, 8 Ob A 281/99b, DRdA 2001, 254 (Wöss); davor schon OGH 30.4.1997, 9 Ob A 15/97i, SZ 70/88 = ARD 4908/10/98 = DRdA 1998, 271 (Wöss).

⁶² Vgl freilich den Ansatz von *Steindl* (Die so genannte „Verfallsklausel“ und die Verfallsproblematik im Recht der betrieblichen Altersversorgung, in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung [1987] 381ff, 389 ff), der schon viel früher in eine ähnliche Richtung dachte.

⁶³ Ein besonderes prägnantes Bsp aus dieser unrichtigen Rspr ist die Entscheidung des OGH 19.6.1991, 9 Ob A 94/91, ZAS 1992, 125 (abl G. Schima) = DRdA 1992, 134 (*Kerschner*) = JBl 1992, 737 (*Jabornegg*). Der OGH sah es bei einem angestellten Provisionsvertreter, der den Abschluss von Mietverträgen vermittelte, als sittenwidrig an, dass bei einer Vertragsbeendigung auch durch Arbeitgeberkündigung ein Anspruch auf Folgeprovisionen mit dem Ende des Dienstverhältnisses begrenzt sein sollte.

⁶⁴ Vgl *Rebhahn*, Betriebliche Altersversorgung und Betriebsübergang, in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch 331, 354 zur Rechtsfigur der treuwidrigen Bedingungsverweigerung in Bezug auf Pensionszusagen und –anwartschaften, der dieses Instrument allerdings zu „inflationär“ einsetzt.

⁶⁵ OGH 8.7.1992, 9 Ob A 117/92 (9 Ob A 118/92), SZ 65/101. Für aufgrund der Arbeitgeberkündigung nicht erreichte Dienstjubiläen und udgl hat dasselbe zu gelten.

4. Die Einschränkung der Privatautonomie durch das BPG

Gesetzgeber von den Bestimmungen des BPG abweichende Regelungen in direkten Leistungszusagen über den Verlust bereits erworbener Anwartschaften bei einvernehmlicher Auflösung des Arbeitsverhältnisses oder bei Arbeitgeberkündigung aufgrund eines in einem Disziplinarverfahren festgestellten schuldhaften Verhaltens, anerkennen wollte, im Übrigen (gemeint offenbar: bei Arbeitgeberkündigungen ohne schuldhaftes und in einem Disziplinarverfahren festgestelltes Verhalten) somit als verpönt erachtete“.⁶⁶ Damit werden die Dinge auf den Kopf gestellt. Die in Art V Abs 4 BPG für direkte Leistungszusagen vor dem 1. Jänner 1990 vorgesehene Übergangsbestimmung hat zum Inhalt, dass die im Gesetz anerkannten „alten“ Regelungen auch für nach Inkrafttreten des BPG erworbene Anwartschaften wirksam bleiben.⁶⁷ Wenn Art V Abs 4 Z 2 BPG den Verfall von Anwartschaften bei einvernehmlicher Auflösung oder Arbeitgeberkündigung aufgrund eines schuldhaften und in einem Disziplinarverfahren festgestellten Arbeitnehmerverhaltens bei Altzusagen gestattet, so ist dies eine eindeutige Ausnahme vom Grundsatz des § 7 Abs 1 Z 1 BPG, wonach bei direkten Leistungszusagen im Anwendungsbereich des BPG ein schrankenloser Verfall von Anwartschaften nur bei Arbeitnehmerkündigung, verschuldeter Entlassung und unbegründetem vorzeitigem Austritt wirksam vereinbart werden kann. Damit ist aber nur gemeint, dass in vor dem 1. Jänner 1990 erteilten Direktzusagen der Pensionsanwartschaftsverfall bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Arbeitgeberkündigung aufgrund eines in einem Disziplinarverfahren festgestellten schuldhaften Verhaltens des Arbeitnehmers auch vereinbart werden kann, wenn der Arbeitnehmer **sonst sämtliche Voraussetzungen** für den Pensionsanspruch (insb Wartezeit und Anfallsalter) **erfüllt hätte**. Die Dienstgeberkündigung nach Feststellung eines schuldhaften Verhaltens in einem Disziplinarverfahren wird insoweit der verschuldeten Entlassung angenähert.

Keinesfalls kann aus Art V Abs 4 Z 2 BPG abgeleitet werden, damit sei auch bei Altzusagen die Möglichkeit des Anwartschaftenverfalls bei Arbeitgeberkündigung vor Erfüllung der vertraglich für das Entstehen des Pensionsanspruches normierten Voraussetzungen beseitigt worden. Das Gegenteil ist der Fall. Der Gesetzgeber des BPG wollte durch die Einführung des Instituts der unverfallbaren Anwartschaft und damit insb durch § 7 BPG „sozialen Fortschritt dadurch erzielen, dass er für den Fall der Arbeitgeberkündigung eine absolute Unverfallbarkeit nach Ablauf einer zehnjährigen Höchstfrist vorsah und der Arbeitgeber Anwartschaften nicht mehr durch Ausspruch einer Kündigung zeitlich unbegrenzt vernichten können sollte.“⁶⁸ Dies ergibt sich auch eindeutig aus den Gesetzesmaterialien.⁶⁹

Der OGH negiert somit den klaren Willen des Gesetzgebers des BPG und setzt sich selbst in unlöslichen Widerspruch mit seiner eigenen Rspr zur Anerkennung unverbindlicher Leistungszusagen durch das Höchstgericht.⁷⁰ Mit keinem Argument der Welt kann vernünftig begründet werden, warum es möglich und zulässig ist, aufgrund der Verwendung bloß des kurzen Satzes „auf die Pension besteht keinerlei Rechtsanspruch“ gegenüber einem Jahrzehnte lang im Betrieb tätigen oder vielleicht schon viele Jahre im Ruhestand befindlichen Arbeitnehmer (fast) ohne Inhaltskontrolle⁷¹ jederzeit die Leistungen faktisch einzustellen, wohingegen es sittenwidrig sein soll, (außerhalb des Anwendungsbereiches des BPG!) zu vereinbaren, dass der Arbeitnehmer keine Pension erhält, wenn er vom Arbeitgeber gekündigt wird, ohne sowohl eine zB fünfzehnjährige Wartezeit zurückgelegt und außerdem das 55. oder 60. Lebensjahr bei aufrechtem Dienstverhältnis vollendet zu haben. Einzuräumen ist, dass dieser Wertungswiderspruch bei nach Inkrafttreten des BPG gemachten Leistungszusagen unabhängig von der oben kritisierten Rspr des OGH bestehen bleibt, weil in solchen Zusagen Klauseln wie die zuletzt erwähnte auf keinen Fall enthalten sein dürfen.

⁶⁶ OGH 12.1.2000, 9 Ob A 256/99h, ARD 5123/15/2000= ecolex 2000, 810.

⁶⁷ Schrammel, BPG 244. Dies dürfte auch der OGH nicht bezweifeln.

⁶⁸ So zutr Winkler, Die Unverfallbarkeit von Anwartschaften – Betriebspensionen und freiwillige Abfertigungen, RdW 1997, 144.

⁶⁹ Vgl IA BlgNR 366/A XVII. GP 15.

⁷⁰ OGH 11.8.1993, 9 Ob A 141/93, RdW 1994, 114 = DRdA 1994, 145 (Apathy).

⁷¹ OGH 11.8.1993, 9 Ob A 141/93, DRdA 1994, 145 erwähnt nur das Willkürverbot als mögliche Grenze.

4.2. Die Einschränkung, Aussetzung und Einstellung von Anwartschaften und Leistungen

4.2.1. Die Einschränkung, Aussetzung und Einstellung außerhalb des Anwendungsbereiches des BPG

- 19 Das BPG hat die Zulässigkeit und Wirkungsweise von **Widerrufsvorbehalten** in betrieblichen Pensionsregelungen stark beschnitten⁷² (Rz 27 ff).
- Unberührt vom BPG bleiben jedoch Widerrufsklauseln, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes (1. Juli 1990) vereinbart wurden – und zwar auch hinsichtlich der nach Inkrafttreten des Gesetzes erworbenen Anwartschaften.⁷³
- 20 Für derartige „alte“ Widerrufsvorbehalte hat die Rspr **Ausübungsschranken** geschaffen. Seit der Entscheidung des OGH vom 14.12.1988⁷⁴ steht fest, dass auch schrankenlos formulierte Widerrufsvorbehalte der Kontrolle im Rahmen des „billigen Ermessens“ unterliegen und damit im Ergebnis nicht (wesentlich) anders zu beurteilen sind als Vorbehalte, die von vornherein den Widerruf nur bei gravierenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Arbeitgebers gestatten.⁷⁵
- 21 Gesichert ist, dass es bei der Ausübung des Gestaltungsrechtes durch den Arbeitgeber im Rahmen des „billigen Ermessens“ primär um die **wirtschaftliche Situation des vom Arbeitgeber betriebenen Unternehmens** geht.⁷⁶ „Wie schlecht“ es einem Arbeitgeber gehen muss, damit ein vollständiger Widerruf oder zumindest eine Kürzung betrieblicher Pensionsleistungen oder Anwartschaften gestattet ist, lässt sich nicht allgemein sagen. Die Rspr dürfte aber zu Recht anerkennen, dass mehrere aufeinander folgende Jahre mit (beträchtlichen) operativen Verlusten, die mit Substanzverzehr (Rücklagenauflösung etc) verbunden sind, und denen nicht die seriöse Prognose eines raschen und nachhaltigen Umschwunges gegenübersteht, für die Kürzung oder sogar Einstellung von Pensionsleistungen ausreichen.⁷⁷

⁷² Schrammel, BPG 125.

⁷³ Zwar bedeutet die **allgemeine** Rückwirkungsanordnung in Art V Abs 3 erster Satz BPG, dass bei vor Inkrafttreten des BPG gemachten Leistungszusagen zwischen den bis zum Inkrafttreten erworbenen und nach altem Recht zu beurteilenden sowie den danach erworbenen und dem BPG unterliegenden Anwartschaften unterschieden werden muss (vgl. Schrammel, BPG 242), doch ergibt sich aus §§ 8 Abs 1, 9 BPG eine Ausnahme von dieser Anordnung in der Weise, dass Widerrufsvorbehalte in vor Inkrafttreten des BPG (1.7.1990) vereinbarten Verträgen auch für „neue“, dh nach dem 1.7.1990 erworbene Anwartschaften gelten (Schrammel BPG 125, 243; diesem folgend OGH 16.11.1994, 9 Ob A 197/94, RdW 1995, 191; OGH 12.1.1995, 8 Ob A 1029/94, ZAS 1995, 159 (abl. Löschnigg/Reissner); OGH 13.6.1996, 8 Ob A 239/95, ZAS 1997, 108 (Resch); umfassend OGH 16.10.1997, 8 Ob A 147/97v, JBl 1998, 194; vgl. auch zu den Übergangsbestimmungen Runggaldler, Neue Rechtsprechung in Tomandl, Neuere Tendenzen (1999) 1.

⁷⁴ OGH 14.12.1988, 9 Ob A 512/88, DRdA 1990, 111 (Grillberger) = ZAS 1989, 94 (Tomandl).

⁷⁵ Vgl. auch Strasser, Zum Geltungsbereich und zur Rückwirkung des Betriebspensionsgesetzes, DRdA 1990, 313 (315).

⁷⁶ Vgl. Hipsch, Betriebspension 38.

⁷⁷ Vgl. OGH 14.12.1988, 9 Ob A 512/88, DRdA 1990, 111 (Grillberger) = ZAS 1989, 94 (Tomandl) – drei aufeinander folgende Jahre mit Bilanzverlusten; OGH 5.3.1997, 9 Ob A 2223/96v, ecolex 1997, 795 – Unternehmen mit einem Umsatz rund ATS 300 Mio jährlich (1990) erzielte mehrmals hintereinander negative Betriebsergebnisse zwischen ATS 35 und 85 Mio, die durch Auflösung von Rücklagen und Rückstellungen zu Bilanzgewinnen und sogar (auf ausdrücklichen Wunsch des Eigentümers, einer Gebietskörperschaft) zu Dividendenausschüttungen (!) führten.

4. Die Einschränkung der Privatautonomie durch das BPG

Besondere Bedeutung bei der Prüfung der Frage, ob der Rahmen des „billigen Ermessens“ eingehalten wurde, kommt dem Aspekt der **gerechten Verteilung der Sanierungslasten auf Aktive und Pensionisten** zu.⁷⁸ Zu berücksichtigen sind auch Leistungen des Eigentümers, wie zB Forderungsverzichte⁷⁹ oder Kapitalzuschüsse. Derartige Leistungen indizieren, dass auch die Gesellschafter ihren Teil der Sanierungslast tragen und sprechen prima facie für ein ausgewogenes Vorgehen. 22

Ein einzelner Arbeitnehmer, der sich gegen die Kürzung oder Einstellung wehrt, kann nicht mit Erfolg einwenden, die übrigen Arbeitnehmer oder deren Großteil hätte(n) die Kürzungen akzeptiert, und bloß die an ihn zu erbringende Leistung könne sich die Gesellschaft auch in ungekürztem Ausmaß leisten. Wie der OGH zutreffend aussprach, verstößt ein derartiger – in der Praxis häufiger – Einwand gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.⁸⁰

Gleichgültig sind die **Gründe für die schlechte wirtschaftliche Lage** des Unternehmens. Diese können auch in persönlichem (sogar strafgesetzwidrigem) Fehlverhalten des Unternehmers oder der Repräsentanten des Unternehmensträgers, in Missmanagement, Abschluss verbotener Geschäfte etc liegen.⁸¹ 23

Auch bei **konzernverbundenen Unternehmen** ist im Grundsatz und primär auf die wirtschaftliche Lage des betroffenen Unternehmens abzustellen; auf die Konzernverbindung nur dann, wenn entweder ein Ausgleich von Gewinnen und Verlusten auf vertraglicher oder faktischer Basis stattfindet oder die betroffene Gesellschaft ohne konzernmäßige Eingliederung (zB als reine Vertriebs- oder Servicegesellschaft) gar nicht lebensfähig wäre.⁸² Bloße Beherrschung oder einheitliche Leitung der Tochter durch (sorgfaltskonforme) Ausübung von Weisungsrechten genügt für eine Haftung der Muttergesellschaft nicht.⁸³ 24

Problematisch in ihrer Allgemeinheit ist die Ansicht des OGH, dass selbst „*gewaltige wirtschaftliche Schwierigkeiten in der Gegenwart nicht den Widerruf der Pensionsleistungen für alle Zukunft*“ gestattet, sondern bei nachhaltiger Besserung der Ertragslage eine wenigstens teilweise Wiederaufnahme der Pensionsleistungen gebo- 25

⁷⁸ Vgl OGH 29.5.1996, 9 Ob A 2023/96, RdW 1997, 221; OGH 5.3.1997, 9 Ob A 2223/96v, ecolex 1997, 795. Missverständlich und in dieser Form nicht zutreffend OGH 11.1.1989, 9 Ob A 513/88, SZ 62/4 = DRdA 1989, 417 (*Rummel*) = JBl 1989, 264 = RdW 1989, 103 – wonach der Grundsatz der Solidarität zwischen Aktiven und Pensionisten als Grundlage für ein Widerrufsrecht im österreichischen Recht nicht positiviert und daher nicht anzuerkennen sei (so auch *Hipsch*, Betriebspension, 53).

⁷⁹ So bei OGH 5.3.1997, 9 Ob A 2223/96v, ecolex 1997, 795.

