

II. Vorfagen

Bevor in die Thematik der Änderung von Betriebspensionszusagen eingestiegen werden kann, müssen zuallererst wichtige Vorfagen beantwortet werden, insb im Hinblick auf die Anwendbarkeit der bedeutendsten innerstaatlichen **Rechtsgrundlagen** im Bereich der betrieblichen Altersvorsorge, da diese die rechtlichen Rahmenbedingungen der Gewährung einer Betriebspensionszusage durch den Arbeitgeber und va ihrer nachträglichen Änderung regeln.

Zum österreichischen **Betriebspensionsrecht** zählen va das Betriebspensionsgesetz (BPG),⁷⁾ das die Rechtsbeziehungen des Arbeitgebers zu seinen Arbeitnehmern regelt, und das Pensionskassengesetz (PKG),⁸⁾ das die Organisation der Pensionskassen, aber auch ihre Rechtsbeziehungen zum Arbeitgeber und zu den Anwartschafts- und Leistungsberechtigten regelt.⁹⁾ Ferner dürfen einschlägige Bestimmungen va des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG),¹⁰⁾ des Arbeitsverfassungsgesetzes (ArbVG),¹¹⁾ des Gleichbehandlungsgesetzes (GIBG),¹²⁾ des Einkommensteuergesetzes (EStG)¹³⁾ nicht außer Acht gelassen werden.

Vom Geltungsbereich des BPG ausgenommen sind zB Leistungszusagen, die keinen Rechtsanspruch begründen (s Kap 2.2). Ferner erstreckt sich der Geltungsbereich des BPG weder auf Versorgungsanwartschaften und Leistungen, die sich unmittelbar aus gesetzlichen Bestimmungen ergeben, noch auf Versorgungsansprüche aus öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen.¹⁴⁾ Deswegen sind die Betriebspensionen der Österreichischen Nationalbank nicht vom Geltungsbereich des BPG erfasst. Dahingegen schafft das Universitätsgesetz 2002 (UG)¹⁵⁾ eine Verpflichtung zur Erteilung einer Betriebspensionszusage iSd BPG.

Daher sind im Rahmen dieses Kap die Vorfagen der Anwendbarkeit des BPG für Vertretungsorgane juristischer Personen (Kap 2.1), bei Unverbindlichkeitsvorbehalten (Kap 2.2), auf sog Administrativpensionen (Kap 2.3), bei Bezug von Rehabilitations- bzw Umschulungsgeld (Kap 2.4) und für das

⁷⁾ BGBl 1990/282 idgF.

⁸⁾ BGBl 1990/281 idgF.

⁹⁾ *Drs/Glowacka* in *Drs*, Handbuch, Rz 1.10.

¹⁰⁾ BGBl 1978/569 idgF.

¹¹⁾ BGBl 1974/22 idgF.

¹²⁾ BGBl I 2004/66 idgF.

¹³⁾ BGBl 1988/400 idgF.

¹⁴⁾ IA 366/A 17. GP 35.

¹⁵⁾ BGBl I 2002/120 idgF.

Universitätspersonal (Kap 2.5) sowie die Entgeltqualität von Betriebspensionen zu erläutern (Kap 1.), da davon viele Folgefragen, va im Zusammenhang mit dem Auslandseinsatz (der uU zu automatischen Änderungen von Betriebspensionen führt; s Abschnitt III.), abhängig sind.

1. Entgeltcharakter von Betriebspensionen

Im selben Jahr wie das BPG erlassen wurde (nämlich 1990), entschied der EuGH¹⁶⁾ in der Rs *Barber*, dass Betriebspensionen in allen Ausformungen als Entgelt zu qualifizieren sind. Dennoch werden bis dato in den Mitgliedstaaten die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nicht einheitlich vom Begriff des Entgelts erfasst.¹⁷⁾

In stRsp¹⁸⁾ hält der OGH fest, dass Betriebspensionen Entgelt aus dem Arbeitsverhältnis darstellen. Als solches sind bei direkten Leistungszusagen Pensionsleistungen und bei indirekten Leistungszusagen die Beitrags- und Prämienleistungen zu qualifizieren, da ein Arbeitnehmer sich derartige auf den Zeitpunkt der Pension hinausgeschobene Zuwendungen des Arbeitgebers durch seine Arbeitsleistung verdient.¹⁹⁾ Eine Pensionsvereinbarung ist in stRsp²⁰⁾ als entgeltliches Geschäft zu qualifizieren, bei welchem der Arbeitnehmer vorgeleistet hat und dann seinem Partner „auf Gedeih und Verderb ausgeliefert ist“. Daher statuiert der OGH,²¹⁾ dass es sich hierbei um „**thesauriertes**“ **Entgelt** handelt. Denn der Arbeitnehmer lässt sich zu seiner aktiven Zeit auf ein niedrigeres laufendes Gehalt ein in der Hoffnung auf eine höhere Pensionsleistung.²²⁾ Dass die Zusage im Laufe der Zeit eingeschränkt werden kann, ist ein Risiko, das der Arbeitnehmer zu tragen hat, welches so weit wie möglich minimiert werden muss; so jedenfalls die Ansicht des OGH²³⁾ zu dieser Problematik. Auch *Runggaldier*²⁴⁾ identifiziert Betriebspensionen als „bereits verdientes und lediglich bezüglich der Fälligkeit aufgeschobenes Entgelt für

