

etriebsübergangs der Erwerber-Kollektivvertrag gem § 9 Abs 2–4 ArbVG dann alleine anwendbar, wenn

- der Erwerber-Betrieb und der Veräußerer-Betrieb nach dem Betriebsübergang keinen Haupt- und Nebenbetrieb und auch keine organisatorisch und fachlich abgegrenzten Betriebsabteilungen im Unternehmen des Erwerbers bilden und
- dem fachlichen Wirtschaftsbereich des Erwerber-Betriebs die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung zukommt oder, sollte keines der oben genannten Kriterien zutreffen, im Wirtschaftsbereich des Erwerbers die größere Anzahl von Arbeitnehmern beschäftigt ist.

Nur unter diesen Gegebenheiten gilt der **Grundsatz der Tarifeinheit** und damit nur ein Kollektivvertrag (in diesem Fall: der Erwerber-Kollektivvertrag).

Beispiel:

Ein Handelsunternehmen erwirbt einen vormals organisatorisch selbständigen Restaurantbetrieb. Für die Mitarbeiter des Restaurantbetriebs hat vor dem Betriebsübergang der Kollektivvertrag für das Hotel- und Gastgewerbe gegolten. Der Restaurantbetrieb wird zwar aufrechterhalten, aber im Zuge des Erwerbs in das Handelsunternehmen organisatorisch derart eingegliedert, dass eine Abgrenzung in Haupt- und Nebenbetriebe oder in Betriebsabteilungen nicht möglich ist. Falls der Handelsbereich für den so gebildeten „Mischbetrieb“ den maßgeblichen wirtschaftlichen Bereich darstellt, ist für alle Mitarbeiter nach dem Betriebsübergang der Handels-Kollektivvertrag anwendbar.

Auch wenn der Veräußerer-Betrieb im Zuge des Betriebsübergangs in den Erwerber-Betrieb derart aufgenommen wird, dass der aufnehmende Erwerber-Betrieb seine unternehmerische Identität behält und die unternehmerische Ausrichtung des aufgenommenen Veräußerer-Betriebs vollständig an die **unternehmerische Ausrichtung** des Erwerber-Betriebs angeglichen wird, kann ein Kollektivvertragswechsel stattfinden, und zwar iSd § 8 Z 1 ArbVG zum Erwerber-Kollektivvertrag.

2.146

Beispiel:

Ein Automobilhandelsunternehmen erwirbt im Weg eines „Asset Deals“ die für die Produktion von Automobilkomponenten zuständige Sparte eines Zulieferunternehmens. Nach dem Erwerb wird diese Sparte in das Automobilhandelsunternehmen betriebsorganisatorisch eingegliedert und derart umstrukturiert, dass von der Produktion von Automobilkomponenten vollständig auf den Vertrieb von Automobilen umgestellt wird. Die für diese Sparte vormals erforderliche Gewerbeberechtigung für die Erzeugung von Metallkomponenten für die Automobilindustrie ist infolgedessen nicht mehr notwendig, die Mitgliedschaft in der Fachgruppe Maschinen und Metallwaren der Wirtschaftskammer ist daher nicht mehr gegeben. Folglich ist für die übergehenden Mitarbeiter dieser Sparte der Kollektivvertrag für Angestellte der Industrie (in der für den Fachverband Maschinen- und Metallwarenindustrie geltenden Fassung) nicht mehr anwendbar. Künftig gilt für alle Mitarbeiter, einschließlich der übernommenen Mitarbeiter, der beim Automobilhandelsunternehmen anwendbare Handels-Kollektivvertrag.

Darüber hinaus ist der Fall denkbar, dass der Erwerber-Betrieb und der Veräußerer-Betrieb im Zuge des Betriebsübergangs derart miteinander **verschmolzen** werden, dass daraus ein **neuer Betrieb** mit einer **neuen**, bisher weder vom Veräußerer noch vom Erwerber verfolgten wirtschaftlichen Ausrichtung entsteht. Für diesen Betrieb richtet sich dann die Kollektivvertragszugehörigkeit wiederum nach § 8 Z 1 ArbVG. In weiterer Folge ist

2.147

also der sich nach der Zugehörigkeit des Erwerbers zu einer kollektivvertragsfähigen Arbeitgeberorganisation richtende Kollektivvertrag anwendbar. In dieser Konstellation kommt es somit ebenfalls zu einer Änderung des anwendbaren Kollektivvertrags, allerdings nicht nur für die übergehenden Arbeitnehmer, sondern auch für die bestehenden und künftigen Arbeitnehmer des Erwerber-Unternehmens.

- 2.148** Ein „klassischer“ Fall eines Kollektivvertragswechsels ist auch dann gegeben, wenn ein Betriebsteil mit einer bestimmten Unternehmensfunktion (zB Buchhaltungsdienstleistungen) auf eine bestehende oder neu gegründete Erwerber-Gesellschaft übertragen wird und auf die übergehenden Arbeitnehmer iSd § 8 Z 1 ArbVG nach dem Betriebsübergang ein gerade dieser Funktion entsprechender Kollektivvertrag Anwendung findet, der vom Veräußerer-Kollektivvertrag abweicht. Ein solcher Vorgang findet in der Praxis häufig im Rahmen eines **Outsourcings** statt, bei welchem die ausgegliederten Dienstleistungen vom Veräußerer auf Basis eines Dienstleistungsvertrags mit dem Erwerber wieder „zurückgekauft“ werden. Dazu kommt es regelmäßig dann, wenn durch die Übertragung der Funktion die Anwendung eines in Bezug auf die Personalkosten (Gehalt, Zulagen, Zuschläge etc) günstigeren Kollektivvertrags auf die die Dienstleistung erbringenden Arbeitnehmer erreicht wird.