⁸⁰ OGH 13.6.1996, 8 Ob A 239/95, DRdA 1997, 200, 201 (zust *Eichinger*); OGH 5.3.1997, 9 Ob A 2223/96v, ecolex 1997, 795 (im veröffentlichten Teil nicht enthalten); vgl BAG 18.5.1977, AP Nr 175 § 242 BGB Ruhegehalt; zust *Schrammel*, BPG 95; unrichtig OLG Wien 25.9.2001, 9 Ra 3/01d, wo bei einer zwölf Jahre hintereinander (!) Verlust erzielenden Gesellschaft (festgestellt in OGH 28. 4. 1998, 1 Ob 294/97k, RdW 1998, 461), die noch vier Jahre nach der Einstellung der Pensionszuschüsse über Verlustvorträge von rund ATS 2 Mrd verfügte, die Einstellung deshalb nicht genehmigt wurde, weil die jährliche Gesamtbelastung der eingestellten Leistungen sich auf nur rund ATS 6 Mio belief. Richtig hingegen schon BAG 18.5.1977, AP Nr 175 § 242 BGB Ruhegehalt; zust *Schrammel*, BPG 95.

⁸¹ Zutr OGH 29.5.1996, 9 Ob A 2023/96, RdW 1997, 221, der diesbezügl zu Recht keine Ursachenforschung zulässt; *Schrammel*, BPG 95, der aber mE zu Unrecht drohende behördliche Schließungsmaßnahmen (zB aufgrund der Nichterfüllung von Auflagen) anders behandeln möchte.

⁸² Vgl OGH 13.6.1990, 9 Ob A 109/90, ZAS 1991, 21 (*Marhold*); *Schrammel*, BPG 97.

⁸³ OGH 12.4.2001, 8 Ob A 98/00w, DRdA 2002/41 (*Artmann*) = RdW 2001, 469 ff = ARD 5254/3/2001.

ten sei, wenn dies ohne Gefährdung des Fortbestandes des Unternehmens möglich wäre.⁸⁴ Richtigerweise rechtfertigen aber längerfristige Krisen, insb solche struktureller Art, einen **endgültigen Widerruf**.⁸⁵ Ein **Wiederaufleben** kann nur dort vertreten werden, wo als vorübergehend vorhersehbare Liquiditätsengpässe oder als vorübergehend vorhersehbare Markteinbrüche den Widerruf bedingen.⁸⁶

Die Ansicht des OGH bringt nämlich genau die vom Höchstgericht bei der Beurteilung der Kürzungs- bzw Widerrufsvoraussetzungen zu Recht gewürdigte „Verteilungsbalance“ ins Wanken. Hat sich ein Unternehmen von einer schweren und lang andauernden Krise nur durch ein umfassendes, sämtliche Kostenfaktoren im Unternehmen berücksichtigendes Sanierungspaket befreien können, dann leuchtet nicht ein, warum die Betriebspensionisten die (ungekürzte) Wiederaufnahme der Zahlungen verlangen können sollen, die Vielzahl an rationalisierungsbedingten Kündigungen und Leistungskürzungen bei aktiven Arbeitnehmern aber (natürlich) nicht ungeschehen gemacht wird.

Diffizile Probleme können sich bei konzernbedingten Umstrukturierungen stellen.⁸⁷

26 **Widerrufsvorbehalte** (Gestaltungsrechte) können auch in **Betriebsvereinbarungen** gem § 97 Abs 1 Z 18 ArbVG enthalten sein⁸⁸. In seiner grundlegenden Entscheidung vom 14.12.1988⁸⁹ ging der OGH ganz selbstverständlich von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Widerrufsvorbehalten in Betriebsvereinbarungen im Allgemeinen und solchen über betriebliche Ruhegeldleistungen im Besonderen aus.

*Tomandl*⁹⁰ hat zutr darauf hingewiesen, dass hier in Wahrheit ein „heikles Problem“ vorliegt und die Sichtweise des OGH nur dann gerechtfertigt ist, wenn man der – freilich richtigen – Auffassung folgt, die Vereinbarung des Widerrufsrechtes bedeute in der Sache nichts anderes als den Ausschluss der Nachwirkung⁹¹. Ein Widerspruch mit zwingenden Vorschriften des ArbVG liege (nur) deshalb nicht vor, weil mit *Holzer*⁹² vertreten werden müsse, dass das ArbVG den einvernehmlichen Ausschluss der Nachwirkung – wie er auch bei einer Befristung oder einvernehmlichen Auflösung vorläge – allgemein gestatte.⁹³ Dem ist zu folgen. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass ein in der Betriebsvereinbarung vereinbarter Widerruf auch selbst – gleichsam „überschießend“ – durch Betriebsvereinbarung ausgeübt werden darf, ohne mit der hM in Konflikt zu geraten, wonach der Betriebsrat ausgeschiedene Arbeitnehmer nicht – gestützt auf § 97 Abs 1 Z 18 ArbVG – vertreten kann⁹⁴. ME ist es möglich, dass die Betriebs-

⁸⁴ OGH 14. 12. 1988, 9 Ob A 512/88, DRdA 1990, 111 (*Grillberger*) = ZAS 1989, 94 (*Tomandl*); ähnlich LG Linz 31.3.1992, 13 Cga 218/91 [rk], DRdA 1992, 394 (*Resch*); OGH 5.3.1997, 9 Ob A 2223/96v, ecolex 1997, 795.

⁸⁵ So *Runggaldier*, Der Widerruf betrieblicher Sozialleistungen, in FS Schwarz 145 (160).

⁸⁶ *Hipsch*, Betriebspension 47.

⁸⁷ Vgl OGH 7.9.2000, 8 Ob A 17/99d, DRdA 2001, 421ff (*Runggaldier*) = RdW 2001, 179 (*Nowotny*).

⁸⁸ OGH 13.6.1996, 8 Ob A 239/95, DRdA 1997, 200 (*Eichinger*).

⁸⁹ OGH 14.12.1988, 9 Ob A 512/88, DRdA 1990, 111 (*Grillberger*) = ZAS 1989, 94 (*Tomandl*).

⁹⁰ OGH 14.12.1988, 9 Ob A 512/88, ZAS 1989, 94 (*Tomandl*).

⁹¹ *Tomandl*, ZAS 1989, 100.

⁹² *Holzer*, Strukturfragen des Betriebsvereinbarungsrechts (1982) 74.

⁹³ *Tomandl*, ZAS 1989, 100. Ob *Holzer* dies so sieht, ist aber nicht ganz klar, weil er einerseits eine „Abrede, die die Nachwirkung ohne Rücksicht auf die Art der Beendigung ausschließt“ für zulässig hält (*Holzer*, Strukturfragen 74), andererseits aber Nachwirkung in jenen Fällen eintreten lassen will, „in denen die Beendigung der Betriebsvereinbarung nur vom Willen eines Vertragspartners getragen ist“ (*Holzer*, Strukturfragen 74).

⁹⁴ Vgl OGH 14.12.1988, 9 Ob A 512/88, DRdA 1990, 111 (*Grillberger*) = ZAS 1989, 94 (*Tomandl*).

vereinbarung ausdrücklich einen Widerruf von Pensionsleistungen durch spätere Betriebsvereinbarung gestattet. Gerade wenn man die (an sich falsche) These des OGH vertritt, der auf Betriebsvereinbarung beruhende Anspruch des Pensionisten wandle sich mit Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis in einen einzelvertraglichen Anspruch, bestehen keine dogmatischen Bedenken, diesen Anspruch mit dem entweder dem anderen Vertragspartner (Arbeitgeber) oder einem Dritten eingeräumten Leistungsbestimmungs- bzw Gestaltungsrecht zu „belasten“.

4.2.2. Die Einschränkung, Aussetzung und Einstellung im Anwendungsbereich des BPG

Das BPG kennt – im Gegensatz zum oben über die Rechtslage vor Inkrafttreten des Gesetzes Gesagten – einen gänzlichen Entfall von Ruhegeldleistungen gar nicht mehr und einen völligen Entfall von Anwartschaften nur ausnahmsweise (vor Ablauf der Wartezeit).⁹⁵ 27

4.2.2.1. Die Einschränkung, Aussetzung und Einstellung von Pensionskassenzusagen

Bei einer Pensionskassenzusage kommt nicht die Einschränkung der an die Arbeitnehmer zu erbringenden Leistungen in Betracht (weil diese ja der Pensionskasse obliegt)⁹⁶, sondern nur die Einstellung, Aussetzung oder Einschränkung der Beitragsleistung des Arbeitgebers an die Pensionskasse. 28

Eine **Einstellung der Beitragsleistungen** ist nur dann möglich, wenn 29

- dies im Kollektivvertrag, in der Betriebsvereinbarung oder im Vertragsmuster vorgesehen ist,
- sich die wirtschaftliche Lage des Unternehmens nachhaltig so wesentlich verschlechtert, dass die Aufrechterhaltung der zugesagten Leistung eine **Gefährdung des Weiterbestandes des Unternehmens** zur Folge hätte und
- in Betrieben, in denen ein zuständiger Betriebsrat besteht, mindestens drei Monate vor dem Einstellen der Beitragsleistung eine Beratung mit diesem Betriebsrat erfolgt (§ 6 Abs 1 Z 1 bis 3 BPG).

Eine **Aussetzung oder Einschränkung von Arbeitgeberbeiträgen** an eine Pensionskasse ist gem § 6 Abs 6 Z 1 bis 3 BPG nur dann und so lange möglich, 30

- als dies im Kollektivvertrag, in der Betriebsvereinbarung oder im Vertragsmuster vorgesehen ist,
- **zwingende wirtschaftliche Gründe** vorliegen und
- in Betrieben, in denen ein zuständiger Betriebsrat besteht, mindestens drei Monate vor dem Aussetzen oder Einschränken der Beitragsleistung eine Beratung mit diesem Betriebsrat erfolgt ist.

4.2.2.2. Die Einschränkung, Aussetzung und Einstellung von Direktzusagen

Bei direkten Leistungszusagen kann der Arbeitgeber den Erwerb künftiger Anwartschaften nur dann einstellen (**Widerruf**), wenn dies 31

- (wie oben Rz 29 f) vereinbart wurde,
- sich die wirtschaftliche Lage des Unternehmens nachhaltig so wesentlich verschlechtert, dass die Aufrechterhaltung der zugesagten Leistung eine **Gefährdung des Weiterbestandes des Unternehmens** zur Folge hätte und

⁹⁵ Vgl Schrammel, BPG 125; Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht⁹, 6.5.2.7.4.1.

⁹⁶ Vgl Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht⁹, 6.5.2.7.4.1.

- in Betrieben mit Betriebsrat mit diesem mindestens drei Monate vor dem Einstellen eine Beratung stattgefunden hat (§ 8 Abs 1 Z 1 bis 3 BPG).
- 32 Die **Aussetzung oder Einschränkung des Erwerbs künftiger Anwartschaften** ist – analog zur Aussetzung oder Einschränkung der Leistung von Pensionskassenbeiträgen – möglich, wenn
- dies vereinbart ist,
 - **zwingende wirtschaftliche Gründe** vorliegen und
 - die Beratung mit dem Betriebsrat stattgefunden hat (§ 8 Abs 6 BPG).
- Ausgesetzt oder eingeschränkt werden können **bereits angefallene Leistungen** gem § 9 BPG
- unter den Voraussetzungen des § 8 Abs 6 Z 1 und 2 BPG (Verankerung in der Vereinbarung und Vorliegen zwingender wirtschaftlicher Gründe) und
 - wenn der Arbeitgeber von dem ihm eingeräumten Recht Gebrauch gemacht hat, den Erwerb künftiger Anwartschaften einzustellen, auszusetzen oder einzuschränken.

Soweit Leistungen durch **Wertpapiere gedeckt** sind, dürfen sie jedoch nicht ausgesetzt oder eingeschränkt werden. Diese Wertpapiere dürfen weder verpfändet noch veräußert werden.

- 33 Bislang hat die Rspr noch nicht Gelegenheit gefunden, die „**zwingende(n) wirtschaftliche(n) Gründe**“⁹⁷ vom Tatbestand der **Existenzgefährdung** abzugrenzen. Man wird allerdings sagen können, dass sich diese Differenzierung an der Rspr zu „alten“ (nicht dem BPG unterliegenden) Widerrufsvorbehalten orientieren dürfte: Existenzgefährdung (iSd § 6 Abs 1 Z 2 und § 8 Abs 1 Z 2 BPG) liegt vor, wenn auch ein völliger Widerruf den Rahmen des „billigen Ermessens“ nicht sprengt, wohingegen „**zwingende wirtschaftliche Gründe**“ solche sind, wo die Ausübung nach billigem Ermessen zumindest einen Teilwiderruf rechtfertigt.

4.3. Treuepflicht- und Verfallsklauseln

- 34 Vor allem früher war es weitgehend üblich, in betrieblichen Pensionszusagen Klauseln zu verankern, die im Falle von „Treuepflichtverstößen“ den völligen und endgültigen Verfall der Pension und aller Anwartschaften vorsahen.⁹⁸ Die in den Verträgen umschriebenen Verhaltensweisen können mannigfaltig sein; idR geht es dabei um Verstöße gegen die unternehmerischen Interessen des (ehemaligen) Arbeitgebers.⁹⁹ In Betracht kommen aber auch strafbare Handlungen gegen den Arbeitgeber, seine Angehörigen oder Mitarbeiter. Eine besondere Bedeutung nimmt der Verstoß gegen vereinbarte Konkurrenzkláuseln (nachvertragliche Wettbewerbsverbote) ein.

⁹⁷ Vgl dazu *Schrammel*, BPG 102.

⁹⁸ Vgl umfassend zu Treuepflichtklauseln *G. Schima*, Zur Zulässigkeit von Treuepflichtklauseln in Pensionsverträgen innerhalb und außerhalb der Geltung des Betriebspensionsgesetzes, JBl 1993, 430, 494; *Resch*, Treuepflichtklauseln in Betriebspensionsvereinbarungen, *ecolex* 1991, 551, 631; *Petrovic*, Betriebspension und Treuepflicht, in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch 311; *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) 163, 204.

⁹⁹ *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht⁹, 6.2.1.

