

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Spenling als Vorsitzenden, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner und den Hofrat Dr. Brenn als weitere Richter sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Timea Pap und Robert Hauser in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei D* B*, vertreten durch Gerlach Rechtsanwälte GbR in Wien, gegen die beklagte Partei A* AG, *, vertreten durch Dr. Andreas Grundei, Rechtsanwalt in Wien, wegen 613.315,71 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 28. September 2016, GZ 8 Ra 49/16h-11, mit dem das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 1. März 2016, GZ 2 Cga 63/16w-7, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben.
Die Rechtssache wird zur neuerlichen Entscheidung nach
Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere
Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

Der Kläger ist Flugkapitän und war seit
16. 10. 1991 bei der Beklagten beschäftigt. Bis 30. 6. 2012
unterlag sein Dienstverhältnis dem Kollektivvertrag für das
Bordpersonal der Austrian Airlines und Lauda Air
(„OS KV Bord 2008“) sowie dem Zusatzkollektivvertrag 2
(„KV-alt“).

Der Kläger wurde mit Schreiben vom 1. 5. 2012
über den zum 1. 7. 2012 bevorstehenden Betriebsübergang zur
Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt GmbH und die damit
verbundenen Änderungen informiert, insbesondere darüber,
dass die Übernehmersgesellschaft gemäß § 5 Abs 1 AVRAG
die leistungsorientierten Pensionskassenzusagen laut
OS KV Bord 2008 nicht übernehmen werde, sondern sich die
Pensionszusagen ab dem Übergangstichtag nach der bei ihr
geltenden Betriebsvereinbarung BV 01 „Pensionskasse“
richten würden.

Gemäß Punkt 10. (63) KV-alt gebührte dem
Kläger eine Firmenpension im Ausmaß von sechzig Prozent
der Bemessungsgrundlage. Gemäß Punkt 8. des seit
1. 12. 2014 in Geltung stehenden Kollektivvertrags für das
Bordpersonal der Austrian Airlines Group (OS KV 2015)
wurde das zwingend einzuhaltende Schlichtungsverfahren
eingeleitet. Die Schlichtungsstelle hat eine Befassung
aufgrund der komplexen Rechtsfragen abgelehnt.

Der Kläger begehrt 602.991,66 EUR brutto samt der Begründung, wegen der Nichtübernahme der leistungsorientierten Pensionszusage schulde ihm die Beklagte gemäß § 5 Abs 2 AVRAG als Veräußerin eine nach dem Teilwertverfahren errechnete Abfindung in der eingeklagten Höhe.

Die Beklagte wandte ein, der Abfindungsanspruch nach § 5 Abs 2 AVRAG entstehe bei gänzlichem Wegfall der betrieblichen Pensionszusage. Diese Voraussetzung sei hier nicht erfüllt, weil auch im Betrieb der Übernehmerin für den Kläger eine – beitragsorientierte – kollektivvertragliche Pensionszusage gegolten habe. Eine bloße Verschlechterung der betrieblichen Pensionszusage sei deren Wegfall nicht gleichzuhalten.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab.

Der Gesetzgeber habe in § 5 Abs 2 AVRAG ausdrücklich nur die Rechtsfolgen des Wegfalls der bisherigen betrieblichen Pensionszusage aufgrund rechtzeitigen Vorbehalts des Übernehmers geregelt und dafür eine Berechnungsmethode festgelegt. Eine planwidrige Gesetzeslücke sei nicht anzunehmen, weil dem Gesetzgeber die Möglichkeit eines bloßen Wechsels der Pensionszusage nicht entgangen sein könne. Hätte er aber den Wechsel der Pensionszusage miterfassen wollen, hätte er auch eine eigene Berechnungsmethode für die in diesen Fällen gebührende Abfindung vorgesehen und nicht die Frage offen gelassen, wie der künftige Anwartschaftserwerb beim Übernehmer zu berücksichtigen sei.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung unter ausdrücklicher Billigung der Rechtsausführungen des Erstgerichts. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil zur Rechtsfrage, ob Voraussetzung

für eine Pensionsabfindung nach § 5 Abs 2 AVRAG der Wegfall oder auch eine Minderung einer betrieblichen Pensionszusage sei, keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vorliege.

Die von der Beklagten beantwortete Revision des Klägers, mit dem er die Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen anstrebt, ist aus den im Ausspruch des Berufungsgerichts genannten Gründen zulässig.

Die Revision ist auch berechtigt.