¹⁶⁾ Vgl EuGH 17. 5. 1990, C-262/88, *Barber*, ECLI:EU:C:1990:209, Rn 28 („Renten, die im Rahmen eines an die Stelle des gesetzlichen Systems getretenen betrieblichen Systems gezahlt werden“).

¹⁷⁾ *Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht⁴, 276.

¹⁸⁾ OGH 13. 2. 2003, 8 ObA 64/02y, DRdA 2004/14, 159 (*Resch*); 11. 1. 1989, 9 ObA 513/88, DRdA 1989/30, 417.

¹⁹⁾ *Drs/Glowacka* in *Drs*, Handbuch, Rz 1.06; *Glowacka*, ASoK 2014, 427.

²⁰⁾ OGH 25. 2. 2004, 9 ObA 95/03s, Arb 12.411; 24. 2. 2000, 8 ObA 281/99b, DRdA 2001/20, 254 (*Wöss*).

²¹⁾ OGH 4. 8. 2009, 9 ObA 38/09t, RdW 2010/662, 642 (*Runggaldier/Kreil*) = *ecolex* 2010, 479 (krit *Eypeltauer*); 2. 3. 2007, 9 ObA 37/06s, Arb 12.686; 11. 1. 1989, 9 ObA 513/88, RdW 1989,103.

²²⁾ OGH 16. 1. 1991, 9 ObA 311/90, RdW 1991, 210.

²³⁾ OGH 26. 6. 2002, 9 ObA 306/01t, RdW 2003/390, 456 (*Schima*) = DRdA 2003/42, 430 (*Runggaldier*).

²⁴⁾ *Runggaldier*, Widerruf, in FS Schwarz, 165.

erbrachte Leistungen.“ Im Vergleich dazu wird die sog Betriebsrente in Deutschland als „nachvertragliches Gehalt“ gehandhabt.²⁵⁾ Wird daher der Entgeltcharakter von Betriebspensionen bejaht, sind die Auslegungsregeln für entgeltliche Verträge anzuwenden.²⁶⁾

Allerdings wird zum Teil auch die Ansicht vertreten, dass Beträge, die an eine betriebliche Vorsorgeeinrichtung (zB Pensionskasse) geleistet werden, vom „herkömmlichen arbeitsrechtlichen Entgeltbegriff“ unterschieden werden müssen, dass sich der Entgeltbegriff gar „auflöst“. Begründet wird diese Auffassung mit der **Störung des arbeitsrechtlichen Synallagmas**, da das individuelle Sterbealter nicht vorhersehbar ist.²⁷⁾ Die durchschnittliche Lebenserwartung steigt nämlich kontinuierlich.²⁸⁾ Daher sei eine beitragsorientierte Pensionskassenzusage unbestimmt bzw nicht bestimmbar. Um der Unsicherheit hinsichtlich der Erhöhung des Sterbealters entgegenzuwirken, wäre die Ansetzung einer Maximalgrenze (zB 100 Jahre) denkbar. Allerdings würde die Befristung der Ruhegeldleistung dem Fürsorgegedanken widersprechen. Dem Argument der mangelnden Bestimmbarkeit ist entgegenzuhalten, dass für die Erfüllung dieser Voraussetzung nicht das Ergebnis im Vorhinein feststellbar sein muss, sondern das Verfahren, das zum Ergebnis führt. Daher vermögen die Zweifel an der Bestimmbarkeit einer Zusage den grds Entgeltcharakter von Betriebspensionen mE nicht zu widerlegen.

Des Weiteren wird zum Teil die Ansicht vertreten, dass die Beitragsleistung an die Pensionskasse keine Gegenleistung für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers sein könne; es handle sich vielmehr um eine Versorgungsleistung, die manchen arbeitsrechtlichen Grenzen unterliegt.²⁹⁾ Ansonsten käme es nämlich zu einer sachlich ungerechtfertigten **Doppelbelastung des Arbeitgebers**. Gestützt wird diese Ansicht dadurch, dass die Beitragsleistung an die Pensionskasse keinen abfertigungswirksamen Entgeltbestandteil iSd § 23 Abs 1 AngG darstellen soll.³⁰⁾ Um in die Bemessungsgrundlage miteinbezogen zu werden, müssen Entgeltsbestandteile regelmäßig erbracht werden.³¹⁾ Das kann

²⁵⁾ Schwintowski in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch³, § 43 Rz 108 mwN.

²⁶⁾ Schima in Risak/Schima, Betriebspensionsrecht, Rz 2 mwN.

²⁷⁾ Vgl Gerlach, Betriebsvereinbarung, in Schrammel, Betriebspensionsrecht, 10.

²⁸⁾ Siehe http://www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/bevoelkerung/sterbetaefeln/index.html; abgefragt am 2. 9. 2016.

²⁹⁾ Vgl OGH 27. 1. 1988, 9 ObA 198/87, Arb 10.699; Gerlach, Betriebsvereinbarung, in Schrammel, Betriebspensionsrecht, 10 f.

³⁰⁾ OGH 26. 5. 2011, 9 ObA 45/11z, Arb 12.993; 22. 12. 2010, 9 ObA 3/10x, DRdA 2011, 457; Holzer in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 23 Rz 33 mwN; Mayr in Löschnigg, AngG¹⁰ § 23 Rz 27; Mayr in ZellKomm² § 23 AngG Rz 27; Schrank, Berechnung, in Runggaldier, Abfertigungsrecht, 165 mwN; vgl aber Drs, ZAS 2012/33, 184 mwN; aA Schindler, DRdA 1999, 187 ff.

³¹⁾ OGH 19. 9. 2002, 8 ObA 10/02g, ARD 5402/5/2003; 17. 2. 1981, 4 Ob 13/81, Arb 9942; Löschnigg, Arbeitsrecht¹² Rz 8/456 mwN; Schrank, ZAS 1990, 4; s aber Migsch, Entgelt, in FS Schwarz, 131 ff.

insb im Hinblick auf die Regelmäßigkeit der Beitrags- bzw Prämienleistung im Rahmen einer beitragsorientierten Leistungszusage bejaht werden.³²⁾ Umgekehrt ist eine nur ein einziges Mal gewährte Prämie keinesfalls abfertigungswirksam (zB nach 25 Dienstjahren gewährtes Jubiläumsgeld).³³⁾ Abgesehen davon verzichtet der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit einer Gehaltsumwandlung idR auf einen Teil seines Gehalts, um in den Genuss steuerlicher Begünstigungen zu kommen.³⁴⁾ *Schindler*³⁵⁾ erkennt zu Recht, dass eine derartige Verschiebung keine Doppelleistungspflicht des Arbeitgebers herbeiführt. Vor allem wenn man bedenkt, dass Arbeitnehmer, die sich gegen die Gehaltsumwandlung entscheiden, mit einer höheren Abfertigung rechnen können, erscheint dieses Ergebnis fragwürdig. Das Gleiche muss mE umso mehr für die Abfertigung neu gelten.

Die Identifizierung der betrieblichen Altersvorsorge als Entgelt und in weiterer Folge eine Kategorisierung in den Abstufungen der Weite des Entgeltbegriffs spielt eine bedeutende Rolle. Immerhin bezieht sich eine Vielzahl an Regelungen auf die Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis: die Entgeltleistungspflicht. So bedarf va die Frage der Anwendbarkeit des Gleichstellungsanspruchs hinsichtlich des Entgelts von **überlassenen Arbeitskräften** auf Betriebspensionen einer vertiefenden Untersuchung. Auch insb im Hinblick auf einen **Auslandsbezug** des Arbeitsverhältnisses gilt es einen Konsens zu finden; va da der grenzüberschreitende Einsatz für die vorliegende Arbeit eine nicht unwesentliche Rolle spielt (s insb Abschnitt III.).

In Verwirklichung des Binnenmarktes sollen Hindernisse für den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beseitigt werden. Die Konkretisierung dieser Erwägungsgründe der europäischen Organe mündete 1996 in der sog Entsende-Richtlinie.³⁶⁾ In Österreich wurde diese Richtlinie durch einzelne Bestimmungen im **AVRAG**, **AÜG**, **AuslBG**, **GLBG** und **ASGG** umgesetzt.³⁷⁾ Das AÜG wurde in Umsetzung der Leiharbeits-

³²⁾ *Schindler*, DRdA 1999, 189.

³³⁾ OGH 19. 9. 2002, 8 Oba 10/02g, ARD 5402/5/2003; 11. 7. 2001, 9 Oba 125/01z, ASoK 2002, 176; *Burger-Ehrnhofer/Drs*, Beendigung, 190. Wenn der Pensionskassenvertrag die Bemessungsgrundlage für die Betriebspension mit dem „durchschnittlichen berechenbaren Jahresbezug“ umschreibt, ist ein Jubiläumsgeld umgekehrt auch mangels regelmäßiger Leistung nicht für die Bemessungsgrundlage zu berücksichtigen (OGH 25. 3. 2014, 9 Oba 28/14d, ARD 6400/14/2014).

³⁴⁾ Das gilt nicht im Falle einer bloßen Verwendungsvereinbarung bzw Bezugs- umwandlung ohne Bezugsverzicht (*Egermann*, *ecolex* 2005, 592 ff; *Spitzl*, *ecolex* 2004, 549 ff). Zum Unterschied zwischen Verwendungs- und dem Verzichtsmodell s *Egermann*, *ecolex* 2005, 588 ff; *Pačić*, Entgeltklauseln, in *Resch*, Lohngestaltung, 68.

³⁵⁾ *Schindler*, DRdA 1999, 189.

³⁶⁾ RL 96/71/EG vom 16. 12. 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl L 1997/18, 1; s auch den Vorschlag zur Reform der Entsende-Richtlinie vom 8. 3. 2016, COM(2016) 128 final.

³⁷⁾ BGBl I 1999/120.

Richtlinie³⁸⁾ novelliert und muss daher auch *va* unter Berücksichtigung dieser Vorgaben unionsrechtskonform ausgelegt werden.³⁹⁾

1.1 AVRAG

Die §§ 7 ff AVRAG haben zum Ziel, nicht nur Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich, deren Arbeitgeber keinen Sitz in Österreich haben, sondern auch Arbeitnehmer, die vorübergehend in Österreich tätig werden, hinsichtlich des Entgelts vergleichbaren inländischen Arbeitnehmern gleichzustellen.

Wenn es zu einem grenzüberschreitenden Arbeitseinsatz aus Österreich hinaus kommt, wird eine Rechtswahl zugunsten eines ausländischen Rechts über die österreichischen zwingenden Bedingungen korrigiert, wenn der gewöhnliche Arbeitsort in Österreich verbleibt (s Kap 5.). In solch einem Fall wird der Arbeitgeber idR kollektivvertragsangehörig sein. Umgekehrt sind Arbeitgeber mit Sitz im Ausland idR nicht kollektivvertragsfähig iSd § 8 ArbVG,⁴⁰⁾ weswegen auch die Außenseiterwirkung iSd § 12 ArbVG nicht zum Tragen kommt. Ist der Arbeitnehmer auch sonst nicht kollektivvertragsangehörig, haben Kollektivverträge auf ihn keine Anwendung.⁴¹⁾ In diesem Fall gelangt § 7 AVRAG zur Anwendung, der einem Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich einen Anspruch gegen seinen Arbeitgeber auf das kollektivvertragliche Mindestentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer vor Ort zuspricht.⁴²⁾ Hierunter werden auch Abfertigungsansprüche subsumiert.⁴³⁾

Dahingegen werden kollektivvertraglich verankerte **Pensionssysteme** nach hL⁴⁴⁾ vom Entgeltbegriff des § 7 AVRAG ausgenommen, sodass ein Arbeitgeber mit Sitz im Ausland den Anschluss an ein System der betrieblichen Altersversorgung, das in einem von einer gesetzlichen Interessenvertretung abgeschlossenen Kollektivvertrag festgelegt wurde, nicht gewährleisten

³⁸⁾ RL 2008/104/EG vom 19. 11. 2008 über Leiharbeit, ABl L 2008/327, 9.

³⁹⁾ BGBl I 2012/98; RV 1903 BlgNR 24. GP 9.

⁴⁰⁾ OLG Wien 28. 7. 1999, 7 Ra 66/99y, ARD 5065/8/99; *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung, Rz 397 f mwN; *Zankel*, ASoK 2015, 446 mwN.

⁴¹⁾ *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht³, 490 f; *Pfeil*, DRdA 2008, 7.

⁴²⁾ *Drs*, Rechtsvorschriften, in *Resch*, Grenzüberschreitender Personaleinsatz, 48 f.

⁴³⁾ *Holzer/Reissner*, AVRAG² § 7 Rz 6 f mwN.

⁴⁴⁾ *Binder*, AVRAG² § 7 Rz 9; *Holzer/Friedrich*, ASoK 2002, 252 ff; *Holzer/Reissner*, AVRAG² § 7 Rz 7; *Wolfsgruber* in *ZellKomm*² § 7 AVRAG Rz 7; *Zankel*, ASoK 2015, 448.