4.3.1. Treuepflicht- und Verfallsklauseln im Anwendungsbereich des BPG

Im Anwendungsbereich des BPG, konkret seit 1. Jänner 1990, sind **Treuepflichtklauseln** generell **unzulässig**, weil sich aus Art V Abs 4 Z 3 iVm §§ 6 Abs 1 Z 1 bis 3, 6 Abs 6 Z 1 bis 3, 8 Abs 1 Z 1 bis 3, 8 Abs 6 und 9 BPG ergibt, dass seit dem 1. Jänner 1990 der Widerruf bzw die Einschränkung von Anwartschaften oder Leistungen nur mehr aus wirtschaftlichen Gründen in der Sphäre des Arbeitgebers erfolgen kann.¹⁰⁰ 35

Das grundsätzliche Verbot von Treuepflichtklauseln, die nach dem 31.12.1989 vereinbart wurden, darf auch nicht durch unzulässige (insb auflösende) Bedingungen umgangen werden.¹⁰¹ 36

Nichts spricht aber auch im Anwendungsbereich des BPG gegen Bedingungen, die die Voraussetzungen der Leistungsgewährung betreffen¹⁰² und – im vorliegenden Zusammenhang – auch nichts gegen Ruhens- und Anrechnungsbestimmungen, die zB die Berücksichtigung anderweitigen Erwerbseinkommens (dabei kann es sich auch um Einkünfte aus einer vom Arbeitgeber nicht gewünschten Konkurrenztaetigkeit handeln) vorsehen und im Ergebnis Berechnungsregeln sind.¹⁰³

4.3.2. Treuepflicht- und Verfallsklauseln außerhalb des Anwendungsbereiches des BPG

„Alte“, dh vor dem 1. Jänner 1990 vereinbarte **Treuepflichtklauseln** werden von der Rspr zwar grundsätzlich anerkannt, aber deutlichen Beschränkungen unterworfen. So wird nicht jeder Verstoß, der bei aufrehtem Arbeitsverhältnis zur Entlassung führen könnte, als den Entzug des Ruhegeldes rechtfertigender Tatbestand anerkannt. Vielmehr fordert der OGH, dass der Ruheständler vorsätzlich oder grob fahrlässig seinem ehemaligen Arbeitgeber einen so schweren Schaden zugefügt hat, dass es für diesen unter objektiven Gesichtspunkten unzumutbar ist, länger am Vertrag festzuhalten.¹⁰⁴ Diese Sichtweise ist indes tendenziell zu eng¹⁰⁵. Dabei kommt auch der Frage Bedeutung zu, ob der Arbeitnehmer beim Treueverstoß ohne berücksichtigungswürdiges Eigeninteresse gehandelt hat.¹⁰⁶ 37

¹⁰⁰ Resch, Treuepflichtklauseln in Betriebspensionsvereinbarungen, *ecolex* 1991, 631; Holzer, Das Betriebspensionsgesetz – ein Wendepunkt in der betrieblichen Altersversorgung in Österreich?, FS Schwarz, 377; Schrammel, BPG 127, 220, 244; G. Schima, JBl 1993, 500; Löschnigg/Reissner, Das Schicksal von Betriebspensionen bei Konkurs des Arbeitgebers, DRdA 1993, 392; Schwarz/Löschnigg, *Arbeitsrecht*⁹, 6.2.1; Runggaldier, Neue Rechtsprechung in Tomandl, Neuere Tendenzen (1999) 14f, aM Tomandl, Ungereimtheiten und Unzulänglichkeiten im neuen Betriebspensionsrecht, ZAS 1991, 80 (87), der von einem „Versehen“ des Gesetzgebers spricht. Rechtspolitisch ist die Vorschrift in der Tat nicht unproblematisch; krassen Fällen (zB der Betriebspensionist tötet den Arbeitgeber oder entführt dessen Kind) kann mit dem allgemeinen-zivilrechtlichen Instrumentarium abgeholfen werden.

¹⁰¹ Vgl Schrammel, BPG, 220; G. Schima, JBl 1993, 500.

¹⁰² Schrammel, BPG, 219.

¹⁰³ Vgl näher G. Schima, JBl 1993, 502.

¹⁰⁴ OGH 29.6.1988, 9 Ob A 4/88, RdW 1988, 457 = ZAS 1989, 200 (Petrovic).

¹⁰⁵ G. Schima, JBl 1993, 495. Man denke zB an strafgesetzwidrige Verhaltensweisen, die keinen konkret bezifferbaren Vermögensschaden bewirkt haben. Noch großzügiger, aber verfehlt OGH 29.6.1988, 9 Ob A 4/88, RdW 1988, 457 = ZAS 1989, 200 (Petrovic) – unrechtmäßige Geltendmachung einer Abfertigung durch fingierte Schadensmeldung.

¹⁰⁶ OGH 10.2.1993, 9 Ob A 299/92, DRdA 1993, 493 (Eichinger); vgl auch OGH 30.11.1994, 9 Ob A 224/94, SZ 67/223; OGH 11.3.1998, 9 Ob A 229/97k, DRdA 1999/11 (Runggaldier); OGH 24.2.1999, 9 Ob A 254/98p, ARD 5056/4/99 – Untreuehandlungen iSd § 153 StGB.

Bei Vereinbarung einer Treuepflichtklausel, die den Arbeitgeber bei Erfüllung eines Entlassungstatbestandes zum Widerruf der Pensionszusage berechtigt, rechtfertigen gravierende Treuepflichtverstöße des Arbeitnehmers, die dieser während des aufrechten Arbeitsverhältnisses begangen hat, die aber erst danach entdeckt wurden, den Widerruf der Pension.¹⁰⁷

- 38 Wie der OGH¹⁰⁸ richtig erkannte, ergibt sich aus dem Grundsatz der vorzeitigen Auflösbarkeit von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund auch ohne Vereinbarung, dass bei aufrechten Dienstverhältnis begangene, aber erst danach entdeckte, gravierende Treuepflichtverstöße die Einstellung der Pension selbst ohne (diesen Fall erfassende) Treuepflichtklausel gestatten.¹⁰⁹ Bei besonders groben Treuepflichtverstößen gilt dies auch im Falle ihrer Begehung im Ruhestand, selbst wenn eine diesen Fall regelnde Klausel nicht vereinbart wurde.¹¹⁰
- 39 Nicht überzeugend ist die Ansicht¹¹¹, dass der Pensionsverfall bei einer an den Verstoß gegen ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot geknüpften Treuepflichtklausel als **Konventionalstrafe** zu beurteilen ist und dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegt.¹¹² Vielmehr ist allein § 879 ABGB anzuwenden, was eine Mitberücksichtigung der Wertungsgesichtspunkte der §§ 36, 37 AngG erlaubt.¹¹³

4.4. Bare Pensionsabfindungen ohne Betragsgrenze?

- 40 Aus § 5 Abs 4, 6 Abs 5 und 7 Abs 6 BPG, wonach der Arbeitnehmer dann, wenn der Unverfallbarkeitsbetrag den sich aus § 1 Abs 2 und 2a PKG jeweils ergebenden Betrag (derzeit [2002] € 9.300) nicht übersteigt, „abgefunden werden kann“ (und über sein Verlangen abzufinden ist), wird vielfach gefolgert, dass über höhere Beträge wirksame Abfindungsvereinbarungen nicht zustande kommen können.¹¹⁴ Für eine

¹⁰⁷ OGH 28.4.1993, 9 Ob A 237/92, DRdA 1994, 56 (Riedler) = RdW 1993, 372.

¹⁰⁸ OGH 16.3.1994, 9 Ob A 64/94, SZ 67/42.

¹⁰⁹ So schon G. Schima, Zulässigkeit von Treuepflichtklauseln in Pensionsverträgen innerhalb und außerhalb der Geltung des Betriebspensionsgesetzes, JBl 1993, 494 (496) FN 67a mwN zur (damals) herrschenden Gegenmeinung.

¹¹⁰ OGH 7.6.2001, 9 Ob A 76/01v, ASoK 2001, 412. Hat man dies vor Augen, wird die Bedeutung des Art V Abs 4 Z 3 BPG uU stark relativiert. Denn wenn es gar keiner Klausel bedarf, um bei gravierenden (sowohl im aktiven Arbeitsverhältnis als auch im Ruhestand begangenen) Treuepflichtverstößen den Widerruf auszusprechen, erhebt sich die Frage, ob aus den Bestimmungen des BPG neben der Unzulässigkeit von Treuepflichtklauseln auch die Unzulässigkeit eines auf allgemein-zivilrechtliche Grundsätze (vorzeitige Auflösbarkeit von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund) gestützten Widerrufs folgt. Letzteres ist kaum zu begründen.

¹¹¹ OGH 11.5.1988, 9 Ob A 84/88, ZAS 1989, 171 (Binder) = DRdA 1990, 305 (Resch); Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht⁹, 6.2.1.

¹¹² Gegen diese Sichtweise detailliert G. Schima, Zulässigkeit und Treuepflichtklauseln in Pensionsverträgen innerhalb und außerhalb der Geltung des Betriebspensionsgesetzes, JBl 1993, 430 (431, 434); ebenso schon früher Holzer, Komm zu OGH 12.2.1970, 1 Ob 20/70, ZAS 1973, 134 (135) und Resch, Komm zu OGH 11.5.1988, 9 Ob A 84/88, DRdA 1990, 305 (309).

¹¹³ G. Schima, JBl 1993, 436.

¹¹⁴ Vgl Schrammel, BPG 86: „Höherwertige Anwartschaften sind von einer Barabfindung ausgeschlossen“ und 118: „Sofern der Unverfallbarkeitsbetrag ATS 100.000,- (dies war der damals gültige Grenzbetrag) nicht übersteigt, ist eine Barabfindung **zulässig**“; Rebhahn, Einige Anmerkungen zur Reform der betrieblichen Altersvorsorge, WBl 1990, 98 (101) mit Kritik.

5. Die Arten betrieblicher Pensionszusagen

solche Sichtweise könnte ins Treffen geführt werden, der Gesetzgeber habe die Altersversorgung bezweckt, womit sich die Zurverfügungstellung hoher Beträge an den Arbeitnehmer uU lange vor Erreichen des Pensionsalters nicht verträge, weil damit das Risiko der „Verflüchtigung“ des Geldes und letztlich der Verfehlung des Gesetzeszweckes verbunden sei. Wenngleich diese Überlegungen Gewicht haben, spricht im Ergebnis nichts gegen eine am Günstigkeitsprinzip des § 19 BPG orientierte Vereinbarung auch einer hohen Barabfindung unter der Voraussetzung (korrekter, dh vertretbarer) versicherungsmathematischer Berechnung, insb wenn die Vereinbarung auf Wunsch des Arbeitnehmers zustande kommt.¹¹⁵ Das gilt sowohl für eine direkte Leistungs- als auch für eine Pensionskassenzusage, wobei Pensionskassen das diesbezügliche Risiko in Anbetracht der unklaren Rechtslage in der Praxis idR nicht einzugehen pflegen. Durch die Beseitigung des früheren Hälftesteuersatzes in § 67 Abs 8 lit b EStG haben bare Pensionsabfindungen freilich stark an Attraktivität verloren.

Erfolgt die Barabfindung im Rahmen eines gerichtlichen oder außergerichtlichen **Vergleiches**, gelten die Anforderungen des § 19 BPG auch für diesem Gesetz unterliegende Abfindungen nicht. 41

Durch eine § 19 BPG genügende Barabfindung werden Rechte von nach dem Pensionsvertrag im Rahmen der Hinterbliebenenleistungen begünstigten Dritten¹¹⁶ nicht verkürzt (dieses Problem bereitet der Praxis manchmal Kopfzerbrechen). 42

5. Die Arten betrieblicher Pensionszusagen

Relevante Gesetzesbestimmungen: §§ 2 ff BPGG

5.1. Die direkte Leistungszusage

Direkte Leistungszusagen sind solche, die vom Arbeitgeber unmittelbar zu erfüllen sind¹¹⁷. Beruhen kann die direkte Leistungszusage auf Einzelvereinbarung/Vertragschablone/Betriebsübung, aber auch auf Betriebsvereinbarung oder Kollektivvertrag (Rz 5f, 9). Die Erwirtschaftung der für die Erfüllung der Zusage nötigen Mittel erfolgt bei der direkten Leistungszusage durch Rückstellungen des Arbeitgebers¹¹⁸. 43

Während **steuerrechtliche Rückstellungen** nur bei schriftlichen, rechtsverbindlichen und unwiderruflichen oder vom Anwendungsbereich des BPG erfassten Zusagen anerkannt werden¹¹⁹, kommt es für die **handelsrechtliche Rückstellungsverpflichtung** auf die Rechtsverbindlichkeit und Unwiderruflichkeit nicht, sondern nur darauf an, ob der bilanzierende Arbeitgeber mit der Erfüllung der (wenn auch unverbindlichen) Leistungszusage rechnet (dann Rückstellungspflicht) oder nicht¹²⁰. Es entspricht ganz hM, dass die Bildung einer Rückstellung dann handels- 44

¹¹⁵ Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge² (1997) 116.

¹¹⁶ Vgl zu dieser Problematik grundsätzlich *Grillberger*, Drittbegünstigung bei Pensionsvereinbarungen, DRdA 1977, 12.

¹¹⁷ Vgl *Schrammel*, BPG 15.

¹¹⁸ Vgl *Stupar*, Übertragung von Betriebspensionen 61.

¹¹⁹ Vgl § 14 Abs 7 EStG; dazu *W. Doralt*, EStG I § 14 Rz 40; *Gröhs*, Betriebliche Altersversorgung aus steuerrechtlicher Sicht, in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch 189 zur Rechtslage vor Inkrafttreten des BPG und des EStG 1988.

¹²⁰ Vgl zu § 198 Abs 8 HGB *Gassner/Lahodny-Karner*, in *Straube*, HGB² II § 211 Rz 22; *Nowotny*, in *Straube*, HGB² II § 198 Rz 143; ebenso *Kapl*, in *Kapl*, Leitfaden für die betriebliche Altersversorgung² (1990) 75.

rechtlich verpflichtend ist, wenn es den Aufwand für die eingesetzte Arbeitskraft zu erfassen gilt, der der Zeit vor dem Bilanzstichtag zuzurechnen ist, jedoch erst nach dem Bilanzstichtag zahlungswirksam wird, sich noch nicht genau quantifizieren lässt und keinen bestimmten Aktivposten korrigiert¹²¹. Die gegenteilige Meinung, die die handelsrechtliche Verpflichtung zu Pensionsrückstellungen von der Verbindlichkeit bzw Unwiderruflichkeit der Zusage abhängig macht, entspricht freilich einem weit verbreiteten (und tw auch die Literatur erfassenden) Irrtum¹²². Dem im § 198 Abs 8 HGB zum Ausdruck kommenden kaufmännischen Vorsichtsprinzip entsprechend muss der Arbeitgeber sogar für von vornherein unverbindliche Pensionszusagen iSd § 1 Abs 3 Z 3 BPG (die nicht unter den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen) handelsrechtliche Rückstellungen bilden (die dann freilich steuerlich nicht anerkannt werden), wenn der Arbeitgeber gewillt ist und die Absicht verfolgt, die Zusage tatsächlich zu beachten und Zahlungen in Zukunft zu leisten¹²³.

- 45 Direkte Leistungszusagen können vom Arbeitgeber durch eine Rückdeckungsversicherung abgesichert werden¹²⁴. Diese darf nicht mit der in den §§ 12 ff BPG geregelten Pensionszusage durch Abschluss einer Lebensversicherung verwechselt werden¹²⁵.

Denn bei der Rückdeckungsversicherung (Indirektversicherung) ist der Arbeitgeber nicht nur Versicherungsnehmer und damit über den Vertrag voll Verfügungsberechtigt, sondern auch bezugsberechtigt. Der Arbeitnehmer hat aus dem Versicherungsvertrag keinerlei Ansprüche, und dieser fällt auch nicht unter das BPG¹²⁶. Die vom Arbeitgeber geleisteten Versicherungsprämien sind abzugsfähige Betriebsausgaben; der Versicherungsanspruch, der nur dem Arbeitgeber zusteht, muss aktiviert werden. Der Vorteil für den Arbeitgeber liegt in der gleichmäßigen und periodengerechten Ansparung der Betriebspension und in der Verlagerung betriebsfremder Risiken an einen Versicherer¹²⁷. Der Arbeitgeber, der sich nicht zu einer Dauerleistung verpflichten will, kann außerdem einen Einmalbetrag leisten (bzw diese Vorgangsweise auch beliebig oft wiederholen). Die aus dem Kapitalbetrag finanzierbare Pension muss auch nicht mit einer verbindlichen Zusage an den Arbeitnehmer kombiniert werden.

¹²¹ *Altenburger*, in *Vodrazka*, Handbuch Bilanz und Abschlussprüfung (1983) 485 mwN; *Gröhs*, in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch 194; Die vom HG Wien (9.10.1978, 7 Nc 3/78; ähnlich damals auch VwGH 22.9.1971, 619/69) vertretene, gegenteilige Auffassung, die von einem Passivierungswahlrecht ausging, wurde fast einhellig abgelehnt und entsprach schon vor Inkrafttreten des RLG weder der Rechtslage noch der Rechtsüberzeugung der beteiligten Verkehrskreise. Vgl *Gröhs*, in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch 194.