1. Der Kläger stützt seinen Anspruch auf § 5 Abs 1 und 2 AVRAG, welche lauten:

„(1) Eine auf Einzelvereinbarung beruhende betriebliche Pensionszusage wird Inhalt des Arbeitsvertrages zwischen Arbeitnehmer und Erwerber, wenn der Erwerber Gesamtrechtsnachfolger ist. Liegt keine Gesamtrechtsnachfolge vor, kann der Erwerber durch rechtzeitigen Vorbehalt die Übernahme einer solchen betrieblichen Pensionszusage ablehnen.

(2) Hat der Betriebsübergang den Wegfall der betrieblichen Pensionszusage zur Folge und hat der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses im Falle des Abs. 1 Satz 2 nicht widersprochen, so endet mit dem Zeitpunkt des Betriebsüberganges der Erwerb neuer Pensionsanwartschaften.

Der Arbeitnehmer hat gegen den Veräußerer Anspruch auf Abfindung der bisher erworbenen Anwartschaften als Unverfallbarkeitsbetrag im Sinne des Betriebspensionengesetzes (BPG), Artikel I des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 282/1990.

Bei beitragsorientierten Zusagen errechnet sich dieser Betrag nach dem BPG, bei direkten Leistungszusagen, leistungsorientierten Pensionskassenzusagen oder

leistungsorientierten Versicherungsverträgen (betriebliche Kollektivversicherung, Lebensversicherung) nach dem Teilwertverfahren und den bei der Bildung der Rückstellung anzuwendenden versicherungsmathematischen Grundsätzen.

Für die Berechnung ist einerseits das Alter zum Zeitpunkt der Erteilung der Zusage, andererseits das Anfallsalter heranzuziehen. Der Rechnungszinssatz beträgt grundsätzlich 7 %. Bei Pensionszusagen, die eine rechtsverbindliche Valorisierung vorsehen, ist jedoch der Barwert der künftigen Pensionsleistungen unter Zugrundelegung eines Rechnungszinssatzes von 3 % zu berechnen.

Im Fall einer leistungsorientierten Pensionskassenzusage oder eines leistungsorientierten Versicherungsvertrages wird von dem so errechneten Betrag der sich nach den Rechnungsvorschriften der Pensionskasse oder der Versicherungsunternehmung ergebende Unverfallbarkeitsbetrag nach dem BPG abgezogen.

(3) Der Arbeitnehmer kann über den Betrag nach Abs 2 im Sinne des BPG verfügen, wobei er die Auszahlung dieses Betrages unabhängig von dessen Höhe vom Veräußerer verlangen kann.“

2. Die Regelung des § 5 Abs 2 AVRAG ist nicht nur auf den Wegfall einer individualrechtlichen Pensionszusage eingeschränkt, sondern erfasst generell den Wegfall „der“ betrieblichen Pensionszusage, sohin auch infolge Betriebsübergangs, insbesondere infolge Kollektivvertragswechsels oder -wegfalls oder durch Wegfall der Betriebsvereinbarung (vgl 8 ObA 40/15p mwN; 9 ObA 69/15k).

Die Beklagte und die ihr folgenden Vorinstanzen gehen aber davon aus, dass der Gesetzgeber mit dem

„Wegfall“ der betrieblichen Pensionszusage nur den Fall erfassen habe wollen, dass künftig überhaupt keine betriebliche Pensionszusage für den Arbeitnehmer mehr gelte. Der Abfindungsanspruch sei ausgeschlossen, wenn im Übernehmerbetrieb ebenfalls eine – wenngleich für den Arbeitnehmer ungünstigere – Betriebspensionszusage bestehe.

Der Kläger vertritt dagegen den Standpunkt, es komme lediglich darauf an, dass seine bisherige betriebliche Pensionszusage wegen des Vorbehalts des Übernehmers weggefallen sei.

3. Dem Revisionswerber ist beizupflichten, dass der Wortlaut des ersten Satzes des § 5 Abs 2 AVRAG jedenfalls beide Interpretationen zulässt, wobei nur die Auslegung des Klägers unmittelbar aus dem Wortsinn abzuleiten ist.

Die Beklagte und die Vorinstanzen haben sich nur auf die Bedeutung des Wortes „Wegfall“ bezogen, aber nicht geprüft, was im Kontext der Regelung unter „der“ betrieblichen Pensionszusage zu verstehen ist. Um eine der Auslegung des Berufungsgerichts entsprechende Bedeutung klar und eindeutig auszudrücken, müsste aber vom Wegfall „einer“ bzw „jeder“ oder „jeglicher“ betrieblichen Pensionszusage die Rede sein. Mit „der“ betrieblichen Pensionszusage wird prima facie nicht irgendeine, sondern die den Gegenstand der Regelung bildende, nicht übernommene Pensionszusage des Veräußerers angesprochen.