Beispiel:

Ein Elektronikunternehmen gliedert seine Buchhaltung aus und überträgt diese im Weg eines „Asset Deals“ auf eine neu gegründete Gesellschaft, die in weiterer Folge nur für Buchhaltungsdienstleistungen zuständig ist. Vor dem Betriebsübergang hat für alle Mitarbeiter des Elektronikunternehmens, einschließlich der Buchhaltungsmitarbeiter, der Kollektivvertrag für die Elektro- und Elektronikindustrie gegolten. Nach dem Betriebsübergang findet auf die Buchhaltungsmitarbeiter der Gewerbe-Kollektivvertrag¹⁹⁵ Anwendung.

- 2.149** Zu einem Kollektivvertragswechsel im Zuge des Betriebsübergangs kann es auch dann kommen, wenn die **unternehmerische Tätigkeit** eines betriebsorganisatorisch **selbständig verbliebenen** Veräußerer-Betriebs im Zuge des Betriebsübergangs derart **geändert** wird, dass sich die für die Fortführung dieses Betriebs erforderliche Gewerbeberechtigung, damit die Fachgruppenzugehörigkeit bei der Wirtschaftskammer und folglich der für diesen Betrieb gesetzlich anwendbare Kollektivvertrag ändert. ISd § 8 Z 1 und § 9 Abs 1 ArbVG kann dann der Erwerber-Kollektivvertrag gelten, aber auch ein anderer Kollektivvertrag.
- 2.150** Ein Wechsel des Kollektivvertrags kann auch dann eintreten, wenn für den Veräußerer ein bestimmter Kollektivvertrag auf Basis einer Fachgruppenzugehörigkeit bei der Wirtschaftskammer oder ein Firmenkollektivvertrag gilt und ein Betriebsübergang auf einen Erwerber stattfindet, der einem (anderen) **Firmenkollektivvertrag** unterliegt. Bei einem „echten“ Firmenkollektivvertrag ist der Arbeitgeber selbst und nicht eine Arbeitgeberorganisation die kollektivvertragschließende Partei.¹⁹⁶ Von einem „unechten“ Firmenkollektivvertrag spricht man, wenn der persönliche Geltungsbereich des Kollektivvertrags

195 Kurzform für „Kollektivvertrag für Angestellte im Handwerk und Gewerbe, in der Dienstleistung, in Information und Consulting“.

196 *Reissner* in *ZellKomm*³ § 4 ArbVG Rz 12; Beispiele für „echte“ Firmenkollektivverträge sind der Kollektivvertrag für die Angestellten des Umweltbundesamtes sowie der Kollektivvertrag der Wiener Symphoniker.

auf nur ein Mitglied (also ein Unternehmen) der abschließenden Institution (das kann zB die zuständige Fachgruppe der Wirtschaftskammer sein) beschränkt ist.¹⁹⁷

Kommt es **kraft des Betriebsübergangs** zu einem Kollektivvertragswechsel, führt dies zu einer **vollständigen Ablösung** des Veräußerer-Kollektivvertrags durch den neuen Kollektivvertrag. Eine fragmentarische Weitergeltung des beim Veräußerer anwendbaren Kollektivvertrags für jene Bereiche, welche im neuen Kollektivvertrag nicht geregelt sind, wird von der Judikatur¹⁹⁸ ausdrücklich verneint. Diese Ansicht des OGH wird zumindest von Teilen der Lehre¹⁹⁹ unterstützt. Der Veräußerer-Kollektivvertrag wird daher unabhängig von Günstigkeitsüberlegungen vollständig vom Erwerber-Kollektivvertrag abgelöst, sodass die Bestimmungen des neuen Kollektivvertrags auch dann auf die übergehenden Arbeitnehmer zur Anwendung kommen, wenn diese in Bezug auf einzelne Themengebiete (zB Arbeitszeit, Aufwandsentschädigung, Urlaub, Abfertigung) oder in ihrer Gesamtheit für diese ungünstiger sind als die Bestimmungen des Veräußerer-Kollektivvertrags (zur Einschränkung dieses Grundsatzes in Bezug auf das Entgelt siehe Rz 2.155 ff).

Zu einem (vollständigen) Wechsel des Kollektivvertrags sowie zu sämtlichen anderen gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs (insb zum automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber iSd § 3 Abs 1 AVRAG) kommt es im Übrigen auch dann, wenn eine relevante unternehmerische bzw betriebsorganisatorische Veränderung im Zuge des Betriebsübergangs oder – etwa beim Firmenkollektivvertrag – der Betriebsübergang selbst durch die beteiligten Unternehmen **gerade deshalb** durchgeführt wird, um dadurch einen Wechsel des Kollektivvertrags herbeizuführen. Dies gilt mE auch dann, wenn der „neue“ Kollektivvertrag für die übergehenden Arbeitnehmer ungünstiger ist als der Veräußerer-Kollektivvertrag und die Maßnahmen (unternehmerische/betriebsorganisatorische Veränderungen, Betriebsübergang) ausschließlich deshalb durchgeführt werden, um durch den dadurch bewirkten Kollektivvertragswechsel eine Reduktion von Personalkosten zu erreichen.²⁰⁰ Dabei macht es keinen Unterschied,

197 *Reissner* in *ZellKomm*³ § 8 ArbVG Rz 7; Beispiele für „unechte“ Firmenkollektivverträge sind der Kollektivvertrag für das Bordpersonal der Austrian Airlines sowie der Kollektivvertrag für die kaufmännischen und technischen Angestellten der Austrian Airlines.

198 OGH 9 ObA 127/04y Arb 12.578; OGH 9 ObA 128/04w DRdA 2006/42, 467 (*Grillberger*); OGH 9 ObA 123/09t DRdA 2011/9, 67.

199 ZB *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 4 Rz 11; *Schima*, Umgründungen 105 ff; aA hingegen *Jabornegg*, Die Wahl des Kollektivvertrages durch den Arbeitgeber – eine Option des geltenden Arbeitsverfassungsrechts? DRdA 2005, 107 ff; *Holzer/Reissner*, AVRAG² § 4 Rz 6; *Gahleitner/Leitsmüller*, Umstrukturierung 135.

200 In diesem Sinn auch *Köck*, ZAS 2014/11, 61 (62 ff); aA *Krejci*, Betriebsübergang und Rechtsmissbrauch, DRdA 2013, 207 (208 ff), der von einer rechtsmissbräuchlichen Rechtsgestaltung und folglich von einer Nichtigkeit der gesetzlichen Arbeitsvertragsübernahme, die mit dem Betriebsübergang verbunden ist, ausgeht, falls ein Betriebsübergang ausschließlich deshalb vorgenommen wird, um die Arbeitnehmer einem für sie erheblich ungünstigeren Kollektivvertrag oder einem kollektivvertraglosen Bereich zu unterstellen; und ASG Wien 18. 3. 2013, 35 Cga 82/12b (soweit ersichtlich unveröffentlicht), welches ausgesprochen hat, dass ein Betriebsübergang, der die Verschlechterung der kollektivvertraglichen Arbeitsbedingungen bezweckt, rechtsmissbräuchlich sei, und dass bei einem solchen Betriebsübergang der Arbeitsvertrag zum Veräußerer aufrecht bleibe.

ob ein konzerninterner Betriebsübergang oder ein Betriebsübergang auf ein Unternehmen außerhalb des Konzerns stattfindet.

5. Betriebsübergang auf einen „Außenseiter“

- 2.152** Unternehmensrestrukturierungen können dazu führen, dass Betriebe bzw Betriebsteile auf Unternehmen übergehen, die nicht kollektivvertragsangehörig (also sog „**Außenseiter**“) sind. Da die zuständigen Fachorganisationen der Wirtschaftskammer in fast allen Branchen Kollektivverträge abgeschlossen haben, kommt dieser Fall in der Praxis freilich höchst selten vor.²⁰¹ Sollte er doch eintreten, dann regeln entweder § 8 Z 2 ArbVG oder § 4 Abs 1 AVRAG die Auswirkungen auf die kollektivvertragliche Situation der übergehenden Arbeitnehmer.
- 2.153** § 4 Abs 1 AVRAG gilt nur für außergewöhnliche, nicht von § 8 Z 2 ArbVG erfasste Fälle des Betriebsübergangs, wie zB den mehrmaligen Betriebsübergang auf Arbeitgeber-Außenseiter oder den Betriebsübergang von einem bloß aufgrund einer Satzungerklärung in einen Kollektivvertrag einbezogenen Veräußerer.²⁰² § 4 Abs 1 AVRAG ist auch dann anwendbar, wenn der Veräußerer einem echten **Firmenkollektivvertrag** unterworfen ist, der nach dem Betriebsübergang aufgrund des Arbeitgeberwechsels nicht mehr gilt und der Erwerber in Bezug auf die übergehenden Arbeitnehmer nicht anderweitig kollektivvertraglich gebunden ist.²⁰³ Ein weiterer Anwendungsbereich des § 4 Abs 1 AVRAG ist der Fall, dass der vor dem Betriebsübergang auf den Veräußerer-Betrieb anwendbare Kollektivvertrag nach dem Betriebsübergang aufgrund der Änderung des Betriebszwecks **nicht mehr anwendbar** ist und für den nunmehr maßgeblichen fachlichen Bereich kein Kollektivvertrag besteht.²⁰⁴

Geht ein Betrieb oder Betriebsteil von einem kollektivvertragsunterworfenen Veräußerer unter den oben beschriebenen Rahmenbedingungen auf einen „Außenseiter“ über, bestimmt § 4 Abs 1 AVRAG, dass der Erwerber die im Veräußerer-Kollektivvertrag festgelegten Arbeitsbedingungen bis zur Kündigung oder zum Ablauf des Veräußerer-Kollektivvertrags oder bis zum Inkrafttreten oder bis zur Anwendung eines anderen Kollektivvertrags aufrecht zu erhalten hat. § 4 Abs 1 AVRAG sieht des Weiteren vor, dass die kollektivvertraglichen Arbeitsbedingungen für die Dauer **eines Jahres** nach Betriebsübergang durch Einzelvertrag weder aufgehoben noch beschränkt werden dürfen. Dies ist als Nachwirkung des Veräußerer-Kollektivvertrags zu verstehen, die im ersten Jahr nach Betriebsübergang einseitig (zugunsten des Arbeitnehmers) zwingendes Recht schafft und danach auf bloße Dispositivität absinkt.²⁰⁵ Die Arbeitsbedingungen des Veräußerer-Kollektivvertrags wirken dabei statisch (also mit dem zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Inhalt) auf einzelvertraglicher Basis fort.²⁰⁶ Nach dem Betriebsübergang ein-

201 Schrank, *ecolex* 2000, 660 (664).

202 Gahleitner in ZellKomm³ § 4 AVRAG Rz 4; Binder/Mair in Binder/Burger/Mair, AVRAG³ § 4 Rz 7; Schima, Umgründungen 117.

203 Binder/Mair in Binder/Burger/Mair, AVRAG³ § 4 Rz 7.

204 Binder/Mair in Binder/Burger/Mair, AVRAG³ § 4 Rz 7.

205 Holzer/Reissner, AVRAG² § 4 Rz 1.

206 Schima, Umgründungen 121; Schrank, *ecolex* 2000, 660 (664); Binder/Mair in Binder/Burger/Mair, AVRAG³ § 4 Rz 13.

tretende Arbeitnehmer werden von den Regelungen des Veräußerer-Kollektivvertrags nicht erfasst.²⁰⁷

Beispiel:

Ein Betrieb des Umweltbundesamtes wird von einer nicht kollektivvertragsunterworfenen Gesellschaft (etwa einer reinen Holding-Gesellschaft) übernommen. Vor dem Betriebsübergang hat für die diesem Betrieb zuordenbaren Mitarbeiter der Kollektivvertrag für die Angestellten des Umweltbundesamtes gegolten. Nach dem Betriebsübergang gilt für die übergehenden Mitarbeiter dieser Kollektivvertrag auf Basis des § 4 Abs 1 AVRAG weiter.

Soweit allerdings auf einen keinem kollektivvertragsschließenden Verband zugehörigen Erwerber ein Betrieb oder Betriebsteil eines in § 8 Z 1 ArbVG bezeichneten Arbeitgebers (also eines Arbeitgebers, der einem kollektivvertragsschließenden Verband angehört) übergeht, ist der Erwerber ab dem Betriebsübergang gem § 8 Z 2 ArbVG kollektivvertragsunterworfen. In diesem Fall ist von einer relativ zwingenden und zeitlich nicht beschränkten Weitergeltung des Veräußerer-Kollektivvertrags auszugehen.²⁰⁸ Durch § 8 Z 2 ArbVG wird die Mitgliedschaft des Arbeitgebers zum kollektivvertragsschließenden Verband durch den Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils ersetzt. Der Betriebs(teil)-übergang löst somit bei Erwerbern, welchen die Mitgliedschaft bei einem einen Kollektivvertrag abschließenden Verband fehlt, die Kollektivvertragsunterworfenheit aus.²⁰⁹ Voraussetzung für die Anwendung des § 8 Z 2 ArbVG ist dabei, dass der übergehende Betrieb in seinem unternehmerischen Substrat bzw seiner organisatorischen Struktur erkennbar erhalten bleibt. Der so zeitlich unbeschränkt weitergeltende Kollektivvertrag gilt auch für Neueintritte.²¹⁰ Der Veräußerer-Kollektivvertrag gilt nach herrschender Lehre beim Erwerber statisch bzw „versteinert“ weiter. Dies bedeutet, dass die künftigen Entwicklungen des Kollektivvertrags nicht mehr relevant sind und der Kollektivvertrag beim Erwerber in der Fassung gilt, in der er sich im Zeitpunkt des Betriebsübergangs befunden hat.²¹¹

Beispiel:

Ein Kreditinstitut, das nicht dem Verband der österreichischen Banken und Bankiers („Banken-Verband“) angehört, erwirbt den Betrieb eines Kreditinstituts, das dem Banken-Verband angehört. Da die Mitgliedschaft zum Banken-Verband die Geltung des Banken-Kollektivvertrags auslöst, hat für die Mitarbeiter des erworbenen Betriebs bis zum Betriebsübergang der Ban-

207 Schima, Umgründungen 117.

208 Gahleitner in ZellKomm³ § 4 AVRAG Rz 4; Holzer/Reissner, AVRAG² § 4 Rz 2; Binder/Mair in Binder/Burger/Mair, AVRAG³ § 4 Rz 8.

209 Strasser in Jabornegg/Resch, ArbVG § 8 Rz 19.

210 Wachter, Kollektivvertragliche Entgelte bei Betriebsübergang, DRdA 1996/39, 396 (400); Schrank, ecolex 2000, 660 (664); Reissner in ZellKomm³ § 8 ArbVG Rz 19.

211 Jabornegg, DRdA 1991, 115 (116); Reissner in ZellKomm³ § 8 ArbVG Rz 19; Mayr, Kollektivvertrag und „ex-gemeinnützige Wohnungswirtschaft“, RdW 2001, 739 (740); Holzer, FS Schnorr (1988) 128; aA Strasser in Jabornegg/Resch, ArbVG § 8 Rz 20; und Resch, Bemerkungen zur Kollektivvertragsfähigkeit und zur Kollektivvertragsunterworfenheit, JBl 1991, 762 (774f), die von einer dynamischen Weitergeltung ausgehen und die Ansicht vertreten, dass sämtliche nach dem Betriebsübergang eintretenden Änderungen oder Ergänzungen dieses Kollektivvertrags für den Erwerber wirksam sind.

ken-Kollektivvertrag gegolten. Nach dem Kollektivvertrag findet auf die Mitarbeiter des übernommenen Betriebs der Banken-Kollektivvertrag auf Basis des § 8 Z 2 ArbVG Anwendung.

B. Entgelt bei Kollektivvertragswechsel

2.155 Kommt es infolge des Betriebsübergangs zu einem Wechsel des auf die übergehenden Arbeitnehmer anwendbaren Kollektivvertrags,²¹² hat dies grundsätzlich die vollständige Ablöse des Veräußerer-Kollektivvertrags durch den Erwerber-Kollektivvertrag zur Folge. Dieser Grundsatz ist durch § 4 Abs 2 Satz 1 AVRAG insofern eingeschränkt, als nach dieser Bestimmung das den Arbeitnehmern vor Betriebsübergang für die regelmäßige Arbeitsleistung in der Normalarbeitszeit nach dem **Veräußerer-Kollektivvertrag gebührende kollektivvertragliche Entgelt nicht geschmälert** werden darf. Der kollektivvertragliche Entgeltanspruch wird mit dem Betriebsübergang in einen **einzelvertraglichen Anspruch** umgewandelt, wobei das Entgelt im Zeitpunkt des Betriebsübergangs „eingefroren“ wird. Es folgt ab dem Betriebsübergangszeitpunkt in seinem künftigen Schicksal dem Kollektivvertrag des Erwerbers. Dies gilt insb für kollektivvertragliche Istlohn-Erhöhungen. Wenn also der Erwerber-Kollektivvertrag nach dem Betriebsübergang Entgelterhöhungen im Ist-lohn-(nicht Mindestlohn-)Bereich anordnet, führt dies zu einer entsprechenden Erhöhung der sich aus dem Betriebsübergang ergebenden Überzahlung.²¹³ Künftige Lohnentwicklungen, die sich aus dem Veräußerer-Kollektivvertrag ergeben, sind beim Erwerber nicht mehr umzusetzen.²¹⁴ Es ist bloß die im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehende (kollektivvertragliche) Entgeltdifferenz beim Erwerber fortzuschreiben.²¹⁵

Da für künftige Lohnentwicklungen nicht mehr der Veräußerer-Kollektivvertrag, sondern nur der Erwerber-Kollektivvertrag wirkt (der ein „normatives Entgelt“ schafft) und sich das „kollektivvertragliche“ Entgelt ausschließlich nach dem Erwerber-Kollektivvertrag bestimmt, sind die beim früheren Arbeitgeber (dh dem Veräußerer) verbrachten Dienstzeiten für die Zwecke der kollektivvertraglichen Einstufung der übergehenden Arbeitnehmer so zu beurteilen, wie wenn sie beim neuen Arbeitgeber verbracht worden wären. Somit ist für die Einreihung in die Verwendungsgruppe des Erwerber-Kollektivvertrags die beim Veräußerer verbrachten Dienstzeiten heranzuziehen.²¹⁶

2.156 Dieser gesetzliche Entgeltschutz ist naturgemäß dann nicht anwendbar, wenn der Erwerber-Kollektivvertrag ein höheres Entgelt als der Veräußerer-Kollektivvertrag vorsieht (dann gilt das Entgelt gemäß Erwerber-Kollektivvertrag) oder mit dem Arbeitnehmer ein Entgelt vereinbart ist, das höher ist als das im Veräußerer-Kollektivvertrag und im Erwerber-Kollektivvertrag vorgesehene Entgelt.²¹⁷

212 Vgl Rz 2.145 ff.

213 *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 4 Rz 19.

214 OGH 9 ObA 97/95 DRdA 1996/39, 396 (*Wachter*); OGH 9 ObA 115/03g infas 2004, A 55; *Holzer/Reissner*, AVRAG² § 4 Rz 8.

215 OGH 9 ObA 115/03g infas 2004, A 55; *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 4 Rz 19.

216 OGH 9 ObA 109/14s DRdA-infas 2015/104, 133f (*Lutz*) = ASoK 2016, 40 (*Marhold-Weinmeier*) = RdW 2015/344, 380 = ZAS-Judikatur 2015/51, 175f (*Schörghofer*).

217 *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 4 Rz 16.

Der **kollektivvertragliche Entgeltsschutz** gilt – in analoger Anwendung des § 4 Abs 1 Satz 2 AVRAG – für die Dauer **eines Jahres** ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs.²¹⁸ Innerhalb dieses Einjahreszeitraums darf das Entgelt trotz der Umwandlung des kollektivvertraglichen Entgeltanspruchs in einen einzelvertraglichen Anspruch auch nicht mit Zustimmung des Arbeitnehmers geschmälert werden. Nach diesem Einjahreszeitraum kann mit dem Arbeitnehmer eine Herabsetzung des im Veräußerer-Kollektivvertrag vorgesehenen Entgelts **vereinbart** werden. Das Mindestentgelt laut Erwerber-Kollektivvertrag ist in einer derartigen Änderungsvereinbarung dann die Entgeltuntergrenze. **2.157**

Das „Entgelt“ ist während des Einjahreszeitraums nur insofern geschützt, als es sich dabei um das „**für die regelmäßige Arbeitsleistung in der Normalarbeitszeit**“ gebührende Entgelt handelt. Darunter fällt zunächst das kollektivvertragliche Grundgehalt.²¹⁹ In den Entgeltbegriff des § 4 Abs 2 Satz 1 AVRAG sind auch kollektivvertraglich vorgesehene Zulagen (zB Erschwernis-, Teuerungs- und Sozialzulagen), regelmäßige Sonderzahlungen (zB Urlaubs- und Weihnachtsremuneration, Prämien und Provisionen) und kollektivvertraglich festgelegte regelmäßig gebührende Naturalbezüge (zB Wohnraumüberlassung, Zurverfügungstellung von Heizmaterial) einzubeziehen. Ausgenommen sind hingegen kollektivvertraglich festgelegte Überstundenzuschläge, begünstigte Überstundenteiler, Entgelte, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der Normalarbeitszeit stehen (zB Treue- und Jubiläumsgelder), sowie Ansprüche nach dem „alten“ Abfertigungssystem sowie aus Altersversorgungssystemen.²²⁰ **2.158**

C. Kollektivvertraglicher Bestandschutz bei Unternehmensuntergang

Unter der Voraussetzung, dass das Veräußerer-Unternehmen im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang **zu bestehen aufhört**, ordnet § 4 Abs 2 Satz 2 AVRAG an, dass der kollektivvertragliche Bestandschutz der übergehenden Arbeitnehmer zum Inhalt des Arbeitsvertrags zwischen den Arbeitnehmern und dem Erwerber wird. Für einen solchen kollektivvertraglichen Bestandschutz ist es erforderlich, dass das Veräußerer-Unternehmen keine wirtschaftliche Existenz mehr aufweist, wobei die Aufrechterhaltung einer bloßen rechtlichen Hülle (Existenz „auf dem Papier“) einem solchen Schutz nicht entgegensteht.²²¹ Unter dem „kollektivvertraglichen Bestandschutz“ iSd § 4 Abs 2 Satz 2 AVRAG sind zB kollektivvertragliche Regelungen zu verstehen, welche die Kündigung eines Arbeitnehmers vom Vorliegen bestimmter Gründe oder einem Disziplinerkenntnis abhängig machen. Um von der Existenz eines solchen Bestandschutzes sprechen zu können, ist es erforderlich, dass die einschlägigen kollektivvertraglichen Regelungen die Freiheit des Arbeitgebers bei der Auflösung von Dienstverhältnissen **erheblich erschweren** (nicht ausreichend ist zB eine bloße kollektivvertragliche Verlängerung von Kündigungsfristen).²²² **2.159**

218 *Holzer/Reissner*, AVRAG² § 4 Rz 8; *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 4 Rz 17; *Schrank*, *ecolex* 2000, 660 (664); aA *Schima*, *Umgründungen* 126f.

219 *Gahleitner* in *ZellKomm*³ § 4 AVRAG Rz 5.

220 *Gahleitner/Leitsmüller*, *Umstrukturierung* 138; *Holzer/Reissner*, AVRAG² § 4 Rz 7; *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 4 Rz 18.

221 *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 4 Rz 21; *Holzer/Reissner*, AVRAG² § 4 Rz 9.

222 *Gahleitner* in *ZellKomm*³ § 4 AVRAG Rz 7; *Holzer/Reissner*, AVRAG² § 4 Rz 10.

XI. Schicksal von Betriebspensionszusagen bei Betriebsübergang

A. Allgemeines

2.160 Finanzielle Belastungen aufgrund von betrieblichen Vorsorgemodellen sind wichtige Faktoren bei der Entscheidung von Unternehmen, ob Restrukturierungsmaßnahmen, die zu einem Übergang der durch solche Modelle begünstigten Arbeitnehmer iSd § 3 AVRAG führen, durchgeführt werden oder nicht. In der Praxis ist der Veräußerer zum Verkauf eines Betriebs meist nur unter der Bedingung bereit, dass der Erwerber die Pensionsansprüche der übergehenden Arbeitnehmer übernimmt. Gelegentlich kommt es aber auch vor, dass Unternehmen der Übernahme eines Betriebs nur unter der Voraussetzung zustimmen, dass damit kein Übergang von Pensionszusagen auf den Erwerber verbunden ist. Art 3 Abs 4 lit b der BÜ-RL hat dem österreichischen Gesetzgeber in dieser Frage eine gewisse Flexibilität belassen, zumal darin zwar angeordnet wird, dass die Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen zum Schutz der Pensionsrechte der Arbeitnehmer sowie der im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bereits ausgeschiedenen Personen zu treffen haben, die BÜ-RL aber keine Verpflichtung des Erwerbers vorsieht, Betriebspensionszusagen in jedem Fall weiterzuführen.

Was ausgeschiedene Arbeitnehmer betrifft, so hat der Erwerber weder deren Pensionsleistungen noch deren Pensionsanwartschaften zu übernehmen. Allerdings trifft ihn nach § 6 Abs 1 AVRAG iVm § 1409 ABGB die solidarische Haftung für die Leistungserbringung an die vor Betriebsübergang in den Ruhestand gewechselten Betriebspensionisten. Nach diesen Bestimmungen haftet der Erwerber auch für die Bezahlung der Pensionsabfindung iSd § 5 Abs 2 AVRAG an übernommene aktive Arbeitnehmer.²²³

2.161 Das Schicksal von Betriebspensionszusagen hängt bei einem Betriebsübergang wesentlich davon ab, ob diese auf einer einzelvertraglichen Zusage, einer Betriebsvereinbarung oder einem Kollektivvertrag beruhen. Während bei einzelvertraglichen Pensionszusagen dem Erwerber gewisse Dispositionsmöglichkeiten eingeräumt werden, liegen diese bei durch Betriebsvereinbarung geregelten Pensionszusagen sowohl beim Erwerber als auch beim Veräußerer. Bei Kollektivverträgen bestehen hingegen keine Eingriffsmöglichkeiten für die am Restrukturierungsvorgang beteiligten Parteien.

B. Einzelvertragliche Pensionszusagen

1. Ablehnung durch rechtzeitigen Vorbehalt

2.162 Pensionszusagen, die auf individuellen Vereinbarungen mit den übergehenden Arbeitnehmern beruhen, gehen grundsätzlich sowohl in Fällen der **Einzelrechtsnachfolge** als auch in jenen der **Gesamtrechtsnachfolge** aufgrund der in § 3 AVRAG für einzelvertragliche Ansprüche vorgesehenen Eintrittsautomatik²²⁴ **automatisch auf den Erwerber über** und werden Inhalt des Arbeitsvertrags zwischen den übergehenden Arbeitnehmern und dem Erwerber.

2.163 Im Fall der **Einzelrechtsnachfolge** räumt § 5 Abs 1 AVRAG dem Erwerber allerdings das Recht ein, die Übernahme einer auf einer Einzelvereinbarung beruhenden betrieblichen

²²³ *Binder/Mair in Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 6 Rz 9 und 28; vgl Rz 2.188.

²²⁴ Vgl Rz 2.59 ff.

Pensionszusage durch einen **rechtzeitigen Vorbehalt abzulehnen**. Unter einer auf „Einzelvereinbarung“ beruhenden Pensionszusage sind alle auf einer individuellen Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer beruhenden Pensionszusagen zu verstehen, aber auch solche, die auf Basis einer „freien“ Betriebsvereinbarung in den Arbeitsvertrag eingehen oder auf einer einseitigen Zusage des Arbeitgebers (zB einer Auslobung iSd §§ 860 ABGB) beruhen.²²⁵ Auch auf bloßer Betriebsübung beruhende betriebliche Pensionszusagen fallen darunter.²²⁶ Erfasst sind alle einzelvertraglichen Zusagen, unabhängig davon, ob diese mittels Lebensversicherung oder mittels Pensionskasse zu erfüllen sind oder direkte Pensionsleistungen vorsehen.²²⁷

Entscheidend für die Rechtswirksamkeit der Ablehnung einer Pensionszusage im Fall einer Einzelrechtsnachfolge ist, dass diese „**rechtzeitig**“ erfolgt. Rechtzeitig ist der Vorbehalt jedenfalls dann, wenn er vor dem Betriebsübergang, zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs oder innerhalb der vom Arbeitnehmer dem Erwerber gesetzten Frist zur Äußerung abgegeben wird.²²⁸ **2.164**

Wenn der Erwerber nicht rechtzeitig eine Ablehnungserklärung abgegeben hat oder eine vom Arbeitnehmer gesetzte angemessene Frist zur Äußerung ungenutzt verstreichen lässt, kommt es zum Übergang der Pensionszusage auf den Erwerber. Für eine Ablehnung ist in diesem Fall kein Raum mehr.²²⁹ **2.165**

Es ist durch den Erwerber sicherzustellen, dass die **Ablehnungserklärung** jedem einzelnen Arbeitnehmer, dessen Betriebspensionszusage abgelehnt werden soll, tatsächlich zugeht und dies auch nachweisbar ist.²³⁰ Der Erwerber hat auch zu gewährleisten, dass bei Abgabe einer Ablehnung nur in Bezug auf einzelne Arbeitnehmer der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz (dieser verbietet jede willkürliche oder unsachliche Schlechterstellung) und das GIBG beachtet wird. **2.166**

Im Fall eines rechtzeitig erklärten **Widerspruchs** der betroffenen Arbeitnehmer gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses aufgrund der rechtswirksamen Ablehnung der Übernahme einer betrieblichen Pensionszusage (vgl Rz 2.94 ff) verbleibt der Arbeitnehmer beim Veräußerer; das Arbeitsverhältnis und die Betriebspensionszusage bleiben in diesem Fall unverändert aufrecht (vgl § 3 Abs 4 AVRAG). **2.167**

2. Pensionsabfindung

Hat der Erwerber die Übernahme einer Pensionszusage **rechtzeitig abgelehnt** und hat der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses nach § 3 Abs 4 AVRAG **nicht widersprochen**, so endet mit dem Betriebsübergang der Erwerb neuer Pensionsanswartschaften (vgl § 5 Abs 2 Satz 1 AVRAG). Der übergehende Arbeitnehmer hat dann gem § 5 Abs 2 Satz 2–7 AVRAG gegenüber dem Veräußerer einen **Anspruch auf Abfindung** der bis zum **2.168**

225 *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 5 Rz 7; *Holzer/Reissner*, AVRAG² § 5 Rz 9.

226 *Schrank*, *ecolex* 1993, 541 (543).

227 *Holzer/Reissner*, AVRAG² § 5 Rz 6.

228 ErläutRV 1077 BlgNR 18. GP 13; *Gahleitner* in *ZellKomm*³ § 5 AVRAG Rz 4; *Holzer/Reissner*, AVRAG² § 5 Rz 13; vgl Rz 2.146f.

229 Vgl Rz 2.105.

230 *Marhold*, *Unternehmenseinbringung und Pensionszusagen*, ASoK 1997, 298 (299).

Zeitpunkt des Betriebsübergangs erworbenen Pensionsanwartschaften als Unverfallbarkeitsbetrag iSd BPG, wobei alle erworbenen Anwartschaften bzw alle bezahlten Beiträge seit Erteilung der Zusage in die Berechnung der Abfindung eingehen müssen.²³¹ Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um eine direkte Leistungszusage, eine Pensionskassenzusage, eine betriebliche Kollektivversicherung oder eine Lebensversicherung handelt.

Da die klare Konzeption des § 5 Abs 2 AVRAG den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber bei gleichzeitiger Nichtübernahme der betrieblichen Pensionszusage durch den Erwerber voraussetzt, darf ein Arbeitnehmer, um in den Genuss einer Abfindung der bisher erworbenen Anwartschaften als Unverfallbarkeitsbetrag („privilegierte Anwartschaftsabfindung“) zu kommen, daher dem Übergang seines Dienstverhältnisses nicht nur nicht widersprochen haben, sondern darf auch **kein privilegiertes Kündigungsrecht** nach § 3 Abs 5 AVRAG ausgeübt haben. Kurz gesagt muss der Arbeitnehmer den Betriebsübergang „mitmachen“, um in den Genuss der privilegierten Anwartschaftsabfindung nach § 5 Abs 2 AVRAG zu gelangen.²³²

2.169 Die Berechnung des Abfindungsbetrags richtet sich bei beitragsorientierten Zusagen nach dem BPG und bei direkten Leistungszusagen, leistungsorientierten Pensionskassenzusagen oder leistungsorientierten Versicherungsverträgen (Kollektivversicherung, Lebensversicherung) nach dem Teilwertverfahren und den bei der Bildung der Rückstellung anzuwendenden versicherungsmathematischen Grundsätzen (§ 5 Abs 2 Satz 3 AVRAG). Dabei ist ein Rechnungszinssatz von grundsätzlich 7% zugrunde zu legen, bei valorisierten Zusagen ist jedoch der Barwert der künftigen Pensionsleistung auf der Basis eines 3%-igen Rechnungszinssatzes zu ermitteln. Entsprechend den Materialien²³³ sind im Rahmen des Teilwertverfahrens bei der Bildung der Rückstellung folgende versicherungsmathematische Grundsätze anzuwenden:

- Die aktuellen die Sterblichkeitsentwicklung berücksichtigenden und für das Kollektiv der Arbeitnehmer adäquaten Rechnungsgrundlagen sind heranzuziehen, wobei es zu einer Trennung nach dem Alter und dem Geschlecht zu kommen hat; bei der Berechnung des Anspruchs dürfen jedoch keine Fluktuationswahrscheinlichkeiten verwendet werden.
- Das Alter im Zeitpunkt der Erteilung der Zusage ist maßgebend, wobei das Alter zu Beginn der Wartezeit und nicht erst bei Entstehung des Pensionsanspruchs heranzuziehen ist.
- Die Abfindungsberechnung hat auf Basis des Anfallsalters zu erfolgen, ab dem eine Alterspension bzw eine vorzeitige Alterspension (sofern in der Pensionszusage vorgesehen) bezogen werden kann. Dabei ist grundsätzlich vom entsprechenden Alter nach dem ASVG auszugehen. Bei Pensionszusagen, die vom ASVG abweichende Altersgrenzen vorsehen, müssen diese bei der Berechnung verwendet werden, sofern deren Inanspruchnahme betriebsüblich ist.
- Der gemäß der Pensionszusage berechnete Pensionsanspruch zum Anfallsalter ist ausschlaggebend. Bei gehaltsabhängigen Zusagen ist das Gehalt im Zeitpunkt des Betriebsübergangs den Berechnungen zugrunde zu legen.

231 ErläutRV 1077 BlgNR 18. GP 13.

232 OGH 8 ObA 40/15p DRdA-infas 2015/228, 307ff (*Chlestil*) = Arb 13.246.

233 ErläutRV 1077 BlgNR 18. GP 13.