¹²² Vgl zB *Koller*, Vom Beleg zur Bilanz⁷ (1995) 235: „Die Bildung von Rückstellungen für laufende Pensionen und Anwartschaften auf Pensionen ist nunmehr im HGB (§ 198 Abs 8) zwingend vorgeschrieben, wenn rechtsverbindliche und unwiderrufliche Zusagen getroffen worden sind“ – richtig gestellt in *Koller/Lattner*, vom Beleg zur Bilanz⁹ (2000) 358; vgl weiters *Egger/Samer*, Der Jahresabschluss nach dem Handelsgesetzbuch⁶ I, 533.

¹²³ Dieser Aspekt hat insb bei Unternehmen Bedeutung, die aufgrund ihrer guten wirtschaftlichen Lage auf längere Sicht nicht mit der Kürzung oder Einstellung von Pensionsleistungen rechnen.

¹²⁴ Vgl *Riedel*, Die Finanzierung von Pensionsverpflichtungen durch Versicherungsverträge, in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch 433, 436; *Stupar*, Übertragung von Betriebspensionen 62.

¹²⁵ *Schrammel*, BPG 147; terminologisch unklar *Stupar*, Übertragung von Betriebspensionen 63, der neben der „Rückdeckungsversicherung im eigentlichen Sinn“ die Direktversicherung unterscheidet, bei der der Arbeitnehmer leistungsberechtigt ist und die grundsätzliche in den Anwendungsbereich der §§ 12 ff BPG fällt.

¹²⁶ Vgl *Schrammel*, BPG 147; *Stupar*, Übertragung von Betriebspensionen 63.

¹²⁷ *Riedel*, in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch 438.

5.2. Die Lebensversicherungszusage

Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer eine betriebliche Pensionsleistung auch durch den Abschluss eines Lebensversicherungsvertrages mit einem Versicherer zusagen, wo der Arbeitgeber Versicherungsnehmer und Prämienschuldner, der Arbeitnehmer bzw dessen Hinterbliebene jedoch Versicherte und Bezugsberechtigte ist/sind¹²⁸. 46

Grundsätzlich kann das **Bezugsrecht** bei der Lebensversicherung widerrufen oder unwiderruflich sein¹²⁹, doch bestimmt § 12 Abs 1 BPG bei unter das BPG fallenden Lebensversicherungen, dass eine Änderung der Bezugsberechtigung ohne Zustimmung des Arbeitnehmers rechtsunwirksam ist, wobei das Recht des Arbeitnehmers zur Benennung der bezugsberechtigten Hinterbliebenen unberührt bleibt. Das Bezugsrecht des Arbeitnehmers bei der unter das BPG fallenden Lebensversicherungszusage ist daher stets **unwiderruflich**¹³⁰. Dies gilt jedoch nicht für die Hinterbliebenen selbst. Deren Bezugsberechtigung kann auch gegen ihren Willen, freilich mit Zustimmung des Arbeitnehmers, widerrufen oder geändert werden¹³¹.

Bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht ein Unterschied gegenüber Direkt- und Pensionskassenzusagen darin, dass der Arbeitnehmer – auch wenn der Rückkaufswert der Versicherung im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses den in § 1 Abs 2 und 2a PKG genannten Wert (derzeit € 9.300) nicht übersteigt – **nicht zur Abfindung gezwungen** werden kann¹³². Der Grund dafür liegt nach den Gesetzesmaterialien darin, dass der Rückkaufswert – der aus der Prämienreserve, vermindert um einen angemessenen Abzug, besteht¹³³ – vergleichsweise gering ist und durch eine Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Barabfindung nicht dessen anderen Verfügungsrechte obsolet gemacht werden sollten¹³⁴. 47

5.3. Die Pensionskassenzusage

Der Arbeitgeber kann sich gegenüber dem Arbeitnehmer auch dazu verpflichten, Beiträge an eine betriebliche oder überbetriebliche Pensionskasse zu entrichten, die in der Folge an den (ehemaligen) Arbeitnehmer eine Pensionsleistung nach Maßgabe der geschlossenen Vereinbarungen (dazu unten Rz 49)¹³⁵ erbringt. 48

Die Etablierung einer „gesunden“, dh zu echtem Leistungswettbewerb führenden Anzahl leistungsstarker Pensionskassenunternehmen war wohl das „eigentliche“ Anliegen der großen Reform des Jahres 1990¹³⁶. Das Ziel ist nur zum Teil erreicht worden.

¹²⁸ Vgl *Schrammel*, BPG 146; *Stupar*, Übertragung von Betriebspensionen 68; *Schwarz/Löschnigg*, *Arbeitsrecht*⁹, 6.5.2.7.1.

¹²⁹ Vgl *Stupar*, Übertragung von Betriebspensionen 69.

¹³⁰ *Schrammel*, BPG 149.

¹³¹ Zutr *Schrammel*, BPG 150.

¹³² Vgl *Schrammel*, BPG 159; *Schwarz/Löschnigg*, *Arbeitsrecht*⁹, 6.5.2.7.3.

¹³³ Vgl näher *Schrammel*, BPG 154.

¹³⁴ *Schrammel*, BPG 160.

¹³⁵ Vgl dazu *Schrammel* BPG 15, 39; *Schwarz/Löschnigg*, *Arbeitsrecht*⁹, 6.5.2.7.1; *Binder*, Zusage und Erhaltung von Ansprüchen gegenüber der Pensionskasse, DRdA 1991, 417 ff; *Petrovic*, Pensionskassen-Betriebsvereinbarung und Vertragsmuster, ZAS 1991, 91 ff.

¹³⁶ Vgl *Schrammel*, Zum Anwendungsbereich des Betriebspensionsgesetzes, ZAS 1991, 73.

5.3.1. Das Dreiecksverhältnis Arbeitgeber–Pensionskasse–Arbeitnehmer

- 49 Die Errichtung einer betrieblichen Pensionskasse oder der Beitritt zu einer betrieblichen oder überbetrieblichen Pensionskasse bedarf grundsätzlich des Abschlusses einer **Betriebsvereinbarung** (§ 3 Abs 1, 1. Satz BPG).¹³⁷ In einem **Kollektivvertrag** kann eine Pensionskassenregelung nur vorgesehen werden, wenn ein Kollektivvertrag zum Stichtag 1. Jänner 1997 eine betriebliche Alters(Hinterbliebenen-)versorgung vorsieht oder eine solche für einen nicht dem II. Teil des ArbVG unterliegenden Betrieb (oder ein Unternehmen) getroffen werden soll (§ 3 Abs 1a BPG).¹³⁸
- 50 Für Arbeitnehmer, die von keinem Betriebsrat vertreten sind oder für die kein Kollektivvertrag iSd § 3 Abs 1 und Abs 1a BPG gilt, bedarf der Beitritt zu einer Pensionskasse des vorherigen Abschlusses einer Vereinbarung mit dem Arbeitgeber, die nach einem **Vertragsmuster** unter Berücksichtigung des in § 18 BPG verankerten, speziellen Gleichbehandlungsgebotes zu gestalten ist. Die in der Stammfassung des BPG vorgesehene behördliche Überprüfung des Vertragsmusters durch das (damalige) BMAS, die zu vehementer Kritik Anlass gab,¹³⁹ ist mittlerweile entfallen.
- 51 Sowohl die Betriebsvereinbarung als auch (in den Fällen des § 3 Abs 2 BPG) der Einzelvertrag haben zu regeln (i) die Mitwirkung der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten an der Verwaltung der Pensionskasse, (ii) das Leistungsrecht, zu dem insb die Ansprüche der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten, die Höhe der vom Arbeitgeber zu entrichtenden Beiträge und eine allfällige Verpflichtung des Arbeitgebers zur Beitragsanpassung bei Auftreten von zusätzlichen Deckungserfordernissen gehören, weiters (iii) die Voraussetzungen und die Rechtswirkungen der Auflösung einer betrieblichen Pensionskasse, (iv) die Voraussetzungen für die Arbeitgeberkündigung des Pensionskassenvertrages gem § 17 PKG sowie (v) die Rechtswirkungen dieser Kündigung hinsichtlich der Ansprüche der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten (§ 3 Abs 1 Z 1-3 BPG).
- 52 Die – „kompetenzrechtlich“ auch in § 97 Abs 1 Z 18a ArbVG verankerte – Pensionskassen-Betriebsvereinbarung begründet für den Arbeitgeber zunächst (nur) eine **Kontrahierungspflicht**, dh die Pflicht zum Abschluss eines Pensionskassenvertrages mit einem Pensionskassenunternehmen.¹⁴⁰ Dieser Pensionskassenvertrag zwischen Arbeitgeber und Pensionskassenunternehmen ist ein (echter) Vertrag zugunsten Dritter, aus dem die (ehemaligen) Arbeitnehmer unmittelbar berechtigt werden.¹⁴¹
- 53 Zur **Leistung von Beiträgen an die Pensionskasse** ist der Arbeitgeber (sobald der Pensionskassenvertrag abgeschlossen worden ist) aber schon aufgrund der Pensionskassen-Betriebsvereinbarung oder (in den Fällen des § 3 Abs 1 a BPG) des Pensionskassen-Kollektivvertrages oder (unter den Voraussetzungen des § 3 Abs 2 BPG) der Einzelvereinbarung verpflichtet.¹⁴²

¹³⁷ Vgl *Schrammel*, BPG 39 ff.

¹³⁸ Dem II. Teil des ArbVG iSd § 3 Abs 1a BPG unterliegen auch die Betriebe jener Unternehmen, deren sondergesetzliche Betriebsverfassungsrechte zum (überwiegenden) Teil auf den II. Teil des ArbVG verweisen (vgl § 69 Abs 1 BBVG, *BGBI I 1997/66* und § 72 PBVG, *BGBI I 1996/326*).

¹³⁹ Vgl *Schrammel*, BPG 60.

¹⁴⁰ Vgl *Krejci*, Die Überleitung bestehender Betriebspensionsregelungen in das neue Pensionskassensystem, *VersRdSch* 1991, 49; *Schrammel*, BPG 44 91.

¹⁴¹ Vgl *Binder*, Rechtsprobleme des Dreiecksverhältnisses zwischen Unternehmer, Pensionsbegünstigtem und Pensionskasse, *ZAS* 1991, 106 (108); *Schrammel*, BPG 44; *Schwarz/Löschnigg*, *Arbeitsrecht*⁹, 6.5.2.7.1.

¹⁴² *Binder*, *ZAS* 1991, 106; *Schrammel*, BPG 44.

Der **Pensionskassenvertrag** muss sich eng an der Betriebsvereinbarung (dem Kollektivvertrag oder der Einzelvereinbarung gem Vertragsmuster) orientieren; sein Inhalt ist damit und durch § 15 PKG (vgl insb § 15 Abs 3 Z 1-18 PKG) genau determiniert. Obwohl der Pensionskassenvertrag nach „Beitrittsvereinbarung“ abgeschlossen wird, muss sich diese – gleichsam „vorausschauend“ – im Rahmen der Vorschriften des PKG halten. Wird dagegen verstoßen, dann darf der Pensionskassenvertrag einen solchen gesetzwidrigen Inhalt nicht nachvollziehen.¹⁴³

Entspricht ein Pensionskassenvertrag nicht den Vorschriften des PKG oder § 3 BPG, so hat der BMF die Pensionskasse mit der Verbesserung des Vertrages zu beauftragen; kommt die Pensionskasse diesem Auftrag binnen längstens sechs Monaten nicht nach, so ist der Pensionskassenvertrag nichtig (§ 15 Abs 4 PKG). Je nachdem, wer die Nichtigkeit zu vertreten hat, können sich daraus uU Ansprüche der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber wegen Verletzung seiner Kontrahierungspflicht ergeben.¹⁴⁴

Zwischen **Arbeitnehmer** und **Pensionskasse** besteht im Regelfall (vgl aber § 15 Abs 3a PKG) **keine vertragliche Beziehung**. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer sich gegenüber dem Arbeitgeber zur Leistung eigener Beiträge verpflichtet hat. Eine solche Vereinbarung ist nicht etwa als Vertrag zugunsten der Pensionskasse zu qualifizieren; Beitragsschuldner gegenüber letzterer ist auch in Bezug auf zu leistende Arbeitnehmerbeiträge allein der den Pensionskassenvertrag abschließende Arbeitgeber.¹⁴⁵

5.3.2. Die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge zur Pensionskasse

Das BPG regelt Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge recht spärlich, jedoch sehr rigide. Bei den **Arbeitgeberbeiträgen** unterscheidet man **fest**e und **variable Beiträge**. Erstere müssen betragsmäßig fixiert oder in fester Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen festgelegt sein. Dies erlaubt keine Knüpfung an erfolgsbezogene und damit naturgemäß variable Gehaltsbestandteile (zB Bonusregelungen in Abhängigkeit vom Jahresergebnis).¹⁴⁶ Zusätzlich gestattet § 3 Abs 1 Z 2 BPG variable Arbeitgeberbeiträge bis zur Höhe der festen Beiträge.

Bei leistungsorientierten Pensionskassenzusagen hat diese Zweiteilung keine Bedeutung und können die Beiträge in der Pensionskassen-Betriebsvereinbarung bzw im Pensionskassenvertrag zunächst zur Gänze variabel gestaltet und damit zB auch ausschließlich an erfolgsbezogene Vergütungen des Arbeitnehmers gebunden werden; letztlich bestimmt sich die Höhe der Beiträge des Arbeitgebers aber durch die von vornherein definierte Leistungshöhe (Höhe der Pension), mit der eine Nachschusspflicht des Arbeitgebers gegenüber der Pensionskasse korres-

¹⁴³ Schrammel, BPG 45.

¹⁴⁴ Ansprüche gegen die Pensionskasse infolge Nichtigkeit des Pensionskassenvertrages scheiden dagegen mE aus, weil erst der gültige Pensionskassenvertrag den Arbeitnehmern/Pensionisten Ansprüche gegen die Pensionskasse verschafft und letztere gegenüber den Arbeitnehmern selbst keine Kontrahierungspflicht trifft.

¹⁴⁵ Schrammel, BPG 53.

¹⁴⁶ Schrammel, BPG 51, der zutr hervorhebt, dass entweder eine betragsmäßige Festlegung erfolgen oder ein Prozent- bzw Promillesatz eines für eine bestimmte Zeiteinheit gebührenden, regelmäßigen Entgelts des Arbeitnehmers festgelegt sein muss. AM Gerlach, Zur „Höhe der Beiträge“ gem § 3 Abs 1 Z 2 BPG, eolex 1991, 187, bei dem aber die gesetzliche Unterscheidung von festen und variablen Arbeitgeberbeiträgen völlig unbeachtet bleibt.

pondiert, sofern die vorerst geleisteten Beiträge zur Finanzierung der vertraglich zugesagten Pension nicht ausreichen.¹⁴⁷

- 57 **Arbeitnehmerbeiträge** können nach herrschender, jedoch keineswegs überzeugender Ansicht nur durch Einzelvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (vgl § 3 Abs 4 BPG) begründet werden.¹⁴⁸ Die Beiträge des Arbeitnehmers dürfen gem § 3 Abs 4, 3. Satz BPG die Summe der jährlichen Beiträge des Arbeitgebers (also feste und variable Beiträge) nicht übersteigen.¹⁴⁹
- 58 Grundsätzlich sind auch **bedingte Beitragsverpflichtungen des Arbeitgebers** zulässig. Damit dürfen aber jene gesetzlichen Bestimmungen nicht umgangen werden, die die Einstellung oder Aussetzung von Beitragsverpflichtungen nur bei (gravierenden) wirtschaftlichen Schwierigkeiten erlauben (vgl § 6 Abs 1 Z 2 und § 6 Abs 6 Z 2 BPG).¹⁵⁰ Im Ergebnis zulässig, weil keine Gesetzesumgehung bedeutend ist jedoch eine vertragliche Verknüpfung der Beitragspflicht des Arbeitgebers mit der Leistung von Arbeitnehmerbeiträgen mit der Konsequenz, dass bei Einstellung letzterer auch die Beitragspflicht des Arbeitgebers entfällt.¹⁵¹

Dieses gesetzlich vorgegebene Korsett – maximal 50 % der gesamten Beiträge als Arbeitnehmerbeiträge und mindestens 50 % der Arbeitgeberbeiträge als feste Beiträge – ist zu starr und trägt den Bedürfnissen der Praxis nicht ausreichend Rechnung.¹⁵² Es bedeutet andererseits, dass auf die Vertragsgestaltung größtes Augenmerk zu legen ist, weil „fehlgeschlagene“ Arbeitgeberbeiträge, die in Wahrheit als Arbeitnehmerbeiträge zu qualifizieren sind,¹⁵³ im für den

¹⁴⁷ Vgl *Schrammel*, BPG 49. Daraus sieht man, dass die von Schrammel (ebenda) vertretene Ansicht, die Nachschusspflicht des Arbeitgebers könne auch bei leistungsorientierten Zusagen vertraglich ausgeschlossen werden, zwar durch den Gesetzeswortlaut nahe gelegt (von den Materialien indes nicht geteilt) wird, dessen ungeachtet aber problematisch ist. Damit ließe sich nämlich § 3 Abs 1 Z 2 BPG (dessen fehlende Flexibilität rechtspolitisch unglücklich ist) bequem umgehen, könnte doch der Arbeitgeber unter Berufung auf eine „leistungsorientierte“ Zusage ausschließlich variable Beiträge leisten, die Nachschusspflicht gegenüber der Pensionskasse aber ausschließen. Eine solche Zusage wäre nichts anderes als eine „Mogelpackung“.