In der Literatur wurden bisher sowohl die Interpretation des Klägers als auch jene des Berufungsgerichts vertreten. So soll nach *Schima* (in *Mazal/Risak* [Hrsg], Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar [28. Lfg 2016] Betriebspension und Betriebs(teil)übergang S 80 Rz 106) dann, wenn bei

Kollektivvertragswechsel eine für den Arbeitnehmer bessere durch eine schlechtere Pensionszusage im Erwerber-Kollektivvertrag ersetzt werde, mangels „Wegfalls“ (s dazu aber oben) keine Differenzabfindung gebühren. Eine Teilabfindung würde den bewertenden Vergleich der zwei unterschiedlichen kollektivvertraglichen Zusagen voraussetzen; dieser müsste aber die künftige Entwicklung der Kollektivverträge unberücksichtigt lassen und sei völlig ungeeignet.

Nach *Gahleitner* (in *ZellKomm*² § 5 AVRAG Rz 9) soll eine Anwartschaftsabfindung in allen Fällen gebühren, die zu einem Wegfall der bisherigen betrieblichen Pensionszusage führen, unabhängig davon, ob diese im Einzelvertrag, in einer BV oder im KollV geregelt war. Sie solle daher auch dann zur Anwendung kommen, wenn die bisherige Pensionszusage durch eine schlechtere Zusage des Übernehmers ersetzt werde. Allenfalls könne, nach Wahl des Arbeitnehmers, bei einem bloßen Wechsel der Pensionszusagen nur eine Differenzabfindung gewährt und die bisherigen Anwartschaften sodann in das neue Anwartschaftssystem integriert werden.

Auch *Binder* (in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 5 Rz 55 ff; vgl auch *Binder* Betriebsübergang und Schicksal der betrieblichen Altersversorgung, JBl 1998, 416) bejaht einen Abfindungsanspruch bei Kollektivvertragswechsel, wenn das Versorgungssystem des neu anwendbaren Kollektivvertrags völlig anders oder geringwertiger konzipiert sei als jenes nach dem Veräußererkollektivvertrag. Als Alternative zur Vollabfindung in Barem komme in diesen Fällen eine zwingende Aufrechterhaltung der Veräußerer-Anwartschaften in dem auf das neue Pensionsregulativ abgestimmten Maß bis zum Eintritt des Versorgungsfalls in

Betracht. Im Interesse des Naturalvorranges und der gesicherten Versorgungskontinuität sei die Einbringung der Altanwartschaften in das neue Pensionssystem geboten, wodurch sich die Anwartschaftsdauer beim Erwerber entsprechend verlängere.

Für die Qualifikation als „Wegfall“ der bisherigen Betriebspensionszusage bei Wechsel, aber gegen einen Auszahlungsanspruch, sondern eine Harmonisierung im Sinne des „Kontinuitätsgedankens“ der betrieblichen Pensionszusage spricht sich auch *Hainz* (Betriebspensionen beim Betriebsübergang, in *Schrammel* [Hrsg], Betriebspensionsrecht S 52 ff) aus. Für die bisherigen leistungsorientierten Anwartschaften solle ein Unverfallbarkeitsbetrag gemäß § 5 BPG berechnet und an die Pensionskasse des Erwerbers einbezahlt werden (eine Frage, die sich im vorliegenden Fall insofern nicht stellt, als der Unverfallbarkeitsbetrag als Forderung gegen die Pensionskasse nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist).

In die gleiche Richtung argumentieren auch *Holzer/Reissner* (AVRAG² § 5 Rz 27).

4. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die Überlegungen jener Autoren, die das Modell einer Differenzabfindung und einer Einbringung der alten Anwartschaften in das Betriebspensionssystem des Erwerbers befürworten, nicht als Analyse eines gesetzlichen Istzustandes verstanden werden können, sondern als Überlegungen und Anregungen, deren praktische Umsetzung ein Tätigwerden des Gesetzgebers voraussetzen würde. De lege lata sieht § 5 Abs 2 AVRAG – worauf auch schon das Berufungsgericht verwiesen hat – diese Variante und die erforderliche Berechnungsmethode nicht vor. Eine Lösung dafür, wie die

Vor- und Nachteile unterschiedlicher Systeme und Leistungsbedingungen praktisch gegeneinander zu gewichten und eine Wertdifferenz zu errechnen wäre, vermögen auch die eine Differenzabfindung befürwortenden Autoren nicht anzubieten. Hinzu kommt, dass § 5 Abs 3 AVRAG ausdrücklich einen Auszahlungsanspruch des Arbeitnehmers normiert und damit der Annahme einer zwingenden Einbringung in das System des Erwerbers entgegensteht.

Dem Berufungsgericht kann daher darin gefolgt werden, dass die Nichtanordnung einer Differenzrechnung klar dafür spricht, dass der Gesetzgeber tatsächlich keine Differenzabfindung vorsehen wollte.

5. Allerdings kann daraus entgegen der Ansicht der Vorinstanzen kein Argument gegen den Rechtsstandpunkt des Klägers oder für den Standpunkt der Beklagten gewonnen werden. Einer Differenzrechnung bedarf es nicht nur dann nicht, wenn eine Pensionszusage des Erwerbers die Abfindung ausschließt, sondern genauso wenig, wenn ein Wechsel in eine andere Pensionszusage für den Abfindungsanspruch irrelevant ist.

Die Revision weist in diesem Zusammenhang richtig darauf hin, dass es dem Arbeitnehmer nach § 5 Abs 3 AVRAG freisteht, über die Abfindung im Sinne des BPG zu verfügen. Er kann daher den Unverfallbarkeitsbetrag unter anderem gemäß § 5 Abs 2 bzw § 7 Abs 3 BPG in die Pensionskasse, eine Einrichtung im Sinne des § 5 Z 4 PKG, eine betriebliche Kollektivversicherung oder eine Gruppenrentenversicherung eines neuen Arbeitgebers übertragen. Der Gesetzgeber des AVRAG hat nicht nur offenkundig an die Möglichkeit eines Wechsels in ein neues System gedacht, sondern gleichzeitig eine Verwendungsoption

normiert, die nur den Schluss zulässt, dass auch für diesen Fall der Abfindungsanspruch gebühren soll.

6. Zum selben Ergebnis gelangt man bei näherer Betrachtung des Zwecks der Regelung des § 5 Abs 2 AVRAG.

Art 3 Abs 3 der Betriebsübergangs-Richtlinie (nunmehr Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. 3. 2001), deren Umsetzung den hier maßgeblichen Bestimmungen des AVRAG zugrundeliegt, lässt Regelungen der Mitgliedstaaten zu, nach denen die Rechte der Arbeitnehmer auf Leistungen bei Alter, Invalidität oder für Hinterbliebene aus betrieblichen oder überbetrieblichen Zusatzversorgungseinrichtungen außerhalb der gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit – im Unterschied zu den sonstigen Rechten und Pflichten des Veräußerers aus einem bestehenden Arbeitsvertrag – nicht aufgrund des Betriebsübergangs auf den Erwerber übergehen. Wenn Mitgliedstaaten von dieser Ausnahme Gebrauch machen, sind sie aufgefordert, die „notwendigen Maßnahmen“ zum Schutz der Interessen der aktiven und ehemaligen Arbeitnehmer aus den genannten Zusatzversorgungseinrichtungen zu treffen.

Die Auslegung des § 5 Abs 2 AVRAG hat sich somit grundsätzlich am Gedanken des Schutzes der nicht übergegangenen Anwartschaftsrechte der Arbeitnehmer zu orientieren.

7. Lehnt der Erwerber den Eintritt in eine betriebliche Pensionszusage ab, dann entsprechen die Rechtsfolgen einer Teilkündigung des Dienstverhältnisses durch den Erwerber. Der Erwerb weiterer Anwartschaften in dieser Pensionszusage endet. Es findet entgegen der Auffassung der Vorinstanzen keine (automatische) Fortsetzung in einem anderen betrieblichen Pensionssystem des Erwerbers statt, sondern der Arbeitnehmer beginnt ab dem

Übergangsstichtag neu mit dem Erwerb von Anwartschaften nach den dort geltenden Regeln.

Wird das Dienstverhältnis durch Kündigung beendet, treten hinsichtlich der betrieblichen Pensionszusage jene Konsequenzen ein, die sich aus den Regelungen des BPG, hier bei pensionskassenfinanzierter kollektivvertraglicher Pensionszusage konkret § 5 BPG, ergeben. Der Arbeitnehmer hat in diesem Fall Anspruch auf den Unverfallbarkeitsbetrag, den er im Sinne des Abs 2 leg cit in mehreren Varianten zur weiteren Sicherung seiner künftigen Pensionsversorgung veranlassen oder sich nach Abs 4 abfinden lassen kann. Das Recht des Arbeitnehmers, in einer der im Gesetz geregelten Formen über den Unverfallbarkeitsbetrag zu verfügen ist aber davon unabhängig, ob ihm in einem nachfolgenden neuen Dienstverhältnis wieder eine betriebliche Pensionszusage gewährt wird und ob diese günstiger oder weniger günstig als die beendete Pensionszusage ist.