¹⁴⁸ Vgl *Schrammel*, BPG 53; *Binder*, ZAS 1991, 106 (107) – keine Arbeitnehmerbeiträge durch Betriebsvereinbarung; OGH 16.12.1992, 9 Ob A 602/92, DRdA 1993, 369 (373) (*Resch*) – keine Arbeitnehmerbeiträge durch Kollektivvertrag; dagegen *Strasser*, Betriebspension und Beitragspflicht des Arbeitnehmers, in FS Schwarz 425 (430); *Runggaldier*, Arbeitnehmerbeiträge zur Altersversorgung und Kollektivvertrag, RdW 1991, 361; *Stupar*, Übertragung von Betriebspensionen 54.

¹⁴⁹ Vgl *Schrammel*, BPG 53.

¹⁵⁰ Vgl *Schrammel*, BPG 218, 220.

¹⁵¹ Zutr *Schrammel*, BPG 220; vgl auch *Csillag/Eberhartinger*, Bedingte Beitragsleistungen des Arbeitgebers an eine Pensionskasse?, *ecolex* 1991, 407; aM *Binder*, Rechtsprobleme des Dreiecksverhältnisses zwischen Unternehmer, Pensionsbegünstigtem und Pensionskasse, ZAS 1991, 106.

¹⁵² Wohl daraus erklären sich Deutungsversuche wie jener *Gerlachs* (*ecolex* 1991, 187), die aber den Gesetzeswortlaut negieren.

¹⁵³ Das kann zB dann passieren, wenn dem Arbeitnehmer vertraglich ein Wahlrecht eingeräumt wird, sich bei künftigen Entgelterhöhungen entweder für eine Zahlung als laufendes Entgelt/erfolgsbezogene Vergütung oder für die Widmung als „Pensionskassenbeitrag des Arbeitgebers“ entscheiden zu können. Denn damit wird dem Arbeitnehmer die Möglichkeit verschafft, über einen Bezugsteil zu disponieren, was zumindest ganz nahe am „klassischen Fall“ der Entrichtung von Arbeitnehmerbeiträgen liegt, wo der Arbeitnehmer aus seinem Arbeitsentgelt nach eigenem Gutdünken einen bestimmten Betrag oder Prozentsatz vom Ar-

5. Die Arten betrieblicher Pensionszusagen

Arbeitgeber schlechtesten Fall zu einem „Auffüllungsanspruch“ des Arbeitnehmers führen können.

5.3.3. Die steuerrechtliche Behandlung der Pensionskassenbeiträge

Besondere Bedeutung hat die Unterteilung in Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge im Lohnsteuerrecht. Nach der grundsätzlichen Systematik des EStG wären Arbeitgeberbeiträge zu Pensionskassen (wie Prämienzahlungen des Arbeitgebers an eine Versicherung oder Versorgungseinrichtung mit Rechtsanspruch des Arbeitnehmers) lohnsteuerpflichtige Einnahmen.¹⁵⁴ § 26 Z 7 lit a EStG nimmt solche Beiträge jedoch ausdrücklich von den Einkünften aus nicht selbständiger Arbeit aus, sodass es an einem lohnsteuerrechtlich relevanten Zufluss fehlt.

Mit dem Steuerreformgesetz 2000¹⁵⁵ wurde § 25 Abs 1 Z 1 a EStG aufgenommen und § 26 Z 7 lit a EStG eine Bestimmung angefügt, woraus sich ergibt, dass in steuerlicher Hinsicht Arbeitnehmerbeiträge und damit Einkünfte aus nicht selbständiger Arbeit (Arbeitslohn) vorliegen, wenn die Beiträge „ganz oder teilweise anstelle des bisher gezahlten Arbeitslohns oder der Lohnerhöhungen, auf die jeweils ein Anspruch besteht, geleistet werden, ausgenommen eine lohngestaltende Vorschrift iSd § 68 Abs 5 Z 1-6 sieht dies vor.“

Gegen diese Regelung und die damit bewirkte Ungleichbehandlung von bei Beginn des Arbeitsverhältnisses und nachträglich (bei laufendem Arbeitsverhältnis) vereinbarten Pensionskassenbeitragsbestimmungen wurden verfassungsrechtliche Bedenken laut.¹⁵⁶

Die lohnsteuerrechtliche Unterscheidung zwischen lohnsteuerfreien Arbeitgeber- und lohnsteuerpflichtigen Arbeitnehmerbeiträgen muss sich weiters mit der arbeitsrechtlichen nicht decken, was die Sache zusätzlich verkompliziert.¹⁵⁷

5.3.4. Beitragsorientierte und leistungsorientierte Pensionskassenzusagen

Das BPG unterscheidet beitragsorientierte und leistungsorientierte Pensionskassenzusagen. Bei den **beitragsorientierten Zusagen** ergibt sich die von der Pensionskasse an den Arbeitnehmer zu leistende Pension aus der Verrentung des in Form von

beitragsorientierte „einziehen“ und an die Pensionskasse abführen lässt. Hat der Arbeitnehmer das Wahlrecht in Bezug auf Entgelte, auf die ein Rechtsanspruch besteht, liegen jedenfalls (nicht nur lohnsteuerrechtlich, sondern) auch betriebspensionsrechtlich Arbeitnehmerbeiträge vor (vgl Köck, „Umwandlung“ von Arbeitsentgelt in Pensionskassenbeiträge, *ecol* 1992, 489, 491, der sogar bei Einräumung eines Wahlrechtes des **Arbeitgebers** das Vorliegen von Arbeitnehmerbeiträgen annimmt, was mE bei einer Disposition über noch nicht mit einem Rechtsanspruch versehene Entgelterhöhungen keinesfalls stimmt, aber auch in dem – von Köck, offenbar allein behandelten – Fall der „Entgeltumwandlung“ nicht überzeugt. Lohnsteuerrechtlich handelt es sich im letztgenannten Fall in Anbetracht der §§ 25 Abs 1 Z 1 lit a und 26 Z 7 lit a StG freilich um Arbeitnehmerbeiträge [dazu im Folgenden].)

¹⁵⁴ Vgl *Gassner*, „Deferred Compensation“ und Pensionskassenerlass, SWK 1998, 675 mwN in Fn 42 und 43.

¹⁵⁵ *BGBI I 1999/106*.

¹⁵⁶ Vgl *Shubshizky/Marschner*, Steuerreform 2000: Bezugsumwandlung wird nicht anerkannt, ÖStZ 1998, 509, 511; vgl zu den diversen (einer gesetzlichen Grundlage weitgehend entbehrenden) BMF-Erlässen (vom 17.2., 21.4. und 15.7.1998) schon früher *Gassner*, SWK 1998, 675.

¹⁵⁷ Im oben gewählten Beispiel liegen lohnsteuerrechtlich jedenfalls dann Arbeitgeberbeiträge vor, wenn sich das dem Arbeitnehmer eingeräumte Wahlrecht auf Entgelterhöhungen bezieht, auf die im Zeitpunkt der Verfügung noch kein Rechtsanspruch besteht.

Beiträgen eingezahlten Kapitals.¹⁵⁸ Die Höhe der Pensionsleistung ist also vom Veranlagungsergebnis abhängig. Damit schlüpft der Arbeitnehmer (in gewisser Weise aber auch der Arbeitgeber) in die Rolle des Anlegers, der Schutzobjekt spezifischer, von der Rspr auch außerhalb sondergesetzlicher Regelungen (wie insb im KMG und im BörseG) anerkannter Pflichten (des Pensionskassenunternehmens) ist. Solche bestehen auch bei **leistungsorientierten Zusagen**, jedoch nur gegenüber dem Arbeitgeber, weil die an den Arbeitnehmer zu erbringende Leistung (vom fraglichen Sonderfall des vertraglichen Ausschlusses der Nachschusspflicht abgesehen; siehe Rz 56) von vornherein festgelegt ist. Für den Arbeitgeber ist gerade wegen der Nachschusspflicht das Veranlagungsergebnis der Pensionskasse freilich von größter Bedeutung.

Unterschiede zwischen beitrags- und leistungsorientierten Zusagen bestehen bei der Gestaltung der Arbeitgeberbeiträge (vgl oben Rz 56 ff), bei der Wertanpassung¹⁵⁹ und nicht zuletzt im Organisationsrecht der Pensionskassen.¹⁶⁰

5.3.5. Die Übertragung bestehender Pensionszusagen auf Pensionskassen

- 62 Erwartungsgemäß stark genützt wurde die durch BPG und PKG geschaffene Möglichkeit, bestehende Direktzusagen des Arbeitgebers auf Pensionskassen zu übertragen, dh aus dem Unternehmen „auszulagern“ und damit – je nach Gestaltung – das Risiko zu vermindern oder auch eine Verbesserung des Bilanzbildes zu bewirken.
- 63 Hinsichtlich der rechtlichen Erfordernisse für eine solche Übertragung, die als „Beitritt“ iSd § 3 Abs 1 BPG zu qualifizieren ist,¹⁶¹ muss unterschieden werden. Bei **ehemaligen** (insb leistungsempfangenden) **Arbeitnehmern** bedarf die Übertragung in jedem Falle einer **Einzelvereinbarung** mit den Betroffenen (§ 3 Abs 3 BPG, wonach in solchen Fällen § 3 Abs 2 BPG anzuwenden ist).¹⁶²
- 64 Bei **aktiven Arbeitnehmern** ist eine Einzelvereinbarung dann erforderlich, wenn die Direktzusage selbst auf **Einzelarbeitsvertrag** (Vertragsschablone) beruhte, weil es sich um eine privative (befreiende) Schuldübernahme handelt und der Arbeitgeber durch die Übertragung von der Verpflichtung zur Pensionsleistung befreit werden soll.¹⁶³
- 65 Bei auf **Kollektivvertrag** beruhenden Direktzusagen muss die Übertragungs-Betriebsvereinbarung günstiger sein, um den Kollektivvertrag verdrängen (nicht aufheben) zu können (§ 3 Abs 1 ArbVG).¹⁶⁴

¹⁵⁸ Vgl *Schrammel*, BPG 51.

¹⁵⁹ Vgl *Freissmuth*, Praktische Aspekte eines Pensionskassenbeitritts, in Eberhartinger, Mehr Pension (1990) 205.

¹⁶⁰ Im Aufsichtsrat von betrieblichen Pensionskassen mit Nachschusspflicht stellen die Vertreter der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten einen Vertreter weniger als die Vertreter des oder der Arbeitgeber und gibt bei Stimmengleichheit jedenfalls die Stimme des Aufsichtsratsvorsitzenden, dessen Wahl einer doppelten Mehrheit bedarf, den Ausschlag. Bei betrieblichen Pensionskassen ohne Nachschusspflicht darf die Betriebsvereinbarung oder die Vereinbarung gem Vertragsmuster nach dem BPG davon abweichen.

¹⁶¹ *Schrammel*, BPG 61.

¹⁶² *Krejci*, Die Überleitung bestehender Betriebspensionsregelungen in das neue Pensionskassensystem, VersRdSch 1991, 49 (57); *Schrammel*, BPG 61. Diese Vorschrift wird in der Diskussion um die (fehlende) Vertretungsbefugnis des Betriebsrates gegenüber Pensionisten von Vertretern beider Meinungen für ihre Ansicht reklamiert; sie spricht mE für eine sonst bestehende Vertretungsbefugnis und damit gegen die Meinung des OGH, weil es § 3 Abs 3 BPG sonst nicht bedurft hätte.

¹⁶³ Vgl *Krejci*, VersRdSch 1991, 49 (56); *Schrammel*, BPG 62.

¹⁶⁴ *Schrammel*, BPG 62.

Nur bei einer Direktzusage durch **Betriebsvereinbarung** kann mittels Betriebsvereinbarung die Überleitung auf die Pensionskasse auch ohne Zustimmung des Arbeitnehmers und selbst dann bewirkt werden, wenn die „neue“ Zusage für den Arbeitnehmer ungünstiger ist.¹⁶⁵ Freilich ist zu beachten, dass die Betriebsvereinbarung an die Grundrechte wegen der mittelbaren Drittwirkung gebunden ist und der OGH in jüngster Zeit Verschlechterungen von auf Betriebsvereinbarung basierenden Ruhegeldordnungen durch nachfolgende Betriebsvereinbarung wegen „Exzesses“ die Wirksamkeit versagt hat. So wurde eine rund 32 bis 34 % betragende Verkürzung der Leistungen nicht anerkannt.¹⁶⁶

Besonders heikel ist die (in der Praxis vielfach genützte) Übertragung von Direktzusagen auf Pensionskassen mit gleichzeitiger **Umwandlung leistungsorientierter in beitragsorientierte Verpflichtungen**. Insb gegenüber jenen Arbeitnehmern bzw Pensionisten, die der Übertragung individuell zustimmen müssen (Rz 63 f), trifft die Pensionskasse hier mE eine strenge Sorgfaltpflicht, deren Verletzung zur Haftung wegen nicht sachgerechter Anlageberatung analog zur allgemein-zivilrechtlichen Prospekthaftung führt.¹⁶⁷

Unter dem Blickwinkel des „grundrechtlichen Verschlechterungsschutzes“ unbedenklich ist die Umwandlung leistungsorientierter und auf Betriebsvereinbarung beruhender Direktzusagen in beitragsorientierte Pensionskassenzusagen jedenfalls dann, wenn die bisherigen Leistungen bei einer ex ante noch realistischen (wenngleich ehrgeizigen) Rendite des eingesetzten Kapitals erzielbar sind oder nur geringfügig unterschritten werden¹⁶⁸.

Bei der Übertragung an die Pensionskasse ist das **Deckungserfordernis**¹⁶⁹ von der Pensionskasse neu und nach versicherungsmathematischen Grundsätzen zu berechnen; es gilt daher nicht automatisch die Kalkulation des Arbeitgebers.¹⁷⁰ Der Arbeitgeber muss vielmehr für die im Laufe von maximal zehn Jahren zu erfolgende Überweisung des Deckungserfordernisses die Ausfallhaftung übernehmen (§ 48 PKG). Wenn der Arbeitgeber seiner Verpflichtung zur Überweisung des Deckungserfordernisses wegen Vorliegens der Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 BPG (Einstellung von Beitragsleistungen wegen Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz des Arbeitgebers) oder infolge Konkursreife nicht nachkommen kann, hat die Pensionskasse die betroffenen Anwartschaften und Leistungsverpflichtungen entsprechend anzu-

¹⁶⁵ *Krejci*, VersRdSch 1991, 61; *Schrammel*, BPG 62.

¹⁶⁶ OGH 6.9.2000, 9 Ob A 106/00d, RdW 2001, 225; dazu *Kreil*, Zur Kürzung von Betriebspensionen durch Betriebsvereinbarung, RdW 2001, 222; Kap VIII Rz I.

¹⁶⁷ Eine solche Haftung ist zB gegeben, wenn die Pensionskasse anlässlich der geplanten Umwandlung einer leistungsorientierten Direktzusage in eine beitragsorientierte Pensionskassenzusage betont, dass damit die „Pensionen gesichert“ würden und überhaupt nicht darauf hinweist, dass die Leistungen sich bei entsprechend niedrigem Veranlagungsergebnis gegenüber dem früheren „Besitzstand“ auch verringern können.

¹⁶⁸ Daraus folgt, dass selbst spürbare Kürzungen beitragsorientierter Pensionkassenleistungen, die frühere leistungsorientierte und auf Betriebsvereinbarung beruhende Direktzusagen ersetzen, nicht wegen unzulässigen Eingriffs in grundrechtlich geschützte Positionen unwirksam sind, wenn und soweit der Grund für die Kürzung in nicht prognostizierbaren und nachhaltigen Einbrüchen auf den Kapitalmärkten zurückzuführen sind (für die Einbrüche 2000, 2001 und auch 2002 trifft das zweifellos zu) und bei der Veranlagung selbst sorgfaltskonform vorgegangen wurde.

¹⁶⁹ Gemeint ist natürlich das Deckungserfordernis für die umgestellte (beitragsorientierte) Zusage.

¹⁷⁰ Vgl *Krejci*, VersRdSch 1991, 55; *Schrammel*, BPG 61.

passen (§ 48 Abs 2 PKG). Aus dem noch ausstehenden Teil des Deckungserfordernisses entsteht dem Arbeitnehmer ein Anspruch aus einer direkten Leistungszusage des Arbeitgebers (§ 48 Abs 3 PKG).¹⁷¹

6. Betriebspension und Gleichbehandlung

Relevante Gesetzesbestimmungen: § 18 BPG, Art 141 EG, § 2, 2a, 10b GIBG, § 19d AZG

6.1. Das spezielle Gleichbehandlungsgebot des § 18 BPG

69 § 18 BPG ordnet an, dass der Arbeitgeber den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz einzuhalten hat und verpflichtet ist, bei Einschränkung oder Widerruf von dem BPG unterliegenden Rechten Leistungs- und Anwartschaftsberechtigte nach ausgewogenen, willkürliche oder sachfremde Differenzierungen zwischen Arbeitnehmern oder Arbeitnehmergruppen ausschließenden Grundsätzen zu behandeln (Abs 1).

Bei Pensionskassenzusagen muss den Arbeitnehmern oder Arbeitnehmergruppen des Betriebes eine ausgewogene, willkürliche und sachfremde Differenzierungen ausschließende Beteiligung am System ermöglicht werden (Abs 2).

Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot bewirken einen Ausgleichsanspruch des in seinen Rechten Geschmälernten (Abs 3).

70 Während § 18 Abs 1, erster Satzteil BPG nur deklarativ die Geltung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes (Kap VIII Rz 17) auch im Betriebspensionsrecht klarstellt¹⁷², reicht der zweite Satzteil von § 18 Abs 1 BPG darüber hinaus. Ist (jedenfalls bei direkten Leistungszusagen und Lebensversicherungen – zu Pensionskassenzusagen siehe Rz 71) sowohl hinsichtlich des Kreises der in die Zusage einbezogenen Arbeitnehmer als auch der inhaltlichen Ausgestaltung der Zusage nur der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten¹⁷³, beinhaltet § 18 Abs 1, zweiter Satzteil BPG ein erweitertes Diskriminierungs- und Differenzierungsverbot¹⁷⁴. Über den in der Rspr grundsätzlich nach wie vor bestehenden Ansatz hinaus, verbietet § 18 Abs 1, zweiter Satzteil BPG bei Einschränkung oder Widerruf von Rechten und Leistungen nach dem BPG auch die willkürliche Bevorzugung einer Minderheit oder einzelner Arbeitnehmer¹⁷⁵, was in Anbetracht des in § 18 Abs 3 BPG verankerten Angleichungsanspruches für den Arbeitgeber sehr teuer werden kann.

Wenn gesagt wird, erst seit Geltung des § 18 Abs 1, zweiter Satzteil BPG wäre es dem Arbeitgeber untersagt, bei der Einschränkung oder Einstellung von Leistungen/Anwartschaften die Lasten einseitig auf die Pensionisten oder die Aktivbelegschaft zu verteilen, weil der allgemei-

¹⁷¹ Vgl *Schrammel*, BPG 63.

¹⁷² Gerade das Betriebspensionsrecht war das „Haupt-Exerzierfeld“ für die Gleichbehandlungsjudikatur des OGH (vgl *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung 27). Gewisse normative Bedeutung hat § 18 Abs 1 erster Satzteil BPG allenfalls dadurch, dass im Hinblick auf § 19 BPG auch die – tw für zulässig gehaltene – individuelle Abdingung der Ungleichbehandlung im Einzelfall unzulässig ist (*Schrammel*, BPG 196).

¹⁷³ Vgl *Schrammel*, BPG 197, 199 mwN.

¹⁷⁴ Vgl *Eichinger*, Zum Gleichbehandlungsgebot gem § 18 BPG, ZAS 1991, 119, 131; *Strasser*, Betriebspension 36f; *Schrammel*, BPG 201.

¹⁷⁵ Vgl *Schrammel*, BPG 201; *Eichinger*, ZAS 1991, 119 (132); *Strasser*, Betriebspension 37.

ne arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz eine Differenzierung zwischen diesen beiden Gruppen gestatte¹⁷⁶, so ist das **so** nicht richtig, zumindest aber missverständlich. Eine Differenzierung zwischen Aktiven und Betriebspensionisten ist auch unter dem Blickwinkel des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes **nicht per se** rechtmäßig, wenngleich als Kriterium für eine unterschiedliche Behandlung oft tauglich¹⁷⁷. Vor allem aber hat § 18 Abs 1, zweiter Satzteil BPG **im Ergebnis** den davor bestehenden Rechtszustand deshalb kaum geändert, weil – sieht man von unverbindlichen Pensionszusagen (dazu Rz 12) ab – die Einschränkung oder Einstellung von Anwartschaften/Leistungen außerhalb des Anwendungsbereiches des BPG auch bei schrankenlos formulierten Widerrufsvorbehalten dem OGH zufolge stets am Kriterium des „billigen Ermessens“ zu messen war und ist. Bei der Prüfung, ob sich der Arbeitgeber in diesem Rahmen bewegt, kommt aber – wie die Rspr¹⁷⁸ ganz zutreffend erkannt hat – dem Aspekt der ausgewogenen und adäquaten Verteilung der Lasten auf Pensionisten und Aktive wesentliche Bedeutung zu.

Das auf **Pensionskassenzusagen** bezogene Gleichbehandlungsgebot des § 18 Abs 2 BPG, dessen Wortlaut zweideutig ist, bezieht sich – entgegen den Ausführungen in den Materialien¹⁷⁹ – nur auf die inhaltliche Ausgestaltung der Zusage, nicht jedoch auf den Vorgang der Einbeziehung an sich¹⁸⁰. Für die Einbeziehung von Arbeitnehmern in das Pensionskassensystem gilt vielmehr der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz¹⁸¹. Ein ganz spezieller Gleichbehandlungsaspekt bei der Einbeziehung in Pensionskassenzusagen ergibt sich aus § 1 Abs 2 Z 2 BPG. Danach gilt das BPG auch für Pensionskassenzusagen an Mitglieder von Vertretungsorganen juristischer Personen des Privatrechts (also insb GmbH-Geschäftsführer, Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften, Sparkassen und Genossenschaften etc), sofern „*der Arbeitgeber Träger einer betrieblichen Pensionskasse ist oder zugunsten seiner Arbeitnehmer einer überbetrieblichen Pensionskasse beigetreten ist.*“ Daraus wird die Unzulässigkeit der exklusiven Einbeziehung von Organmitgliedern in ein Pensionskassensystem gefolgert¹⁸².

¹⁷⁶ So *Schrammel*, BPG 201.

¹⁷⁷ Vgl OGH 6.7.1998, 8 Ob A 161/98d, DRdA 1999, 372 (*Eichinger*)

¹⁷⁸ OGH 29.5.1996, 9 Ob A 2023/96, RdW 1997, 221; OGH 5.3.1997, 9 Ob A 2223/96v, *ecolex* 1997, 795.

¹⁷⁹ Vgl dazu *Schrammel*, BPG 205.

¹⁸⁰ VfGH 6.12.1994, B 204/94, DRdA 1995, 346 (*Eichinger*) = ZAS 1996, 127 (*Schrammel*); dazu *Weinmeier*, VfGH 6.12.1994, B 204/94: Sachliche Differenzierung bei der Einbeziehung in ein Pensionskassensystem zulässig, RdW 1995, 223. Ebenso die ganz hL: *Tomandl*, Ungereimtheiten und Unzulänglichkeiten im neuen Betriebspensionsrecht, ZAS 1991, 80 (84); *Strasser*, Betriebspension 42f; *Eichinger*, ZAS 1991, 119 (124); *Schrammel*, BPG 204; vgl auch *Hainz*, Pensionszusagen nur an Führungskräfte gleichheitswidrig?, *ecolex* 1991, 332; aM *Wöss*, Das Gleichbehandlungsgebot nach § 18 BPG, DRdA 1991, 345 (347) und *Laurer*, Gleichheitssatz und Gleichbehandlung im Betriebspensionsrecht. Ein Kriterium für die Drittwirkungslehre der Grundrechte, in FS Rill (1995) 487, 495.

¹⁸¹ *Schrammel*, BPG 207 mwN.

¹⁸² Richtigerweise gilt dies nicht bloß für Vorstandsmitglieder einer AG oder Sparkasse, die generell nicht als Arbeitnehmer angesehen werden, sondern für sämtliche Organmitglieder (also zB auch nicht wesentlich an der Gesellschaft beteiligte GmbH-Geschäftsführer, die nach arbeitsvertraglichem Verständnis Arbeitnehmer sind), weil das BPG nach richtiger Ansicht direkte Leistungszusagen auch an solche Organmitglieder nicht erfasst, die an sich Arbeitnehmer sind (so *Runggaldier*, Sind Pensionszusagen an GmbH-Geschäftsführer vom BPG erfasst?, RdW 1991, 16; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 209; *G. Schima*, Zulässigkeit von Treuepflichtklauseln in Pensionsverträgen innerhalb und außerhalb der Geltung des Betriebspensionsgesetzes, JBl 1993, 494 [498]; aM *Schrammel*, Zum Anwendungsbereich des Betriebspensionsgesetzes, ZAS 1991, 73 [75]; *Schrammel*, BPG 6). Der Begriff „Arbeitnehmer“ ist daher sowohl in § 1 Abs 1 als auch in § 1 Abs 2 Z 2 BPG in der Weise einschränkend zu interpretieren, dass Organmitglieder mit Arbeitnehmereigenschaft nicht darunter fallen.

72 Es gilt damit für die **Einbeziehung** von Arbeitnehmern in **betriebliche Pensionsysteme** – und nur dies erscheint sachgerecht¹⁸³ – derselbe Maßstab bei Direktzusagen, Lebensversicherungen und Pensionskassenzusagen.

Differenzierungen sind in vielfältiger Hinsicht möglich¹⁸⁴.

So kann die Unterscheidung sich an

- der Dienstdauer,
- der Art der Dienstleistung,
- einer bestimmten Position im Unternehmen und/oder
- daran orientieren, ob der Arbeitnehmer aufgrund seines deutlich über der Höchstbeitragsgrundlage gem ASVG liegenden Einkommens im Alter eine größere Unterdeckung zu erwarten hat¹⁸⁵.
- Auch die Überlegung des Arbeitgebers, nur Arbeitnehmern in Schlüsselpositionen Betriebspensionszusagen zu machen, weil deren Betriebstreue aufgrund ihrer hohen Unentbehrlichkeit für das Unternehmen gefördert werden soll, verstößt nicht gegen den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

73 Eine **unterschiedliche Behandlung von Teilzeitbeschäftigten** beim betrieblichen Ruhegeld bedarf sachlicher Differenzierung, für die der Arbeitgeber beweispflichtig ist (§ 19d Abs 6 AZG)¹⁸⁶. Außerdem kann in der schlechteren Behandlung Teilzeitbeschäftigter eine mittelbare und damit gegen das GIBG verstoßende Diskriminierung liegen.¹⁸⁷

Da gem § 19d Abs 6, zweiter Satz AZG „freiwillige Sozialleistungen“ (zu denen auch Betriebspensionen zählen) „zumindest in jenem Verhältnis zu gewähren (sind), das dem Verhältnis der regelmäßig geleisteten Arbeitszeit zur gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Normalarbeitszeit entspricht“, hat der Arbeitgeber Teilzeitbeschäftigten aliquote betriebliche Ruhegeldleistungen zumindest dann und insoweit zu gewähren, wenn bzw als sie vergleichbare Gruppen vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer erhalten. Dessen ungeachtet ist mE die Verknüpfung der Erteilung einer Pensionszusage mit einem bestimmten Mindesteinkommen (zB mindestens 10% über der aktuellen ASVG-Höchstbeitragsgrundlage nach einer bestimmten Anzahl von Dienstjahren) zur Minderung von Unterdeckungen im Ruhestand zulässig und kann zu einem rechtmäßigen Ausschluss Teilzeitbeschäftigter aus dem betrieblichen Ruhegeldsystem führen¹⁸⁸.

Interessante Fragen stellen sich im Zusammenhang mit der Bemessungsgrundlage bei Betriebspensionszusagen an Teilzeitbeschäftigte mit (in der Praxis häufig anzutreffenden) regelmäßigen Mehrleistungen¹⁸⁹.

¹⁸³ Zutr *Schrammel*, BPG 206.

¹⁸⁴ Vgl den Überblick über erlaubte Differenzierungskriterien bei *Widermann*, Das Gleichbehandlungsgebot gem § 18 Abs 2 BPG, SWK 1995 B 7.

¹⁸⁵ Vgl dazu *Schrammel*, BPG 208.

¹⁸⁶ Vgl *Schwarz/Löschnigg*, *Arbeitsrecht*⁹, 6.7.2 mwN.

¹⁸⁷ Vgl *Eichinger*, Zum Gleichbehandlungsgebot gem § 18 BPG, ZAS 1991, 119 (128); *Schrammel*, BPG 199.

¹⁸⁸ Zur Frage des maßgebenden Stichtages aus europarechtlicher Sicht für die Einbeziehung von Teilzeitbeschäftigten in betriebliche Ruhegeldsysteme vgl unten Rz 79. Vgl *Weinmeier*, EU und Betriebspension; Zur Frage des Stichtages für die Beseitigung von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, RdW 1995, 306.

¹⁸⁹ Vgl ASG Wien 23.10.2000, 20 Cga 88/00, rk, ARD 5199/2/2001, wonach das von einem Teilzeitbeschäftigten für regelmäßige Mehrarbeit bezogene Entgelt auch bei der Bemessung der betrieblichen Pension zu berücksichtigen sei. In der maßgebenden Betriebsvereinbarung war festgelegt, dass die Pension sich ausschließlich am Grundgehalt orientiert.

Der in § 18 Abs 3 BPG verankerte **Angleichungsanspruch**, der rechtsdogmatisch als Erfüllungs- und nicht als Schadenersatzanspruch zu qualifizieren ist, entspricht in seiner Wirkungsweise (aber eben nicht in seinem sachlichen Anwendungsbereich; Rz 69 f) dem von der Rspr auch bei der Verletzung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes zuerkannten Anspruch¹⁹⁰. 74

6.2. Europarechtliche Einwirkungen auf Betriebspensionen

Konsequenzen für die betriebliche Altersversorgung und insb für das Anfallsalter bei Männern und Frauen ergeben sich aus dem Lohnleichheitsgebot des Art 141 EG (früher: Art 119 EGV), der für betriebliche Pensionsleistungen gilt.¹⁹¹ Art 141 EG gehört zu den seltenen europarechtlichen Vorschriften, die von Individuen unmittelbar vor den innerstaatlichen Gerichten durchgesetzt werden können und auch für die Beziehungen zwischen Einzelpersonen unmittelbare Geltung haben¹⁹². 75

Es ist davon auszugehen, dass spätestens seit dem Datum der „Barber-Entscheidung“ vom 17. Mai 1990¹⁹³ ein **unterschiedliches Pensionsalter für Männer und Frauen** in betrieblichen Pensionsregelungen nicht mehr geduldet wird¹⁹⁴. In Österreich gilt das obige Gebot aufgrund des Art 69 iVm Anhang XVIII Pkt 20 des EWR-Abkommens ab dem Zeitpunkt des EWR-Beitritts (1. Jänner 1994)¹⁹⁵. 76

Eine **Angleichung der unterschiedlichen Pensionsalter** kann grundsätzlich sowohl durch Herabsetzung des Männerpensionsalters (Verbesserung der Rechtslage der benachteiligten Gruppe) als auch durch Hinaufsetzung des Frauenpensionsalters (Verschlechterung der Position der bevorzugten Gruppe) erfolgen¹⁹⁶. Der „Angleichung nach unten“ wird aber häufig der Umstand entgegenstehen, dass entweder individu- 77

¹⁹⁰ Vgl *Eichinger*, ZAS 1991, 119 (133); *Schrammel*, BPG 208.

¹⁹¹ Vgl näher zur Problematik *Runggaldier*, Die Bedeutung des EU-Rechts für die Betriebspension, in Tomandl (Hrsg), Der Einfluss des europäischen Rechts auf das Arbeitsrecht (2001) 63 ff.

¹⁹² Klargestellt seit EuGH 8. 4. 1976, Rs 43/75, Slg 1976, 455 – Defrenne/Sabena („Defrenne II“); dies gilt insb auch dann, wenn die innerstaatlichen Rechtsvorschriften dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art 141 EG widersprechen, also das Vorgehen an sich erlauben würden (*Curall* in Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar⁵ Art 119 Rz 23).

¹⁹³ EuGH 17.5.1990, Rs C-262/88, Slg 1990, I-1889 – *Barber*.

¹⁹⁴ Vgl auch das zweite Zusatzprotokoll zum Vertrag über die Europäische Union, wo es ausdrücklich heißt, dass „iSd Art 119 . . . Leistungen aufgrund eines betrieblichen Systems der sozialen Sicherheit nicht als Entgelt (gelten), sofern und soweit sie auf Beschäftigungszeiten vor dem 17.5.1990 zurückgeführt werden können.....“; vgl *Weinmeier*, EuGH zur geschlechtsspezifischen Berechnung von Betriebspensionen, ZAS 1994, 145; *Weinmeier*, EU Betriebspensionen: Zur Frage des Stichtages für die Beseitigung von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, RdW 1995, 306; *Gruber*, Betriebspensionen: EU-rechtliche Rückwirkungsbeschränkungen, ecolex 1995, 653; *Bednar/Massera/Moser*, Betriebliches Pensionsalter in der EU, RdW 1996, 120.

¹⁹⁵ *Weinmeier*, RdW 1995, 306 (310), die zutr darauf hinweist, dass daraus keine Verpflichtung folgt, mit 1.1.1994 schlagartig ein unterschiedliches Pensionsalter in Bezug auf Beschäftigungszeiten seit dem 17.5.1990 auszugleichen. Eine solche Rückwirkung ist vielmehr auch europarechtlich nicht begründbar.

¹⁹⁶ Vgl EuGH 28.9.1994, Rs C-408/92, Slg 1994, 4435 = BB 1994, 2145 – *Smith*; vgl auch *Gruber*, Betriebspensionen ohne geschlechtsbezogene Diskriminierung, ecolex 1995, 740 (741); *Bednar/Massera/Moser*, Betriebliches Pensionsalter in der EU, RdW 1996, 120.

elle Zustimmungen der nunmehr von einer Verschlechterung betroffenen Arbeitnehmer oder (bei Betriebsvereinbarung) des Betriebsrates erforderlich sind¹⁹⁷.

- 78 **Erfolgt keine Angleichung**, dann kann ein Angehöriger des benachteiligten Geschlechtes (idR ein Mann) die Auszahlung des auf seit dem EWR-Beitritt (1. Jänner 1994) erdienten Anwartschaften beruhenden Teils der Pension schon zu dem Zeitpunkt verlangen, ab dem dem bevorzugten Geschlecht (idR den Frauen) ein Anspruch zusteht. Der aus den vor dem 1. Jänner 1994 erworbenen Anwartschaften resultierende Pensionsteil kann erst bei Erreichung des Männerpensionsalters geltend gemacht werden¹⁹⁸.
- 79 Was die – abgesehen vom unterschiedlichen Pensionsalter – maßgebenden **Stichtage für die Beseitigung geschlechtsbezogener Unterschiede** im Recht der betrieblichen Altersversorgung anbelangt, herrschen unterschiedliche Meinungen¹⁹⁹. Vertreten wird als generell maßgebender Stichtag der 1. Jänner 1994²⁰⁰, weiters der 14. Juli 1990 als Zeitpunkt des Inkrafttretens der zweiten Novelle zum GIBG hinsichtlich des Entgeltbegriffes und der 1. Jänner 1993 (Inkrafttreten der dritten Novelle zum GIBG) in Bezug auf Pensionsalter und Hinterbliebenenversorgung²⁰¹ sowie ein Stichtag sogar zurückreichend bis Mitte der 80er-Jahre, als die Diskussion über die mittelbare Diskriminierung oder das Problem der Witwerpension im Recht der betrieblichen Altersversorgung in Österreich begann²⁰². Das Problem ist durch die in § 10b GIBG verankerte dreijährige **Verjährungsfrist** freilich stark relativiert²⁰³.
- 80 Der OGH differenziert bei der **Witwerpension** überhaupt nicht nach Beschäftigungszeiten, sondern sprach aus, dass ein Anspruch auf Witwerpension (sofern die Witwe des Betroffenen auch Anspruch auf Witwenpension gehabt hätte) schon aus § 2 Abs 1 GIBG folge²⁰⁴ und bei auf Betriebsvereinbarung beruhenden Pensionen auch aus Art 2 StGG und Art 7 Abs 1 B-VG

¹⁹⁷ Vgl *Gruber*, *ecolex* 1995, 742; dies gilt ungeachtet dessen, dass eine Ungleichbehandlung, die deshalb erfolgt, um eine unzulässige Diskriminierung zu beseitigen, selbst nicht unter Art 141 EG (Art 119 EGV) fällt (Ansicht des Generalanwaltes van Gerven und der Kommission in der Rs C-132/92, *Birds Eye Walls/Roberts*, Slg 1993/I-5579, insb Entscheidungsgrund 29). Vgl auch *Bednar/Massera/Moser*, RdW 1996, 121, die zutr betonen, dass der „Segen des EuGH allein für die rechtliche Wirksamkeit einer Anhebung des Frauenpensionsalters hinsichtlich zukünftiger Anwartschaften nicht genügt, sondern die Zulässigkeit außerdem nach innerstaatlichem Recht zu prüfen ist.“

¹⁹⁸ *Bednar/Massera/Moser*, RdW 1996, 120.

¹⁹⁹ Vgl die Darstellung bei *Weinmeier*, EU und Betriebspensionen: Zur Frage des Stichtages für die Beseitigung von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, RdW 1995, 306 (307) mwN.

²⁰⁰ Vgl *Kirschbaum*, Zur Rückwirkung des Diskriminierungsverbotes bei Betriebspensionen, DRdA 1994, 287, 291; vgl auch *Resch*, Rechtsfragen der Teilzeitbeschäftigung, DRdA 1993, 105.

²⁰¹ Vgl *Gruber*, Betriebspensionen und Gleichbehandlung – neues vom EuGH, *ecolex* 1995, 273 (276). Hinsichtlich der Einbeziehung von Teilzeitbeschäftigten vertritt *Gruber* daher die Ansicht, dass der 14.7.1990 der maßgebende Stichtag sei.

²⁰² Vgl *Runggaldier*, Rückwirkung neuer Rechtsprechung?, RdW 1994, 50 (54); Den Beginn der Diskussion markierten Beiträge von *Mathiaschitz* (Gleichbehandlungsgrundsatz und Gleichbehandlungsgesetz als Schranken der Ausgestaltungsfreiheit betrieblicher Ruhegeldordnungen, in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch 283) und *Eichinger* (Die Frau im Arbeitsrecht [1991] 54 zur mittelbaren Diskriminierung).

²⁰³ Vgl *Weinmeier*, RdW 1995, 308; *Hipsch*, Betriebspension 31.

²⁰⁴ OGH 19.12.1990, 9 Ob A 219/90, ZAS 1991, 210 (*Sladeczek*) = DRdA 1991, 369 (*Beck-Managetta*).

7. Betriebspension und Betriebs(teil)übergang

abzuleiten sei²⁰⁵. Allerdings müsse – so das Höchstgericht – die Angleichung der Witwerpension an die der Witwe nur parallel zur Neugestaltung der Witwerpension in der gesetzlichen Sozialversicherung erfolgen, was bedeutet, dass seit dem 1. Jänner 1995 Witwen- und Witwerpension ohne jegliche Einschränkung in gleicher Höhe zu gewähren sind²⁰⁶.

7. Betriebspension und Betriebs(teil)übergang

Relevante Gesetzesbestimmungen: Art 3 BetriebsübergangsRL, §§ 3, 5 AVRAG, §§ 31 – 32 ArbVG

Betriebliche Pensionszusagen nehmen im Rahmen des Gemeinschaftsrechtes bei Betriebs(teil)übergang (dazu eingehend Kap XIV) eine Sonderstellung ein. Gem Art 3 Abs 4 lit a BetriebsübergangsRL²⁰⁷ gelten die zentralen Bestimmungen des Art 3 Abs 1 und Abs 3 RL betreffend den Übergang der Rechte und Pflichten des Veräußerers und der Aufrechterhaltung der Arbeitsbedingungen – sofern die Mitgliedstaaten nichts anderes vorsehen – nicht für Rechte der Arbeitnehmer auf Leistungen bei Alter, Invalidität oder für Hinterbliebene aus betrieblichen oder überbetrieblichen Zusatzversorgungseinrichtungen außerhalb der gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten. Auch in diesem Falle haben die Mitgliedstaaten aber gem Art 3 Abs 4 lit b RL die notwendigen Maßnahmen zum Schutz der Interessen der Arbeitnehmer sowie der Personen zu treffen, die zum Zeitpunkt des Übergangs bereits aus dem Betrieb des Veräußerers ausgeschieden sind, hinsichtlich ihrer Rechte oder Anwartschaftsrechte auf Leistungen bei Alter, einschließlich Leistungen für Hinterbliebene aus betrieblichen oder überbetrieblichen Zusatzversorgungseinrichtungen. 81

Die ratio besteht darin, dass übergegangene Unternehmen, Betriebe oder Betriebsteile möglichst nicht mit wirtschaftlich uU schwer verkraftbaren Pensionsleistungen belastet werden sollen. Der österreichische Gesetzgeber hat dieser Vorgabe durch Sonderregelungen im ArbVG und AVRAG Rechnung getragen.²⁰⁸ Das durch die RL verfolgte Ziel kann damit freilich nicht erreicht werden, weil die erdienten Anwartschaften oder Ansprüche ja nicht ersatzlos beseitigt werden dürfen und nach dem österreichischen Konzept eine Ablehnung von Pensionszusagen des Veräußerers durch den Erwerber den ersteren wirtschaftlich besonders stark trifft.

7.1. Das Widerspruchsrecht bei Nichtübernahme einer betrieblichen Pensionszusage

Der Arbeitnehmer kann dem Übergang des Arbeitsverhältnisses bei Betriebs(teil)-übergang **widersprechen**, wenn der Erwerber eine betriebliche Pensionszusage nicht übernimmt (§ 3 Abs 4, 1. Satz, 2. Fall AVRAG, Kap XIV Rz 49). Der Verweis auf § 5 AVRAG bezieht sich nur auf dessen einzelvertragliche **Pensionszusagen** be- 82

²⁰⁵ OGH 11.8.1993, 9 Ob A 133/93, RdW 1994, 54.

²⁰⁶ *Weinmeier*, EU und Betriebspensionen: Zur Frage des Stichtages für die Beseitigung von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, RdW 1995, 306 (312).

²⁰⁷ RL 77/187 EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen vom 14.2.1977 idF der RL 98/50; in der Folge als „RL“ bezeichnet.

²⁰⁸ Vgl auch *Runggaldier*, Bedeutung des EU-Rechts, in Tomandl, Der Einfluss des europäischen Rechts (2001) 86f.

treffenden Abs 1.²⁰⁹ Sachgerecht ist die Unterscheidung zwischen (ablehnbaren) einzelvertraglichen und auf Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung beruhenden Zusagen nicht.²¹⁰

Die einmonatige Frist für den Widerspruch des Arbeitnehmers wird durch die Erklärung des Erwerbers ausgelöst, die Zusage abzulehnen. Erfolgt eine solche nicht, entsteht kein Widerspruchsrecht. Was ein „*rechtzeitiger Vorbehalt*“ iSd § 5 Abs 1, 2. Satz AVRAG ist und wodurch die Pensionszusage auf den Erwerber nicht übergeht, wird durch § 3 Abs 4, 2. Satz AVRAG deutlicher. Aus der Vorschrift folgt, dass der Erwerber eine einzelvertragliche²¹¹ Pensionszusage gem § 5 Abs 1 AVRAG auch nach Betriebsübergang ablehnen kann.²¹² § 3 Abs 4, 2. Satz AVRAG bedeutet gleichzeitig eine Einschränkung der in § 3 Abs 3, letzter Satz AVRAG verankerten Verpflichtung des Erwerbers, dem Arbeitnehmer „*jede aufgrund des Betriebsüberganges erfolgte Änderung der Arbeitsbedingungen unverzüglich mitzuteilen*“. Demgemäß bedeutet eine Nichtäußerung des Erwerbers vor Ablauf der gem § 3 Abs 4, 2. Satz AVRAG vom Arbeitnehmer gesetzten Frist keinen Verzicht auf den Vorbehalt gem § 5 Abs 1 AVRAG.²¹³

- 83 **Lehnt der Erwerber die einzelvertragliche Pensionszusage ab**, dann führt dies zu einer hohen wirtschaftlichen Belastung des Veräußerers (die je nach vertraglicher Absprache typischerweise auch den Erwerber trifft). Es endet der Erwerb neuer Pensionsanswartschaften, und der Arbeitnehmer hat gegen den Veräußerer Anspruch auf Pensionsabfindung, die sich nach dem Willen des Gesetzgebers auf sämtliche, daher auch auf die vor dem 1. Juli 1990 (Inkrafttreten des BPG) erdiente Pensionsanswartschaften bezieht.²¹⁴

²⁰⁹ Dies ist so gut wie unstrittig: vgl Köck, Widerspruch des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang, *ecolex* 1993, 547 (548); *Gahleitner/Leitsmüller*, Umstrukturierung und AVRAG (1996) 117; *Holzer/Reissner*, AVRAG 129; *Binder*, AVRAG § 3 Rz 118; vgl auch *Schrammel*, Rechtsfragen des Betriebsüberganges, ZAS 1996, 6 (12), der (nicht überzeugend) nicht bloß § 5 Abs 1 AVRAG, sondern auch § 5 Abs 2 – 4 AVRAG nur auf einzelvertragliche Pensionszusagen bezieht.

²¹⁰ *Gahleitner/Leitsmüller*, Umstrukturierung und AVRAG 116 Fn 100 bestreiten überhaupt die sachliche Rechtfertigung der durch § 5 Abs 1 AVRAG ermöglichten Ablehnung durch den Erwerber.

²¹¹ Richtigerweise auch eine auf der Nachwirkung einer Pensions-Betriebsvereinbarung beruhende (vgl *G. Schima*, Aufnahme von Betrieben oder Betriebsteilen und Sonderkündigungsrecht gem § 31 Abs 7 ArbVG bei Pensions(kassen)-betriebsvereinbarungen, ZAS 2001, 65; dazu unten Rz 87f).

²¹² Zutr *Gahleitner/Leitsmüller*, Umstrukturierung und AVRAG 161; aM offenbar *Köck*, Widerspruch des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang, *ecolex* 1993, 547 (549), dem aber nicht zu folgen ist. Denn die Auslegung von *Köck* negiert den klaren Wortlaut des § 3 Abs 4, 2. Satz AVRAG, der ausdrücklich die Möglichkeit einer „Äußerung“ (Ablehnungserklärung) nach dem Zeitpunkt des Betriebsüberganges vorsieht. Die dort verwendete Terminologie passt bloß bei der „Nichtübernahme“ des kollektivvertraglichen Bestandschutzes (die von einer Willenserklärung des Erwerbers unabhängig ist) nicht wirklich, sehr wohl aber bei der rechtsgeschäftlichen Ablehnung einer Pensionszusage.

²¹³ Ebenso *Binder*, Betriebsübergang und Schicksal der betrieblichen Altersversorgung, JBl 1998, 416, 419.

²¹⁴ Vgl EB zur RV 1077 BlgNR 13. GP 12; ebenso *Gahleitner/Leitsmüller*, Umstrukturierung und AVRAG 164; *Binder*, AVRAG § 5 Rz 17; die gesetzliche Formulierung ist allerdings legistisch so mangelhaft, dass man auch das Gegenteil vertreten könnte: vgl *G. Schima*, Automatischer Übergang von Arbeitsverträgen bei Betriebsinhaberwechsel, RdW 1993, 216 (218); so in der Tat *Weinmeier*, Freizügigkeit und Sozialpolitik im EWR und ihre Umsetzung im österreichischen Recht (1994) 114; dagegen *Binder*, AVRAG § 5 Rz 23.

7. Betriebspension und Betriebs(teil)übergang

Die gesetzlich vorgeschriebene Maßgeblichkeit des **Teilwertverfahrens** bei leistungsorientierten Zusagen anstatt des Ansammlungsverfahrens führt zu erheblich höheren Abfindungsbeträgen als die Berechnung des sich aus dem BPG ergebenden Unverfallbarkeitsbetrages. Denn leistungsorientierte Zusagen sind anders als beitragsorientierte nicht in jedem Zeitpunkt „ausfinanziert“.²¹⁵

Im Gegensatz zum Unverfallbarkeitsbetrag (Rz 40) kann der Arbeitnehmer unabhängig von der Höhe die **bare Abfindung** verlangen (§ 5 Abs 3 AVRAG).²¹⁶ 84

Wird bei **Kollektivvertragswechsel** eine für den Arbeitnehmer bessere durch eine schlechtere Pensionszusage (im Erwerber-Kollektivvertrag) ersetzt, gebührt nach dem klaren Wortlaut („Wegfall“) **keine Differenzabfindung**.²¹⁷ Eine Stichtagsbewertung als Mittel des Vergleichs zweier kollektivvertraglicher Zusagen wäre schon deshalb völlig ungeeignet, weil ein solcher Vergleich die künftige Entwicklung der Kollektivverträge unberücksichtigt lassen müsste. 85

Wenn der **Erwerber Gesamtrechtsnachfolger** ist, hat er gem § 5 Abs 1, 1. Satz AVRAG **kein Ablehnungsrecht**. Die einzelvertragliche Pensionszusage wird zum Inhalt des Arbeitsvertrages zwischen Arbeitnehmer und Erwerber. Ohne diese Regelung wäre bei Umgründungen mit Gesamtrechtsnachfolge, wo der übertragende Rechtsträger existent bleibt (insb Abspaltung oder bei Einbringungen nach § 91 BWG oder § 61 a – c VAG), nicht klar, ob das Ablehnungsrecht des Erwerbers besteht. 86

7.2. Aufnahme von Betrieben/Betriebsteilen: Sonderkündigungsrecht bei Pensions(kassen)-Betriebsvereinbarungen

Bei der Aufnahme eines Betriebes oder Betriebsteils durch einen anderen Betrieb (bei dem die Identität des aufgenommenen Betriebes verloren geht) können gem § 31 Abs 7, letzter Satz ArbVG Betriebsvereinbarungen iSd § 97 Abs 1 Z 18 oder Z 18 a ArbVG (Pensions- oder Pensionskassen-Betriebsvereinbarungen) für die von der Aufnahme betroffenen Arbeitnehmer vom Betriebsinhaber des aufzunehmenden Betriebes oder Betriebsteiles unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist gekündigt werden. 87

Zu diesem Sonderkündigungsrecht gibt es bislang keine Rspr, dafür aber zahlreiche divergierende Auffassungen im Schrifttum, was für die Unternehmenspraxis unbefriedigend ist. So wird vertreten, dass das Sonderkündigungsrecht auch jegliche Nachwirkung beseitigt, die einer Betriebsvereinbarung bei Kündigung sonst zukommt;²¹⁸ dass Betriebsvereinbarungen gem § 97 Abs 1 Z 18 und Z 18 a ArbVG zwar gekündigt werden können, für die bis zum Ablauf der Kündigungsfrist beschäftigten Arbeitnehmer jedoch Nachwirkung entfalten, die zum Nachteil der Arbeitnehmer sofort²¹⁹, nach einer anderen Meinung wegen § 32 Abs 3, letzter Satz ArbVG erst nach Ablauf eines Jahres ab Betriebsübergang²²⁰, durch Einzelvereinbarung abbedungen

²¹⁵ Vgl *Gahleitner/Leitsmüller*, Umstrukturierung und AVRAG 164; *Binder*, AVRAG § 5 Rz 19.

²¹⁶ *Binder*, AVRAG § 5 Rz 21.

²¹⁷ So jedoch *Gahleitner/Leitsmüller*, Umstrukturierung und AVRAG 165.

²¹⁸ *Schrank*, Betriebsvereinbarungen bei Betriebsübergang, *ecolex* 1993, 614 (617); *Schrammel*, Rechtsfragen des Betriebsüberganges, *ZAS* 1996, 6 (11); *Hipsch*, Betriebspension 179.

²¹⁹ So *Grillberger*, Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis – Neuregelung durch das AVRAG, *WBI* 1993, 305 (313).

²²⁰ So *Gahleitner/Leitsmüller*, Umstrukturierung und AVRAG 153; offenbar auch *Wolf*, Die Kündigung von Pensionsbetriebsvereinbarungen und Betriebs(teil)übergang, *ecolex* 1997, 519.

werden kann, sowie dass der Veräußerer die Betriebsvereinbarung kündigen und durch rechtzeitigen Vorbehalt iSd § 5 Abs 1 AVRAG auch die an sich eintretende Nachwirkung mit der Konsequenz beseitigen kann, dass der Veräußerer dem Arbeitnehmer eine in bar zu zahlende und nach § 5 Abs 2 AVRAG zu berechnende Pensionsabfindung schuldet.²²¹ Der Vorzug zu geben ist der letztgenannten, auch in den Gesetzesmaterialien vorgezeichneten Lösung.

88 Nicht überzeugend ist die ganz hA²²², wonach § 31 Abs 7, letzter Satz ArbVG **nur bei Betriebs(teil)aufnahmen** anzuwenden sei, die **mit einem Betriebsinhaberwechsel** iSd § 3 Abs 1 AVRAG verbunden sind.

Wortlaut und systematische Stellung sprechen für eine Anwendung auch bei bloß betriebsverfassungsrechtlichen (unternehmensinternen) Betriebs(teil)aufnahmen. Dass § 31 Abs 7, letzter Satz ArbVG Ausdruck der Umsetzung von Art 3 Abs 4 lit a RL ist, wonach die Bestimmungen der RL auf Betriebspensionen grundsätzlich nicht anwendbar sind, steht dieser Interpretation nicht im Wege und gilt zB auch für die einjährige „Sperrfrist“ des § 32 Abs 3, letzter Satz ArbVG. Jedenfalls verfehlt ist es daher, letztere auch bei betriebsverfassungsrechtlichen Umgründungen greifen zu lassen, das Sonderkündigungsrecht aber auf rechtsträgerübergreifende Betriebs(teil)aufnahmen zu beschränken.²²³

Das **Fehlen jeglicher Nachwirkung** der Betriebsvereinbarung bei Ausübung des Sonderkündigungsrechts²²⁴ hat im Gesetz ebenso wenig Stütze wie die analoge Anwendung auf die in § 31 Abs 6 ArbVG geregelten Fälle²²⁵, so wenig einsichtig die Beschränkung auf Betriebs(teil)aufnahmen aus rechtspolitischer Sicht auch sein mag. Wenngleich die Nachwirkung einer Betriebsvereinbarung nicht mit einzelvertraglicher Wirkung verwechselt werden darf, ist sie doch etwas anderes als die Normwirkung, sondern beruht unmittelbar auf Gesetz.²²⁶

Die rechtsdogmatische Kritik an den Gesetzesmaterialien trägt nicht, weil diese bloß davon sprechen, dass die nachwirkende Betriebsvereinbarung „... wie eine einzelvertragliche Betriebspension zu behandeln“ sei.²²⁷

Die einjährige „Sperrfrist“ des § 32 Abs 3, letzter Satz ArbVG kann schon deshalb nicht angewendet werden, weil das Sonderkündigungsrecht vom Betriebsinhaber

²²¹ Von dieser Lösung gehen die Gesetzesmaterialien aus (EB zur RV 1078 BlgNR 13. GP 11); ebenso *Binder*, JBl 1998, 426, 435; *Binder*, AVRAG § 5 Rz 35; *G. Schima*, Aufnahme von Betrieben oder Betriebsteilen und Sonderkündigungsrecht gem § 31 Abs 7 ArbVG bei Pensions(kassen)betriebsvereinbarungen, ZAS 2001, 65 (68).

²²² *Grillberger*, in Tomandl, Der Betriebs(teil)übergang im Arbeitsrecht (1995), 52; *Schrank*, *ecolex* 1993, 616; *Gahleitner/Leitsmüller*, Umstrukturierung und AVRAG 152, 153; *Rabanser*, Betriebsrat und Betriebsvereinbarung bei Betriebs(teil)übergang, WBl 1995, 180.

²²³ So zB *Gahleitner/Leitsmüller*, Umstrukturierung und AVRAG 152; konsequent dagegen *Grillberger*, Betriebs(teil)übergang in Tomandl 52, der beide Vorschriften auf Betriebs(teil)übergänge iSd § 3 Abs 1 AVRAG beschränkt.

²²⁴ Dafür *Schrank*, *ecolex* 1993, 617 und *Schrammel*, ZAS 1996, 11.

²²⁵ Dafür *Schrank*, *ecolex* 1993, 617; *Hipsch*, Betriebspension 180; dagegen *G. Schima*, ZAS 2001, 67 und Fn 21; *Binder*, Betriebsübergang und Schicksal der betrieblichen Altersversorgung, JBl 1998, 416 (425) – allerdings mit untauglicher Begründung; *Grillberger*, WBl 1993, 313 mit rechtspolitischer Kritik; *Grillberger*, Betriebs(teil)übergang, in Tomandl, Betriebsteilübergang 52.

²²⁶ Vgl *Strasser*, ArbVG-Handkomm 189; zum deutschen Kollektivvertragsrecht für die Nachwirkung des § 4 Abs 5 TVG *Heinze*, Ausgewählte Rechtsfragen zu § 613 a BGB, FS Schaub (1998) 279.

²²⁷ EB zur RV 1078 BlgNR 18. GP 11; die Auffassung von *Binder* (JBl 1998, 426), die Mat gingen davon aus, dass die gekündigte Pensions-Betriebsvereinbarung „zum Einzelvertragsbestandteil“ würde, findet dort (vgl EB zur RV 1078 BlgNR 18. GP 11) jedoch keine Stütze.

7. Betriebspension und Betriebs(teil)übergang

des aufzunehmenden Betriebes/Betriebsteiles ausgeübt wird, § 32 Abs 3, letzter Satz ArbVG jedoch eine Kündigung **nach** Betriebsübergang, somit durch den Erwerber, voraussetzt.²²⁸

Die hier vertretene Ansicht ermöglicht ein sinnvolles Zusammenspiel von Bestandsschutz und Regelungsflexibilität in Bezug auf betriebliche Pensionszusagen.²²⁹ Der Veräußerer kann (typischerweise in Abstimmung mit dem Erwerber) die Entscheidung treffen, ob das Sonderkündigungsrecht ausgeübt wird. Geschieht dies rechtzeitig (noch vor Betriebsübergang), dann entfaltet die Betriebsvereinbarung zwar Nachwirkung, aber ohne die einjährige Sperrfrist und unter Wahrung der Möglichkeit einer Beseitigung der Rechtswirkungen für den Erwerber durch einseitigen Vorbehalt gem § 5 Abs 1 AVRAG.²³⁰ Veräußerer und Erwerber stehen daher nicht vor der unglücklichen Wahl, entweder die unveränderte Weitergeltung der Betriebsvereinbarung hinzunehmen, oder (bei Ausübung des Sonderkündigungsrechts) den Veräußerer zur Leistung der „Straf-Abfindung“ des § 5 Abs 2 AVRAG zu verpflichten.²³¹

In der Praxis wird die Alternative zur teuren Abfindung nach § 5 Abs 2 AVRAG oft die (durch das Druckmittel der Änderungskündigung bewirkbare) einzelvertragliche Modifikation oder die Kündigung von Arbeitsverhältnissen bilden und für den Arbeitgeber uU attraktiver sein.²³²

²²⁸ Zutr *Schrank*, *ecolex* 1993, 680; *Binder*, *JBl* 1998, 427; *Binder*, AVRAG § 5 Rz 32 f, 35.

²²⁹ Vgl *G. Schima*, *ZAS* 2001, 69.

²³⁰ Vgl *G. Schima*, *ZAS* 2001, 69; in diesem Sinne auch *Binder*, *JBl* 1998, 425.

²³¹ Letzteres wäre die Konsequenz einer Verneinung der Nachwirkung, falls man nicht mit *Schrammel* (*ZAS* 1996, 12) meint, § 5 AVRAG (und somit auch dessen Abs 2) sei generell nicht auf Pensionszusagen in Betriebsvereinbarungen oder Kollektivverträgen anzuwenden. Diese Auffassung ist mit dem insoweit klaren Wortlaut des § 5 Abs 2 AVRAG jedoch nicht zu vereinbaren (zutr *Gahleitner/Leitsmüller*, *Umstrukturierung und AVRAG* 163).

²³² Dies betonen zu Recht *Gahleitner/Leitsmüller*, *Umstrukturierung und AVRAG* 117, 161.