8. Der Unverfallbarkeitsbetrag nach dem BPG repräsentiert aber nur den pro rata temporis ausfinanzierten Wert einer beitragsorientierten Pensionszusage. Der versicherungsmathematische Barwert einer (bedingt) leistungsorientierten Pensionszusage, wie sie zwischen den Parteien bestanden hat, ist in aller Regel höher, weil der Anspruch des Arbeitnehmers nicht auf das angesparte Kapital und dessen Erträge begrenzt ist, sondern der ehemalige Dienstgeber zu Nachschüssen verpflichtet ist, wenn es die Aufrechterhaltung der zugesagten Leistungen erfordert. Dem entsprechend ordnet § 5 Abs 2 AVRAG für die Fälle der leistungsorientierten Pensionszusage, der direkten Leistungszusage und der leistungsorientierten Versicherungsverträge die Berechnung der Abfindung nach

dem Teilwertverfahren und den für die Bildung der Rückstellung geltenden Grundsätzen an. Mit dieser Abfindung erhält der Arbeitnehmer – im Sinne des in der Betriebsübergangsrichtlinie normierten Interessenwahrungsprinzips – den bis zum Übergangsstichtag berechneten anteiligen Wert der infolge betriebsübergangsbedingter Teilkündigung beendeten leistungsorientierten Pensionszusage.

Diese Abfindung weist keine Überschneidung mit künftigen Ansprüchen aus einer betrieblichen Pensionszusage des Erwerbers auf, weil diese die vormalige Pensionskassen-Betriebsvereinbarung des Veräußerers grundsätzlich ersetzt (vgl. *Hainz* aaO S 50 f mwN). In dieser werden – abgesehen vom Fall einer freiwilligen Übertragung des Unverfallbarkeitsbetrags nach dem BPG – grundsätzlich erst ab dem Stichtag des Übergangs neue Anwartschaften erworben.

Vom errechneten Teilwert der beitragsorientierten Pensionszusage ist – wie der Kläger in seinem Begehren auch berücksichtigt hat – der sich nach den Rechnungsvorschriften der Pensionskasse ergebende Unverfallbarkeitsbetrag, der einen Anspruch gegenüber der Pensionskasse begründet, abzuziehen.

Die Revision erweist sich daher als berechtigt.

Die Vorinstanzen haben ausgehend von ihrer vom Obersten Gerichtshof nicht geteilten Rechtsansicht kein Beweisverfahren über die Höhe des geltend gemachten Anspruchs durchgeführt, weshalb – wie beantragt – nur eine Aufhebung der Urteile zur Verfahrensergänzung in Frage kommt.

Dabei wird im vorliegenden Fall zu berücksichtigen sein, dass die in Art 3 Abs 3 der

Betriebsübergangs-Richtlinie normierte Ausnahme vom zwingenden Rechtsübergang nach der Rechtsprechung des EuGH eng auszulegen ist. Es sind nur solche Leistungen als Leistungen bei Alter anzusehen, die von dem Zeitpunkt an gezahlt werden, zu dem der Arbeitnehmer das normale Ende seiner beruflichen Laufbahn erreicht, wie es nach der allgemeinen Systematik des betreffenden Altersrentensystems vorgesehen ist, nicht aber Leistungen, die unter anderen Voraussetzungen gewährt werden, etwa wegen Beendigung aus betrieblichen Gründen, auch wenn sie zusätzlich an die Bedingung eines bestimmten Alters geknüpft sind und unter Heranziehung der Berechnungsmodalitäten für normale Altersrentenleistungen berechnet werden.

Dies bedeutet, dass Verpflichtungen, die mit der Gewährung eines vorzeitigen Ruhestands zusammenhängen und sich aus einem Arbeitsvertrag, einem Arbeitsverhältnis oder einem für den Veräußerer im Verhältnis zu den betreffenden Arbeitnehmern verbindlichen Kollektivvertrag ergeben, so auch die im Zusatzkollektivvertrag 2 der Beklagten geregelte Vorpension bei Kündigung durch den Dienstgeber, unter den in Art 3 Abs 1 Betriebsübergangs-Richtlinie festgelegten Voraussetzungen und in den dort gesetzten Grenzen zwingend auf den Erwerber übergehen (EuGH Urteil C-164/00, *Beckmann* ECLI:EU:C:2002:330, Rn 29–31; Urteil C-4/01, *Martin* ua, ECLI:EU:C:2003:594). Diese Leistungsansprüche sind daher bei der Berechnung des Teilwerts auszuscheiden.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 2 ASGG, § 52 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 24. August 2017
Dr. S p e n l i n g
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: