

## Aufnahme von Betrieben oder Betriebsteilen und Sonderkündigungsrecht gem § 31 Abs 7 ArbVG bei Pensions(kassen)betriebsvereinbarungen

Von RA Dr Georg Schima, Wien

*Das in § 31 Abs 7 ArbVG geregelte Recht des Betriebsinhabers eines von einem anderen Betrieb unter Bewahrung von dessen Identität aufgenommenen Betriebes oder Betriebsteiles, Pensions(kassen)betriebsvereinbarungen unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist zu kündigen, gibt Anlaß zu Deutungsversuchen im Schrifttum. Der OGH hat sich noch nicht geäußert. Hier wird dargelegt, daß der von den Gesetzesmaterialien aufgezeigte Weg am meisten überzeugt und trotz rechtsdogmatischer Ungereimtheiten nicht nur die erkennbare Absicht des Gesetzgebers widerspiegelt, sondern auch mit Sinn und Zweck des Sonderkündigungsrechts am besten vereinbar ist.*

### 1. Problemstellung

§ 31 Abs 7 ArbVG ordnet an, daß die Geltung von Betriebsvereinbarungen für Arbeitnehmer (AN) von Betrieben oder Betriebsteilen, die von einem anderen Betrieb aufgenommen werden, insoweit unberührt bleibt, als die Betriebsvereinbarungen Angelegenheiten betreffen, die von den Betriebsvereinbarungen des aufnehmenden Betriebes nicht geregelt werden. Betriebsvereinbarungen iSd § 97 Abs 1 Z 18 oder Z 18a ArbVG – also Pensions- oder Pensionskassenbetriebsvereinbarungen – können für die von einer solchen Maßnahme betroffenen AN vom Betriebsinhaber des aufzunehmenden Betriebes oder Betriebsteiles unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist gekündigt werden. Diese vermeintlich klare, aber von der Judikatur noch nicht aufgearbeitete Bestimmung ist Gegenstand tiefgreifender Meinungsverschiedenheiten im Schrifttum und stellt daher die Praxis vor schwerwiegende Probleme.

Daß diese Probleme in den einschlägigen Fallkonstellationen idR bereits damit beginnen, daß die ungemein schwierige rechtstatsächliche Frage geklärt werden muß, ob es sich bei einem betrieblichen Umstrukturierungsvorgang um die Zusammenlegung von zwei Betrieben oder Betrieben und Betriebsteilen mit Bildung eines neuen Betriebes oder um die Aufnahme eines Betriebes oder Betriebsteiles (oder mehrerer Betriebe und Betriebsteile) durch einen seine Identität bewahrenden Betrieb handelt,<sup>1)</sup> soll nicht verkannt werden.

<sup>1)</sup> Wenn bloß zwei Betriebsteile zusammengelegt werden, scheidet der Fall des § 31 Abs 7 ArbVG sowohl nach dessen diesbezüglich eindeutigem Wortlaut als auch begrifflich deshalb aus, weil aus zwei Betriebsteilen nicht ein Betrieb unter Wahrung seiner bisherigen Identität hervorgehen kann.

Diese Problematik zu behandeln und die für die Beurteilung einer Fallkonstellation als „betriebsverfassungsrechtliche Verschmelzung durch Aufnahme“ oder „betriebsverfassungsrechtliche Verschmelzung durch Neubildung“ entsprechenden Kriterien herauszuarbeiten, ist hier freilich nicht der Platz.<sup>2)</sup>

### 2. Gesellschaftsrechtliche und betriebsverfassungsrechtliche Umgründungstatbestände

Feststeht, daß die gesellschaftsrechtliche Gestaltung einer Umstrukturierung kaum bis gar keine Rückschlüsse auf die betriebsverfassungsrechtliche Qualifizierung liefert. Die betriebsverfassungsrechtliche „Richtung“ einer Betriebszusammenführung kann sich nämlich von der handels- und gesellschaftsrechtlichen „Richtung“ unterscheiden, dh ihr auch entgegengesetzt sein. So kann bei einer Verschmelzung durch Aufnahme der Gesellschaft A in die Gesellschaft B dennoch ein Betrieb (oder können mehrere Betriebe) der Gesellschaft A wegen seiner/ihrer dominanten organisatorischen Struktur Betriebe oder Betriebsteile der (gesellschaftsrechtlich als aufnehmende fungierenden) Gesellschaft B iSd § 31 Abs 7 ArbVG aufnehmen. Ebenso wäre es bei einer Einbringung iSd Art III UmgrStG möglich, daß der handels- und gesellschaftsrechtlich einzubringende Betrieb sich als „betriebsverfassungsrechtlich dominant“ erweist und gegenüber dem Betrieb oder Betriebsteil der gesellschaftsrechtlich aufnehmenden Gesellschaft in Wahrheit der aufnehmende ist, oder zumindest die Fallkonstellation des § 31 Abs 6 ArbVG vorliegt, dh ein Zusammenschluß von Betrieben oder Betriebsteilen zu einem **neuen** Betrieb.

Daß diese Klarstellungen geboten erscheinen, zeigen einerseits die vom Verfasser in der Beratungspraxis laufend gemachten Erfahrungen, andererseits aber auch die Ausführungen von *Binder*<sup>3)</sup> in einer vor knapp drei Jahren erschienenen Abhandlung zum Thema. *Binder* widmet sich zunächst der Interpretation des Begriffes „Gesamtrechtsnachfolge“ iSd § 5 Abs 1 AVRAG und meint im Ansatz zutreffend, wenn auch in der Formulierung zu eng, eine solche läge dann vor, wenn ein „Vermögenskomplex

<sup>2)</sup> *Gahleitner/Leitsmüller* (Umstrukturierung und AVRAG 170) meinen, „in Zweifelsfällen“ solle bei der Zusammenlegung von Betrieben bzw Betriebsteilen von der Bildung eines Betriebes mit neuer Identität ausgegangen werden. Die Autoren wollen damit – wie ihre Ausführungen im Zusammenhang zeigen – ganz offenkundig weniger Spielraum für ein (allerdings nur vermeintliches) Mitbestimmungsvakuum lassen. Dieser primär rechtspolitisch motivierte Ansatz führt jedoch nicht weiter und liefert keine Erkenntnisse für die rechtsdogmatische Aufarbeitung.

<sup>3)</sup> Betriebsübergang und Schicksal der betrieblichen Altersversorgung, JBl 1998, 416 ff, 418 f.

kraft Gesetzes ... übergeleitet wird“.<sup>4)</sup> Ausgehend davon, will *Binder* einen „Wertungswiderspruch“ zwischen § 5 Abs 1 AVRAG und § 31 Abs 7 ArbVG orten. In der letztgenannten Bestimmung werde nämlich für die „betriebsaufnehmende Fusionierung“ eine außerordentliche Kündigungsmöglichkeit für Pensions-Betriebsvereinbarungen mit der Wirkung eingeräumt, daß der Erwerber die Fortsetzung der Pensionszusage ablehnen könne.<sup>5)</sup> Deshalb, so *Binder*<sup>6)</sup>, werde man „den handelsrechtlichen Begriff der Gesamtrechtsnachfolge nicht mit jenem gleichsetzen können, der für die arbeitsrechtliche Übergangsregelung maßgebend ist“. Dies ergebe sich „schon aus der unterschiedlichen gesetzlichen Zielsetzung“. Im Handelsrecht gehe es „um die Ausschaltung der Liquidationsphase, im arbeitsrechtlichen Betriebsübergangsrecht dagegen um den Voll- oder abgeschwächten Eintritt des Erwerbers in die Arbeitsverhältnisse“. Daraus – so *Binder* – „resultiert, daß die Fälle der Verschmelzung durch Aufnahme jedenfalls aus dem arbeitsrechtlichen Tatbestandsmerkmal der Gesamtrechtsnachfolge auszugliedern sind“.

Diese Auffassung beruht jedoch auf einer Vermischung der zivil- bzw gesellschaftsrechtlichen und der arbeitsrechtlichen Begriffsbildung sowie auf einer Verkenntung der Unterscheidung zwischen den **notwendigerweise „rechtsträgerübergreifenden“ Gesamt- bzw Einzelrechtsnachfolgetatbeständen des Gesellschaftsrechts** und den **im ArbVG, so insbesondere auch in § 31 Abs 5 bis 7 (vgl aber zB auch die §§ 62b und 62c ArbVG) geregelten, mit einer Änderung der Rechtsträgerzuordnung, dh einem Betriebsinhaberwechsel und damit der Anwendbarkeit des AVRAG nur typischer-, keineswegs aber notwendigerweise einhergehenden Umstrukturierungsfällen**. Es fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, daß § 5 Abs 1 AVRAG von einem anderen Gesamtrechtsnachfolgebegriff ausgeht als dem des Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrechts. Entgegen *Binder* fällt daher die „Verschmelzung durch Aufnahme“ (bei der Begriffsbildung des Autors bleibt unklar, ob er damit wirklich eine Verschmelzung zB iSd aktienrechtlichen Vorschriften meint) sehr wohl auch unter den „arbeitsrechtlichen“ Gesamtrechtsnachfolgebegriff (weil es einen solchen eben gar nicht gibt). Wird daher zB eine AG oder GmbH von einer AG verschmelzend iSd §§ 219 Z 1, 220 ff AktG aufgenommen, dann liegt selbstverständlich eine Gesamtrechtsnachfolge auch iSd § 5 Abs 1, 1. Satz AVRAG vor.<sup>7)</sup>

<sup>4)</sup> Zu eng ist diese Begriffsbildung deshalb, weil darunter auch die Legalzession einer einzelnen Forderung zu subsumieren wäre.

<sup>5)</sup> Damit nimmt der Autor eine erst später von ihm begründete, zentrale und vom Verfasser dieses Beitrages geteilte These, nämlich die Anwendbarkeit des § 5 Abs 1 AVRAG auf nachwirkende Betriebsvereinbarungen, vorweg.

<sup>6)</sup> JBl 1998, 418.

<sup>7)</sup> Streiten kann man nur darüber, ob dann, wenn eine solche gesellschaftsrechtliche Verschmelzung gleichzeitig (was keineswegs der Fall sein muß) die in § 31 Abs 7 ArbVG geregelten Merkmale aufweist, gestützt auf diese Bestimmung in Ausnahme von den für die Gesamtrechtsnachfolge an sich geltenden Grundsätzen der Veräußerer trotzdem das Sonderkündigungsrecht ausüben kann. Unter Zugrundelegung der hier vertretenen Ansicht (vgl unten 3.b.) liegt die Lösung auf der Hand: Behandelt man eine nachwirkende Pensions-Betriebsvereinbarung wie eine auf Einzelvertrag beruhende Zusage, für die daher auch der Vorbehalt gemäß § 5 Abs 1, 2. Satz AVRAG gesetzt werden kann, dann geht es nicht an, diese Gleichsetzung für Zwecke der Anwendung des § 31 Abs 7 ArbVG zu verlassen, um die durch § 5 Abs 1, 1. Satz AVRAG zwingend angeordnete Übernahme der Pensionszusage durch den Erwerber abzuschütteln und die nachwirkende Betriebsvereinbarung als Betriebsvereinbarung zu behandeln.

Von seinem verfehlten Verständnis aus gelangt *Binder*<sup>8)</sup> dazu, einen Widerspruch zu orten zwischen der Ansicht von *Marhold*,<sup>9)</sup> der (völlig zutreffend und unbestreitbarerweise) die Einbringung des Betriebes einer GmbH in eine AG als Einzelrechtsnachfolge qualifiziert<sup>10)</sup> und der Meinung von *Strasser*,<sup>11)</sup> der – ebenfalls richtig – die Verschmelzung durch Aufnahme als Gesamtrechtsnachfolgetatbestand anführt. *Binder* verneint (was bei mit Unternehmensumstrukturierungen regelmäßig befaßten Praktikern Erstaunen auslösen muß) zwei ganz unterschiedliche Tatbestände, nämlich den (durch Art III UmgrStG steuerlich privilegierten und mit der Konsequenz der Buchwertfortführung, gleichsam also einer „steuerlichen [keineswegs aber zivilrechtlichen] Gesamtrechtsnachfolge“, ausgestatteten) Vorgang der Einbringung eines Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteiles als (Sach)Einlage<sup>12)</sup> mit der (durch Aufnahme oder Neubildung möglichen) Verschmelzung zweier Kapitalgesellschaften, der völlig unstrittigerweise auch in der Spielart der Verschmelzung durch Aufnahme die Wirkungen der Gesamtrechtsnachfolge zukommt (vgl explizit § 220a Abs 3 Z 1 AktG). Diese Sichtweise veranlaßt *Binder* (dem der Autor dieses Beitrages hinsichtlich seiner wesentlichsten These gleichwohl folgt) zu einer ganzen Reihe von Fehlschlüssen: So versucht er, die in der Tat in keiner Weise einleuchtende Differenzierung zwischen § 31 Abs 7 und Abs 6 ArbVG, was die Möglichkeit der Sonderkündigung anbelangt,<sup>13)</sup> dadurch mit Sinn zu erfüllen, daß – ihm zufolge – bei der „Verschmelzung durch Neubildung, wo die eingebrachten Gesellschaften untergehen und ein neuer Unternehmensträger entsteht ... die Rechte der ‚eingebrachten‘ AN möglichst wenig beschnitten werden sollen, weil hier mehr die Unternehmensumgestaltung und weniger der Erwerb durch eine andere Rechtsperson im Vordergrund steht“, wohingegen „bei der Verschmelzung durch Aufnahme ... – vom Modell her gesehen – das eingebrachte Unternehmen auf prägende Merkmale (uU auch auf das Pensionssystem) des fortbestehenden Unternehmens trifft“.<sup>14)</sup> Damit wird jedoch verkannt, daß die **handels- bzw gesellschaftsrechtliche „Richtung der Verschmelzung“ mit der arbeitsrechtlichen (betriebsverfassungsrechtlichen) keineswegs übereinstimmen muß**. Bei einer Verschmelzung kann (zB aus rein steuerlichen Gründen) ohne weiteres das wesentlich kleinere und damit auch im Sinne *M. Binders* keineswegs „prägende“ Unternehmen Träger der aufnehmenden Gesellschaft sein, wohingegen der Rechtsträger des dominierenden und größeren Unternehmens als übertragende Gesellschaft untergeht.

<sup>8)</sup> JBl 1998, 418 Fn 10.

<sup>9)</sup> Unternehmenseinbringung und Pensionszusagen, ASoK 1997, 298 f.

<sup>10)</sup> Vgl für alle *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 68 (mwN zur steuerrechtlichen Genese des Begriffs „Einbringung“), 73.

<sup>11)</sup> Betriebspension bei Unternehmensverschmelzung, FS *Tomandl* 387 ff, 388.

<sup>12)</sup> *Hügel* (Verschmelzung und Einbringung 69) weist darauf hin, daß der Terminus Sacheinlage besser vermieden und ihm der Begriff Einbringung vorgezogen werden solle, weil eine Sacheinlage in Wahrheit auch bei der Verschmelzung vorliege und dieser Ausdruck nicht das für die Einbringung charakteristische Merkmal der Einzelrechtsnachfolge (sic!) hervorhebe.

<sup>13)</sup> Vgl *Schrank*, *ecolex* 1993, 617; *Hipsch*, Betriebspension 180 f; *Grillberger*, *WBl* 1993, 313.

<sup>14)</sup> *Binder*, *JBl* 1998, 418 f.

Die § 31 Abs 7, letzter Satz ArbVG einen telos unterstellenden Ausführungen *Binders* tragen daher nicht, weil sie das (leider) relativ ungeordnete Nebeneinander von gesellschaftsrechtlichen und betriebsverfassungsrechtlichen Umgründungstatbeständen vernachlässigen. Das verfehlte Begriffsverständnis zieht sich letztlich durch den gesamten Beitrag *Binders*. So führt der Autor – wenn auch im Ergebnis richtig – aus, daß Pensionskassen-Betriebsvereinbarungen gemäß § 97 Abs 1 Z 18a ArbVG „in den schlichten Veräußerungs- und Verpachtungsfällen (also außerhalb der Fusion zur Aufnahme) jedenfalls vom Erwerber zu übernehmen“ seien, wobei *Binder* in einer Fußnote<sup>15)</sup> hinzufügt, „die Fusion durch Neubildung kann hier unberücksichtigt bleiben, weil sich diese als Fall einer Gesamtrechtsnachfolge – nach § 5 Abs 1 AVRAG – ohnedies der wirksamen Anbringung eines einseitigen Ablehnungsvorbehalts entzieht.“ Richtigerweise ist sowohl bei einer Fusion (Verschmelzung) durch Aufnahme als auch durch Neubildung iSd aktienrechtlichen und GmbH-rechtlichen Vorschriften dem in Betracht kommenden Betriebsinhaber zwar nicht schlechthin die Kündigung gem § 31 Abs 7 ArbVG (diese Möglichkeit hängt davon ab, ob betriebsverfassungsrechtlich die Einbringung eines Betriebes oder Betriebsteiles in einen anderen Betrieb vorliegt, was mit der gesellschaftsrechtlichen Gestaltung der Verschmelzung nichts zu tun hat), wohl aber die Ausübung des Vorbehalts gemäß § 5 Abs 1, 1. Satz AVRAG versagt. Liegt aber eine bloß betriebsverfassungsrechtliche Verschmelzung durch Neubildung vor, nicht jedoch gleichzeitig eine Verschmelzung im gesellschaftsrechtlichen Sinne, dann kann wegen des eindeutigen Wortlautes des § 31 Abs 7 ArbVG zwar niemand das dort geregelte Sonderkündigungsrecht ausüben, der Veräußerer (sofern es einen solchen überhaupt gibt und es sich nicht bloß um eine Umgliederung innerhalb ein- und desselben Rechtsträgers handelt) aber die Betriebsvereinbarung gem § 32 Abs 1 ArbVG kündigen und der Erwerber diese sodann gem § 5 Abs 1, 2. Satz AVRAG ablehnen.<sup>16)</sup>

### 3. Das Sonderkündigungsrecht des § 31 Abs 7 ArbVG

#### a) Meinungsspektrum

Wie schon erwähnt, ist das Meinungsspektrum zu den genauen Rechtsfolgen des § 31 Abs 7 ArbVG (und, wie oben gesagt, sogar zu dessen Anwendungsvoraussetzungen) ein sehr breites.

Vertreten werden im wesentlichen folgende Meinungen:

- Das Sonderkündigungsrecht des § 31 Abs 7 ArbVG beseitigt auch jegliche Nachwirkung, die der Betriebsvereinbarung sonst zukommt.<sup>17)</sup>
- Betriebsvereinbarungen gemäß § 97 Abs 1 Z 18 und Z 18 a ArbVG können zwar gekündigt werden, entfalten aber für die bis zum Ablauf der Kündigungsfrist beschäftigten AN Nachwirkung, die zum Nachteil der AN entweder sofort<sup>18)</sup> oder wegen § 32 Abs 3, dritter Satz ArbVG erst nach Ablauf eines Jahres ab Betriebsüber-

gang<sup>19)</sup> durch Einzelvereinbarung abbedungen werden kann.

- Die Betriebsvereinbarung kann vom Veräußerer gekündigt werden und entfaltet zwar Nachwirkung, die der Erwerber aber wie bei einer auf Arbeitsvertrag beruhenden Pensionszusage durch rechtzeitigen Vorbehalt iSd § 5 Abs 1 AVRAG mit der Konsequenz beseitigen kann, daß der Veräußerer dem AN eine bar zu zahlende und nach § 5 Abs 2 AVRAG zu berechnende Pensionsabfindung schuldet.<sup>20)</sup>

#### b) Eigene Auffassung

Für die Praxis ist dieser – primär vom Gesetzgeber verschuldete – unklare Zustand höchst fatal, wie diverse Fälle aus der Beratungspraxis belegen.

Ob im konkreten Einzelfall die Aufnahme eines Betriebes oder Betriebsteiles durch einen seine Identität bewahrenden Betrieb (§ 31 Abs 7 ArbVG) oder vielmehr der Zusammenschluß zweier oder mehrerer Betriebe zu einem neuen Betrieb (§ 31 Abs 6 ArbVG) vorliegt, kann naturgemäß im Rahmen dieser Abhandlung nicht geklärt werden. Für die praktische Rechtsanwendung ist die **Klärung dieser** – eine genaue Erforschung des jeweiligen Sachverhaltes erfordernden – **Rechtsfrage allerdings wesentlich**, weil das „Sonderkündigungsrecht“ des § 31 Abs 7 ArbVG mE **eindeutig** jene Konstellation voraussetzt, daß eine „Pensions-Betriebsvereinbarung“ gemäß § 97 Abs 1 Z 18 oder Z 18 a ArbVG in einem Betrieb oder Betriebsteil besteht, der von einem anderen Betrieb **bei Wahrung von dessen Identität aufgenommen wird**. Werden dagegen Betriebe oder Betriebsteile so zusammengeführt, daß ein neuer Betrieb iSd § 34 ArbVG entsteht, gelangt nach dem insofern ebenfalls unmißverständlichen Wortlaut § 31 Abs 6 ArbVG zur Anwendung, wonach die Geltung von Betriebsvereinbarungen für die von einer solchen Transaktion betroffenen AN „unberührt ... bleibt“.<sup>21)</sup>

In einem solchen Fall könnte die Gesellschaft, der der betroffene Betriebs(teil) zuzurechnen ist, die Pensions(kassen)betriebsvereinbarung nicht vor dem Übergang gem § 31 Abs 7 ArbVG kündigen; vielmehr würde bei Pensionskassen-Betriebsvereinbarungen § 97 Abs 4 ArbVG eingreifen, der als allgemeine Regel Kündigungen von Pensionskassen-Betriebsvereinbarungen für alle bis zum

<sup>15)</sup> So *Gahleitner/Leitsmüller*, Umstrukturierung und AVRAG 153 f, anscheinend auch *Wolf*, Die Kündigung von Pensionsbetriebsvereinbarungen und Betriebs(teil)übergang, *ecolex* 1997, 519.

<sup>16)</sup> Diese Lösung bieten die Gesetzesmaterialien an (EBRV 1078 BlgNR XVIII.GP 11). Sie wird darüber hinaus von *Binder* (JBI 1998, 426 f, 435) vertreten.

<sup>17)</sup> Hinzuweisen ist allerdings darauf, daß **in der Tat im Schrifttum auch die Meinung vertreten wird, das Sonderkündigungsrecht des § 31 Abs 7 ArbVG sei analog insbesondere im Falle des § 31 Abs 6 ArbVG (betriebsverfassungsrechtliche Verschmelzung) anzuwenden** (so *Schrank*, *ecolex* 1993, 617; diesem zustimmend *Hipsch*, Betriebspension [1996] 180 f; vgl *Grillberger*, *WBI* 1993, 313, der zwar nicht so weit geht, aber die (in der Tat bestehende) Uneinsichtigkeit der Differenzierung von § 31 Abs 5 und 6 ArbVG gegenüber § 31 Abs 7 ArbVG hervorhebt). Dies widerspricht jedoch eindeutig dem Gesetz (wie hier im Ergebnis *Binder*, JBI 1998, 425, allerdings mit untauglicher und dem Gesetzgeber sinnhaftes Handeln unterstellender, in Wahrheit aber gesellschaftsrechtliche und arbeitsrechtliche (betriebsverfassungsrechtliche) „Umgründungstatbestände“ nicht voneinander unterscheidender Begründung (vgl *Binder* JBI 1998, 418 f; siehe oben).

<sup>15)</sup> Vgl JBI 1998, 427 und Fn 43.

<sup>16)</sup> Siehe dazu unten 3. b.

<sup>17)</sup> So *Schrank*, *ecolex* 1993, 617; *Schrammel*, *ZAS* 1996, 11; *Hipsch*, *Betriebspension* 179 f.

<sup>18)</sup> So *Grillberger*, *WBI* 1993, 313.

Kündigungstermin (also bis zum Ablauf der Kündigungsfrist) aufrechten Arbeitsverhältnisse ausschließt.

Einigkeit besteht darüber, daß die EG-Betriebsübergangsrichtlinie den Betriebserwerber gerade nicht zur Übernahme von – auf welcher Rechtsgrundlage immer beruhenden – Pensionszusagen des Veräußerers verpflichtet.<sup>22)</sup>

Grundsätzlich dürfte auch unbestritten sein, daß nicht nur § 5 Abs 1 AVRAG (der den Erwerber bei einer auf Arbeitsvertrag beruhenden Pensionszusage zu deren Ablehnung berechtigt), sondern auch § 31 Abs 7, 2. Satz ArbVG Ausdruck dieser Rechtslage auf europäischer Ebene ist. Der österreichische Gesetzgeber bezweckte allem Anschein nach (wenngleich mit problematischen legislativen Mitteln), es bei einem Betriebsübergang zu ermöglichen, daß der Betrieb vom Erwerber grundsätzlich „pensionslastenfrei“ übernommen wird, ohne damit aber eine ersatzlose Beseitigung von betrieblichen Pensionszusagen und Pensionskassenzusagen überhaupt zu gestatten.<sup>23)</sup>

Vor diesem Hintergrund sind mE jene Auffassungen im Schrifttum abzulehnen, die der oben (3.a.) als zweites genannten Gruppe angehören und bei der Kündigung gemäß § 31 Abs 7 ArbVG nicht nur die volle Nachwirkung bejahen, sondern auch die einjährige Sperrfrist des § 32 Abs 3, 3. Satz ArbVG als maßgebend erachten.<sup>24)</sup> Denn dann fragt man sich in der Tat, worin die offensichtlich bezweckte Richtlinien-Umsetzung durch den österreichischen Gesetzgeber zum Ausdruck kommen soll. Die bloße Abkürzung der Kündigungsfrist von üblicherweise drei Monaten zum Monatsletzten (§ 32 Abs 1 ArbVG) auf einen Monat ohne Kündigungstermin (§ 31 Abs 7, zweiter Satz ArbVG) kann nicht ernsthaft als Umsetzung dieses gesetzgeberischen Willens betrachtet werden. Darüber hinaus übersehen die Anhänger der einjährigen Sperrfrist, daß das Sonderkündigungsrecht des § 31 Abs 7, letzter Satz ArbVG unbestrittenermaßen nur vom Inhaber des aufzunehmenden Betriebes oder Betriebsteiles ausgeübt werden kann, § 32 Abs 3, 3. Satz ArbVG nach seinem

diesbezüglich ebenfalls klaren Wortlaut jedoch eine Kündigung nach Betriebsübergang, also durch den Erwerber, voraussetzt.<sup>25)</sup>

Die Ansätze von *Schrank*<sup>26)</sup> und *Schrammel*,<sup>27)</sup> die überhaupt die Nachwirkung beim Sonderkündigungsrecht nach § 31 Abs 7 ArbVG verneinen, berücksichtigen zu wenig, daß § 31 Abs 7, 2. Satz ArbVG immerhin eindeutig den Fall einer Arbeitgeberkündigung der Betriebsvereinbarung regelt und – abgesehen von der verkürzten Kündigungsfrist – keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine Abweichung von dem in § 32 Abs 3, 2. Satz ArbVG enthaltenen Prinzip der Nachwirkung vorhanden sind, die es rechtfertigen würden, bei Ausübung dieses Sonderkündigungsrechtes die Nachwirkung nicht eintreten zu lassen.<sup>28)</sup>

Interessant ist, daß gerade die von den Gesetzesmaterialien angebotene Lösung (die Ausübung des Sonderkündigungsrechtes verschafft der Betriebsvereinbarung Nachwirkung; diese kann aber gem § 5 Abs 1 AVRAG durch rechtzeitigen Vorbehalt des Erwerbers beseitigt werden) von fast sämtlichen Autoren aus rechtsdogmatischen Gründen abgelehnt wird.<sup>29)</sup> Diese betonen, daß § 5 Abs 1 AVRAG seinem klaren Wortlaut nach „eine auf Einzelvereinbarung beruhende betriebliche Pensionszusage“ voraussetzt und jene Wirkung, die eine gekündigte Betriebsvereinbarung für die bis zum Kündigungstermin betroffenen AN entfalte, nämlich die Nachwirkung, gerade keine einzelvertragliche Wirkung, sondern Normwirkung sei.<sup>30)</sup>

Diese Kritik ist insofern berechtigt, als Nachwirkung und einzelvertragliche Geltung tatsächlich voneinander unterschieden werden müssen. Schon *Strasser*<sup>31)</sup> hat aber zutreffend darauf hingewiesen, daß die Bezeichnung der Nachwirkung als Normwirkung insofern nicht richtig ist, als in den Betrieb neu eintretende AN von der Nachwirkung gerade nicht erfaßt werden.

Nachwirkung ist in der Tat etwas anderes als die in § 11 ArbVG für KollV und in § 31 Abs 1 ArbVG für Betriebsvereinbarungen geregelte Normwirkung, steht somit gleichsam zwischen dieser und der einzelvertraglichen Wirkung und beruht unmittelbar auf Gesetz.<sup>32)</sup>

<sup>22)</sup> Vgl Art 3 Abs 3 (Abs 4 idF RL 98/50), wonach Art 3 Abs 1 (dh die Eintrittsautomatik und die allfällige Mithaftung des Veräußerers nach dem Übergang) und Art 3 Abs 2 bei betrieblichen Pensionszusagen nicht gelten (vgl näher *Hipsch*, Betriebspension 166 f mwN).

<sup>23)</sup> Man könnte daher zumindest erwägen, § 31 Abs 7 ArbVG, der in das Gesetz gleichzeitig mit der Schaffung der AVRAG eingefügt wurde, entgegen seinem Wortlaut nur auf **rechts-trägerübergreifende** Fälle von Betriebszusammenlegungen, dh auf jene Fallkonstellationen anzuwenden, die als Betriebsinhaberwechsel gleichzeitig den Vorschriften des AVRAG unterliegen (so die hA: vgl *Grillberger*, Betriebs(teil)übergang in Tomandl 52 f; *Schrank*, *ecolex* 1993, 616 f; *Rabanser*, WBI 1995, 180; *Gahleitner/Leitsmüller*, Umstrukturierung und AVRAG 152, 153 f).

Wirklich überzeugend ist das aber nicht, denn der telos des Sonderkündigungsrechtes greift mE auch dann, wenn man es – dem Wortlaut entsprechend – den Betriebsinhaber eines von einem anderen Betrieb aufgenommenen Betrieb (steil) selbst ohne Vorliegen eines Rechtsträgerwechsels ausüben läßt. Voraussetzung für diese Sichtweise ist freilich, daß man mit der hier vertretenen Meinung nicht die Nachwirkung bei Ausübung des Sonderkündigungsrechtes bestreitet. Anderenfalls wäre eine ersatzlose Beseitigung von Pensions(kassen)zusagen bei bestimmten Formen betrieblicher Umstrukturierungen innerhalb eines Rechtsträgers möglich.

Eine Ablehnung der (nachwirkenden) Zusage gemäß § 5 Abs 1 AVRAG kommt bei der nicht rechtsträgerübergreifenden Betriebs(teil)aufnahme natürlich nicht in Betracht.

<sup>24)</sup> So die Ansätze von *Gahleitner/Leitsmüller*, Umstrukturierung und AVRAG 153 ff und *Wolf*, *ecolex* 1997, 519 ff.

<sup>25)</sup> Zutreffend *Schrank* (*ecolex* 1993, 680), der die Sperrfrist auch bei in die Erwerberphase hineinreichenden Kündigungsfristen nicht eingreifen läßt, sowie *Binder* (JBl 1998, 427), der bei der letztgenannten Fallkonstellation zur Anwendung des § 32 Abs 3, 3. Satz ArbVG gelangt.

<sup>26)</sup> *ecolex* 1993, 617.

<sup>27)</sup> ZAS 1996, 11.

<sup>28)</sup> Die von *Wolf* (*ecolex* 1997, 519 ff) gegen die Thesen von *Schrank* und *Schrammel* ins Treffen geführten Argumente sind allerdings zumindest zum Teil untauglich. Daß § 32 Abs 3, dritter Satz ArbVG, der die einjährige Sperrfrist nach Betriebsübergang für Einzelvereinbarungen normiert, die die Nachwirkung von Betriebsvereinbarungen aus AN-Sicht verschlechtern, ausdrücklich auf die Fälle des § 31 Abs 4 bis 7 ArbVG verweist, ist kein Beleg dafür, daß die in § 31 Abs 7 ArbVG geregelte Sonderkündigung ebenfalls Nachwirkung entfaltet, sondern erfolgt erkennbar deshalb, um den in § 31 Abs 7 ArbVG geregelten Fall der Aufnahme eines Betriebes oder Betriebsteiles durch einen anderen Betrieb zu bezeichnen.

<sup>29)</sup> Die Ausnahme ist *Binder* (JBl 1998, 426 f, 435).

<sup>30)</sup> *Schrammel*, ZAS 1996, 11; *Schrank*, *ecolex* 1993, 617, *Wolf*, *ecolex* 1997, 519 ff; *Hipsch*, Betriebspension 180.

<sup>31)</sup> in *Floretta/Strasser*, ArbVG HandKomm 189.

<sup>32)</sup> Vgl die zutreffenden Ausführungen von *Henze* (Ausgewählte Rechtsfragen zu § 613 a BGB, FS *Schaub* [1998] 279, der – insofern mit der österreichischen Rechtslage vergleich- und auf Betriebsvereinbarungen übertragbar – hervorhebt, daß die Nach-

Man muß die Gesetzesmaterialien in diesem konkreten Fall<sup>33)</sup> auch gegen die Kritiker verteidigen, weil den Verfassern der Gesetzesmaterialien durchaus bewußt war, daß eine nachwirkende Betriebsvereinbarung **nicht** „eine auf Einzelvereinbarung beruhende betriebliche Pensionszusage“ iSd § 5 Abs 1 AVRAG ist, sondern bloß „...wie eine einzelvertragliche Betriebspensionszusage zu behandeln“ sei.<sup>34)</sup>

Es mag sein, daß diese Auslegung des § 5 Abs 1 AVRAG dessen äußerst möglichen Wortsinn als übliche Grenze der Auslegung sprengt,<sup>35)</sup> entgegen der Ansicht von Wolf führt aber – abgesehen davon, daß auch „berichtigende“ Auslegungen vielfach anerkannt werden – eine Orientierung am strikten Wortlaut des § 5 Abs 1 AVRAG sehr wohl zu „über-spitzen“ und der Absicht des österreichischen Gesetzgebers, Richtlinienkonformität herzustellen, widersprechenden Ergebnissen. Außerdem liegen wohl die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 5 Abs 1 AVRAG auf nachwirkende Betriebsvereinbarungs-Pensionszusagen vor. Denn gerade jene Auffassung, die der letztgenannte Autor vertritt, bedeutet, daß Pensions-Betriebsvereinbarungen und Pensionskassen-Betriebsvereinbarungen im Falle der Ausübung des Sonderkündigungsrechtes nicht nur nachwirken, sondern auch erst nach Ablauf eines Jahres durch Einzelvereinbarung verschlechternd geändert werden können (§ 32 Abs 3, 3. Satz ArbVG).<sup>36)</sup>

Die eine Nachwirkung verneinende These von Schrammel und Schrank hat dagegen zur Konsequenz, daß Veräußerer und Erwerber bei Pensions-Betriebsvereinbarungen nur vor der Wahl stehen, entweder deren unveränderte Weitergeltung zu akzeptieren oder (bei Ausübung des Sonderkündigungsrechtes gem § 31 Abs 7 ArbVG) den Veräußerer zur Leistung der „Straf-Abfindung“ des § 5 Abs 2 AVRAG (dazu unten) zu verpflichten.<sup>37)</sup>

Die Anwendung des § 5 Abs 2 AVRAG bedeutet, daß an die AN Barbeträge zu leisten sind, die (vor allem bei leistungsorientierten Pensionszusagen) den „Zeitwert“

wirkung von Tarifverträgen gem § 4 Abs 5 TVG nicht Normwirkung, sondern gesetzliche Wirkung ist, mangels deren Verankerung der Tarifvertrag jedwede Wirkung zur Gänze verliere.

<sup>33)</sup> Für einen anderen Fall in den Materialien gilt dies nicht (unzulässige Gleichsetzung von aufgrund der Normwirkung geltendem kollisionsrechtlichen Mindestentgelt mit dem durch § 4 Abs 2, 1. Satz AVRAG in den Einzelvertrag transformierten Mindestentgelt: vgl die berechtigte Kritik von Hipsch, Betriebspension 185 Fn 961).

<sup>34)</sup> EBRV 1078 BlgNR XVIII.GP 11. Etwas anders Binder (JBl 1998, 426), der den Materialien unterstellt, sie seien der Auffassung, die gekündigte Pensions-Betriebsvereinbarung würde „zum Einzelvertragsbestandteil“ – was aus der einschlägigen Fundstelle (EBRV 1078 BlgNr XVIII.GP 11) nicht abgeleitet werden kann, in Anbetracht der an anderer Stelle erfolgten, unzulässigen Gleichsetzung von kraft Normwirkung (§ 11 ArbVG) geltendem Mindestentgelt und durch § 4 Abs 2, 1. Satz AVRAG in den Arbeitsvertrag transformiertem Entgelt aber verständlich erscheint.

<sup>35)</sup> So insbesondere Wolf, *ecolex* 1997, 519 ff.

<sup>36)</sup> Allerdings ist der letztgenannte Schluß keineswegs zwingend, sondern schon wegen des – oben erläuterten – Wortlautes und Zwecks des § 32 Abs 3, 3. Satz ArbVG – jedenfalls verfehlt (vgl die Meinung von Grillberger [WBl 1993, 313], der zwar die Nachwirkung vertritt, einzelvertragliche Eingriffe aber sofort zuläßt).

<sup>37)</sup> Es sei denn, man vertritt mit Schrammel (ZAS 1996, 12) die Ansicht, § 5 AVRAG (und daher auch dessen Abs 2) sei generell nicht auf Pensionszusagen in Betriebsvereinbarungen oder KollV anzuwenden. Diese Auffassung ist mit dem insoweit deutlichen Wortlaut des § 5 Abs 2 AVRAG jedoch nicht zu vereinbaren (wie hier Gahleitner/Leitsmüller, Umstrukturierung und AVRAG 163), wobei die Fundstelle bei Schrammel nicht ganz deutlich macht, ob dieser tatsächlich diese Meinung vertritt.

der Pensionszusage bzw den nach den Vorschriften des BPG allenfalls gebührenden Unverfallbarkeitsbetrag uU dramatisch übersteigen können.<sup>38)</sup>

Der von den Gesetzesmaterialien aufgezeigte (und im Schrifttum teilweise „geschmähte“) Weg bewirkt nach der hier vertretenen Ansicht – anders als die von den Kritikern befürworteten Möglichkeiten – ein **sinnvolles Zusammenspiel von Bestandschutz und Regelungsflexibilität** in bezug auf betriebliche Pensionszusagen bei Betriebsübergang. Denn zunächst kann vom Veräußerer die (in der Praxis kaum ohne Einvernehmen mit dem Erwerber stattfindende) Entscheidung getroffen werden, ob das Sonderkündigungsrecht des § 31 Abs 7 ArbVG ausgeübt wird. Geschieht dies rechtzeitig (dh noch vor Betriebsübergang; dazu unten), dann entfaltet die Betriebsvereinbarung zwar Nachwirkung, aber ohne die einjährige Sperrfrist des § 32 Abs 3, 3. Satz, ArbVG auszulösen und unter Inanspruchnahme der Möglichkeit der Beseitigung der Rechtswirkungen für den Erwerber durch einseitigen Vorbehalt gem § 5 Abs 1 AVRAG.<sup>39)</sup>

Ob dieser Vorbehalt vom Erwerber gesetzt wird, wird typischerweise von der Art des Konsenses zwischen Veräußerer und Erwerber abhängen.<sup>40)</sup> Denn die Ausübung des Vorbehaltes, also die Ablehnung der Pensionszusage gem § 5 Abs 1 AVRAG, löst die Verpflichtung des Veräußerers zur Leistung der sehr großzügig bemessenen Abfindung gemäß § 5 Abs 2 AVRAG aus. In den meisten Fällen wird als Alternative zur Setzung des Vorbehaltes gemäß § 5 Abs 1 AVRAG die – allenfalls durch das Druckmittel der Änderungskündigung bewirkte – einzelvertragliche Modifikation (im Extremfall auch Abbedingung) oder die Kündigung von Arbeitsverhältnissen als für den Arbeitgeber attraktiver in Betracht kommen.<sup>41)</sup>

Zusammenfassend gesagt, ist nach der hier vertretenen Auffassung der von den Gesetzesmaterialien zum AVRAG aufgezeigten Lösung der Vorzug zu geben:

Die Pensions-Betriebsvereinbarung bzw Pensionskassen-Betriebsvereinbarung entfaltet bei Ausübung des Sonderkündigungsrechtes gemäß § 31 Abs 7 ArbVG zwar Nachwirkung (die nicht unter die einjährige Sperrfrist des § 32 Abs 3, dritter Satz ArbVG fällt); der Erwerber kann aber die nachwirkende Pensionszusage wie eine einzelvertragliche Zusage gem § 5 Abs 1 AVRAG durch einen rechtzeitigen Vorbehalt mit der Konsequenz ablehnen, daß der Veräußerer die nach § 5 Abs 2 AVRAG berechnete Pensionsabfindung an die betroffenen AN zu leisten hat.

### c) Die maßgebenden Zeitpunkte

Das Sonderkündigungsrecht gem § 31 Abs 7 ArbVG kann nur vom Veräußerer ausgeübt werden.<sup>42)</sup> Dies be-

<sup>38)</sup> Vgl Gahleitner/Leitsmüller, Umstrukturierung und AVRAG 163 f.

<sup>39)</sup> Diesen sinnvollen Zusammenhang betont zutreffend auch Binder (JBl 1998, 425 f).

<sup>40)</sup> Bei der sich innerhalb eines Rechtsträgers ereignenden, also bloß arbeitsverfassungsrechtlichen Betriebs(teil)aufnahme, die – wie schon gesagt – vom Anwendungsbereich des § 31 Abs 7 ArbVG ebenfalls erfaßt ist, greifen diese Überlegungen natürlich nicht, weil „Veräußerer“ und „Erwerber“ ein- und dieselbe (idR juristische) Person sind.

<sup>41)</sup> Darauf weisen zu Recht Gahleitner/Leitsmüller, Umstrukturierung und AVRAG 117, 161 hin.

<sup>42)</sup> Unstrittig: Vgl zB Hipsch, Betriebspension 178 f. Eine „Nachholung“ durch den Erwerber – selbst unmittelbar nach Betriebsübergang – kommt nicht in Betracht (Binder, JBl 1998, 425 f).

deutet, daß die Kündigung vor jenem Zeitpunkt ausgesprochen werden und zugegangen sein muß, in dem sich der Betriebsübergang vollzieht. Richtigerweise muß aber die einmonatige Kündigungsfrist des § 31 Abs 7 ArbVG (einen Kündigungstermin kennt diese Gesetzesbestimmung nicht) vor dem Übergang bzw Betriebsinhaberwechsel noch nicht abgelaufen sein.<sup>43)</sup>

Vertritt man – wie hier – die von den Gesetzesmaterialien skizzierte Lösung, daß eine nach § 31 Abs 7 ArbVG gekündigte Pensions-Betriebsvereinbarung bzw Pensionskassen-Betriebsvereinbarung Nachwirkung entfaltet, die vom Erwerber aber unter Anwendung des § 5 Abs 1 AVRAG durch rechtzeitigen Vorbehalt beseitigt werden kann, dann ergibt sich eine weitere Konsequenz: Da eine normativ wirkende Betriebsvereinbarung in das Stadium der Nachwirkung nicht schon mit Ausspruch und Zugang der Kündigung, sondern erst mit Ablauf der Kündigungsfrist, also im Zeitpunkt des Kündigungstermins, tritt,<sup>44)</sup> setzt die Anwendung des § 5 Abs 1 AVRAG voraus, daß die Kündigungsfrist des § 31 Abs 7 ArbVG abgelaufen ist.<sup>45)</sup>

Fraglich ist, ob daraus auch folgt, daß die von den Gesetzesmaterialien aufgezeigte Möglichkeit der völligen Befreiung des Erwerbers von Pensionslasten aus einer zuerst nach § 31 Abs 7 ArbVG gekündigten Pensions-Betriebsvereinbarung einen so frühzeitigen Ausspruch (und Zugang) der auf § 31 Abs 7 ArbVG gestützten Sonderkündigung verlangt, daß die gesamte einmonatige Kündigungsfrist vor dem Zeitpunkt des Betriebsüberganges abgelaufen ist. Diese Frage wäre dann zu bejahen, wenn der „rechtzeitige Vorbehalt“ des Erwerbers gemäß § 5 Abs 1 AVRAG nur dann „rechtzeitig“ ist, wenn er vor dem Zeitpunkt des Betriebsüberganges gemacht wird. Aus § 3 Abs 4, 2. Satz AVRAG ergibt sich jedoch anderes. Danach hat nämlich der Widerspruch des AN gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses (den das Gesetz bei Nichtübernahme der betrieblichen Pensionszusage durch den Erwerber ermöglicht) innerhalb eines Monats ab Ablehnung der Übernahme „oder bei Nichtäußerung des Erwerbers zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges innerhalb eines Monats nach Ablauf einer vom AN gesetzten angemessenen Frist zur Äußerung zu erfolgen“. Daraus ergibt sich zwingend, daß der Erwerber eine einzelvertragliche oder auf der Nachwirkung einer Pensions-Betriebsvereinbarung beruhende Zusage gemäß § 5 Abs 1 AVRAG auch nach Betriebsübergang ablehnen kann.<sup>46)</sup> Gahleitner/Leitsmüller<sup>47)</sup> meinen allerdings, daß der Erwerber im Falle seines Schweigens „nach Betriebsübergang“ das Recht auf Ablehnung der Übernahme „verwirkt“, weil er gem § 3 Abs 3 AVRAG verpflichtet sei, dem AN „jede aufgrund des Betriebsüberganges erfolgte Änderung der Arbeitsbedingungen unverzüglich mitzuteilen“. Das überzeugt nicht, weil § 3 Abs 4, 2. Satz AVRAG als Einschränkung des in § 3 Abs 3, letzter Satz AVRAG normierten Grundsatzes zu deuten ist, eine Nichtäußerung des Erwerbers vor Ablauf der gem § 3 Abs 4, 2. Satz AVRAG vom AN gesetzten Frist daher kei-

nesfalls als Verzicht auf den Vorbehalt gemäß § 5 Abs 1 AVRAG interpretiert werden kann.<sup>48)</sup>

Gegen die „Verwirkung“ des Ablehnungsrechtes könnte sich der Erwerber (insbesondere in einem Fall, wo der Veräußerer nicht mehr so rechtzeitig kündigen kann, daß die einmonatige Kündigungsfrist noch vor dem Zeitpunkt des Betriebsüberganges abgelaufen ist) darüber hinaus jedenfalls dadurch schützen, daß er unverzüglich nach Betriebsübergang den betroffenen AN (sinnvollerweise schriftlich) mitteilt, daß er sich innerhalb einer bestimmten (zB einmonatigen) Frist darüber äußern werde, ob er die Pensionszusagen des Veräußerers übernimmt oder unter Berufung auf § 5 Abs 1 AVRAG ablehnt.

#### d) Sonderfall Pensionskassen-Betriebsvereinbarung

Gegenstand des in § 31 Abs 7 ArbVG geregelten Sonderkündigungsrechtes kann auch eine Pensionskassen-Betriebsvereinbarung gem § 97 Abs 1 Z 18a ArbVG sein. Dabei handelt es sich in Wahrheit um eine „notwendige“ Betriebsvereinbarung, weil § 3 Abs 1 BPG – vom in § 3 Abs 2 BPG geregelten Sonderfall der von keinem Betriebsrat vertretenen AN abgesehen – den Bestand einer Pensionskassen-Betriebsvereinbarung als Voraussetzung einer Pensionskassenlösung normiert.<sup>49)</sup>

§ 97 Abs 4 ArbVG verschafft grundsätzlich der Kündigung einer Pensionskassen-Betriebsvereinbarung nur hinsichtlich jener Arbeitsverhältnisse Wirksamkeit, die nach dem Kündigungstermin begründet werden. Diesen Grundsatz durchbricht § 31 Abs 7 ArbVG für den dort geregelten Fall der Betriebs(teil)aufnahme.<sup>50)</sup> Außerhalb dieses Falls versperrt § 97 Abs 4 ArbVG dem Betriebsinhaber des aufzunehmenden Betriebes (Betriebsteiles) jedoch jene Möglichkeit, die der Veräußerer eines Betriebes oder Betriebsteiles auch außerhalb der in § 31 Abs 7 ArbVG geregelten Fallkonstellation richtigerweise besitzt: Die Kündigung der Betriebsvereinbarung unter Einhaltung der gesetzlichen Drei-Monats-Frist (oder einer längeren vertraglich bedingten Frist) mit der Wirkung, daß nach Ablauf der Kündigungsfrist<sup>51)</sup> der Erwerber die nachwirkende Betriebsvereinbarung gem § 5 Abs 1 AVRAG ablehnen kann.<sup>52)</sup>

Pensionskassen-Betriebsvereinbarungen setzen als notwendige Ergänzung einen Pensionskassenvertrag zwischen AG und Pensionskasse voraus.<sup>53)</sup> Bei Pensionskassen-Betriebsvereinbarungen kann sich im Falle eines Betriebsüberganges (zumindest theoretisch) das Problem ergeben, daß der zwischen Pensionskasse und AG bestehende Pensionskassenvertrag von der Eintrittsautomatik des § 3 Abs 1 AVRAG nicht erfaßt ist, es also beim Pen-

<sup>48)</sup> Ebenso *Binder*, JBl 1998, 419.

<sup>49)</sup> Zutreffend *Petrovic*, Pensionskassen-Betriebsvereinbarung und Vertragsmuster, ZAS 1991, 90f; zustimmend *Binder*, JBl 1998, 424 Fn 26.

<sup>50)</sup> Vgl *Binder*, JBl 1998, 427.

<sup>51)</sup> Dieser Zeitpunkt kann auch nach Betriebsübergang liegen (vgl oben).

<sup>52)</sup> Auf diese Möglichkeit weist zutreffend *Binder* (JBl 1998, 427) hin. Für die Zulässigkeit der Ausübung des Vorbehaltes gem § 5 Abs 1 AVRAG kann es – bejaht man dessen Anwendbarkeit grundsätzlich auf nachwirkende Betriebsvereinbarungen – nicht darauf ankommen, ob der Vorbehalt gestützt auf § 31 Abs 7 ArbVG oder als Folge einer „gewöhnlichen“ Kündigung gem § 32 Abs 1 ArbVG gemacht wird.

<sup>53)</sup> Vgl näher zB *Binder*, Rechtsprobleme des Dreiecksverhältnisses zwischen Unternehmer, Pensionsbegünstigtem und Pensionskasse, ZAS 1991, 106 ff.

<sup>43)</sup> Zutreffend *Hipsch*, Betriebspension 179.

<sup>44)</sup> Vgl *Strasser*, in ArbVG HandKomm 189.

<sup>45)</sup> Zutreffend *Binder*, JBl 1998, 427 Fn 42.

<sup>46)</sup> Zutreffend *Gahleitner/Leitsmüller*, Umstrukturierung und AVRAG 161.

<sup>47)</sup> Umstrukturierung und AVRAG 161. Der Widerspruch zwischen den beiden Aussagen ist offenkundig.

sionskassenvertrag nicht zu einem automatischen Wechsel des AG vom Veräußerer auf den Erwerber kommt.<sup>54)</sup> Der Betriebsübergang ändert nichts daran, daß der Pensionskassenvertrag mit dem Veräußerer aufrecht bleibt. In aller Regel wird die Pensionskasse sich nicht weigern, den Pensionskassenvertrag mit dem Erwerber abzuschließen. Tut sie dies dennoch und scheidet somit eine (an das Vorliegen einer Dreiparteieneinigung gebundene) Vertragsübernahme, dann erhebt sich die Frage nach den Rechtsfolgen.

Mit Wolf<sup>55)</sup> ist die analoge Anwendung des § 5 BPG zu erwägen. Diese Bestimmung setzt zwar die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines von einer Pensionskassenzusage begünstigten AN vor Eintritt des Leistungsfalles voraus (§ 5 Abs 1, 1. Satz BPG); die Analogiebasis ergibt sich aber daraus, daß im Falle des Betriebsüberganges das Arbeitsverhältnis zumindest zum Veräußerer endet.<sup>56)</sup> Freilich entsteht damit das Problem der Berechnung des Abfindungsbetrages. Zur Auswahl stehen nämlich sowohl § 5 Abs 1a BPG, der für den Fall des § 5 Abs 1 BPG eine besondere Berechnung des Unverfallbarkeitsbetrages vorschreibt, und § 5 Abs 2 AVRAG, der ebenfalls eine spezifische (und für den AN sehr großzügige) Regelung enthält. Zu dieser Problematik kann im vorgegebenen Rahmen nicht abschließend Stellung genommen werden.

#### 4. Zusammenfassung

a) Gesellschaftsrechtliche Umgründungstatbestände müssen von den Umgründungstatbeständen des Betriebsverfassungsrechtes streng unterschieden werden. Während erstere (zB Verschmelzung in den verschiedenen Varianten, Abspaltung oder Aufspaltung, errichtende oder verschmelzende Umwandlung, Einbringung gegen Sacheinlage, etc) notwendigerweise „rechtsträgerübergreifend“ sind, muß dies bei den an den betriebsverfassungsrechtlichen Typusbegriff des Betriebes (§ 34 ArbVG) anknüpfenden Tatbeständen der Aufnahme eines Betriebes oder Betriebsteiles durch einen seine Identität bewahrenden Betrieb (vgl § 31 Abs 7 ArbVG), des Zusammenschlusses zweier oder mehrerer Betriebe oder Betriebsteile zu einem neuen Betrieb (vgl § 31 Abs 6 und § 62c ArbVG), ja selbst beim Tatbestand der rechtlichen Verselbstständigung eines Betriebes oder Betriebsteiles iSd § 31 Abs 5 und § 62b ArbVG,<sup>57)</sup> nicht der Fall sein.

b) Die gesellschaftsrechtliche und die betriebsverfassungsrechtliche „Richtung“ einer Umstrukturierung können auch einander entgegengesetzt sein. Bei einer Verschmelzung der Gesellschaft A durch Aufnahme in die Gesellschaft B, bei der die Gesellschaft A rechtlich untergeht, kann es ohne weiteres vorkommen, daß ein oder mehrere Betriebe der gesellschaftsrechtlich aufnehmenden und ihre Identität bewahrenden Gesellschaft B betriebsverfassungsrechtlich von Betrieben der Gesellschaft A unter Bewahrung von deren betriebsverfassungsrechtlicher Identität aufgenommen werden.

<sup>54)</sup> Vgl Wolf, *ecolex* 1997, 519.

<sup>55)</sup> *ecolex* 1997, 519.

<sup>56)</sup> Zutreffend Wolf, *ecolex* 1997, 519.

<sup>57)</sup> Dafür genügt eine betriebsverfassungsrechtliche Verselbstständigung (zu § 62b ArbVG vgl EBRV 1078 BlgNr XVIII.GP 12; Strasser, *öRdA* 1990, 422; Runggaldier, *RdW* 1992, 212; Mazal, *ZAS* 1986, 191; Schrank, Um- und Ausgliederung in Tomandl 130; Floretta/Strasser, *ArbVG*<sup>2</sup> 132 Fn 2; Rabanser, *WBI* 1995, 176; zu § 31 Abs 5 ArbVG Runggaldier, *RdW* 1992, 213; Rabanser, *WBI* 1995, 177; aM Schrank, *ecolex* 1993, 616 im Widerspruch zu seiner Ansicht betreffend die gleichlautende Formulierung in § 62b ArbVG).

c) Das Arbeitsrecht kennt keinen eigenständigen Gesamtrechtsnachfolgetatbestand. Insbesondere knüpft § 5 Abs 1 AVRAG, der bei Gesamtrechtsnachfolge den Betriebserwerber zum automatischen Eintritt in Pensionsverträge verpflichtet, an die Gesamtrechtsnachfolgetatbestände des Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrechts an.

d) Der Anwendungsbereich der §§ 31 Abs 6 und Abs 7 ArbVG ist – ihrem Wortlaut entsprechend – nicht auf rechtsträgerübergreifende Betriebs(teil)zusammenschlüsse, also auf dem AVRAG unterliegende Sachverhalte, beschränkt, sondern erfaßt auch rein betriebsverfassungsrechtliche und sich innerhalb eines Rechtsträgers ereignende Umstrukturierungen. Auch für eine teleologische Reduktion des in § 31 Abs 7 ArbVG geregelten Sonderkündigungsrechts fehlen überzeugende Gründe. § 5 Abs 1, letzter Satz AVRAG kann bei nicht rechtsträgerübergreifenden Betriebs(teil)aufnahmen hingegen naturgemäß nicht zur Anwendung kommen.

e) Das in § 31 Abs 7 ArbVG geregelte Sonderkündigungsrecht gilt – dem insoweit klaren Wortlaut entsprechend – nur für die Aufnahme eines Betriebes oder Betriebsteiles durch einen anderen Betrieb, nicht dagegen für die in § 31 Abs 6 ArbVG geregelte Fallkonstellation des Zusammenschlusses von Betrieben oder Betriebsteilen zu einem neuen Betrieb. Dies ist zwar sachlich unverständlich und rechtspolitisch verfehlt; für eine Analogie fehlt aber schon in Anbetracht des unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Regelungszusammenhanges zwischen § 31 Abs 6 und Abs 7 ArbVG die Voraussetzung des Vorliegens einer **planwidrigen Lücke**.

f) Unter den diversen Rechtsmeinungen zur Funktionsweise des in § 31 Abs 7 ArbVG verankerten Sonderkündigungsrechtes überzeugt am meisten die in den Gesetzesmaterialien skizzierte Lösung: Der Inhaber des untergehenden und aufgenommenen Betriebes bzw Betriebsteiles kann unter Einhaltung der in § 31 Abs 7 ArbVG vorgesehenen einmonatigen Kündigungsfrist (einen speziellen Termin gibt es nicht) Pensions-Betriebsvereinbarungen und Pensions(kassen)-Betriebsvereinbarungen gemäß § 97 Abs 1 Z 18 und 18a ArbVG mit der Konsequenz kündigen, daß die Kündigung zwar Nachwirkung entfaltet, die nachwirkende Betriebsvereinbarung aber vom Inhaber des aufnehmenden Betriebes (sofern dieser vom Betriebsinhaber des aufgenommenen Betriebes verschieden ist) wie eine auf Einzelvereinbarung beruhende Pensionszusage gem § 5 Abs 1, letzter Satz AVRAG abgelehnt werden kann.

g) Für die Nachwirkung gilt nicht die einjährige Sperrfrist des § 32 Abs 3, 3. Satz ArbVG. Denn erstens widerspricht dies der Intention des österreichischen Gesetzgebers, auch mit § 31 Abs 7 ArbVG Art 3 Abs 3 (Abs 4 idF RL 98/50) der Betriebsübergangs-RL umzusetzen, und zweitens setzt § 32 Abs 3, 3. Satz ArbVG nach dessen klarem Wortlaut eine Kündigung nach Betriebsübergang, also durch den Erwerber, voraus.

h) Die Kündigung gem § 31 Abs 7 ArbVG muß vor jenem Zeitpunkt zugehen, in dem sich der Betriebsübergang vollzieht. Die einmonatige Kündigungsfrist muß vor dem Übergang jedoch noch nicht abgelaufen sein.

i) Der Vorbehalt des § 5 Abs 1, letzter Satz AVRAG durch den Inhaber des aufnehmenden Betriebes kann erst ab dem Zeitpunkt gemacht werden, in dem die Betriebsvereinbarung in das Stadium der Nachwirkung getreten ist, also nach Ablauf der einmonatigen Kündigungsfrist der § 31 Abs 7 ArbVG. Dies setzt aber nicht voraus, daß

die Kündigungsfrist schon vor Betriebsübergang abgelaufen ist. Das ergibt sich aus § 3 Abs 4, zweiter Satz AVRAG, wonach der Erwerber sich bei Nichtäußerung zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges innerhalb eines Monats nach Ablauf einer vom AN gesetzten, angemessenen Frist äußern muß. Diese Regelung bedeutet gleichzeitig eine Einschränkung des in § 3 Abs 3, letzter Satz AVRAG normierten Grundsatzes, wonach der Erwerber dem AN jede aufgrund des Betriebsüberganges erfolgte Änderung der Arbeitsbedingungen unverzüglich mitzuteilen hat. Die Nichtäußerung des Erwerbers vor Ablauf einer gem § 3 Abs 4, zweiter Satz AVRAG vom AN gesetzten Frist kann daher in keinem Fall als Verzicht auf den Vorbehalt gem § 5 Abs 1, letzter Satz AVRAG interpretiert werden.

j) Derselbe Effekt wie durch die Sonderkündigung gem § 31 Abs 7 ArbVG kann in den durch diese Bestim-

mung nicht erfaßten Fällen (also insbesondere beim Zusammenschluß von Betrieben oder Betriebsteilen zu einem neuen Betrieb) auch durch konventionelle Kündigung der Betriebsvereinbarung gem § 32 Abs 1 ArbVG und nach Ablauf der Kündigungsfrist ausgesprochenen Vorbehalt (§ 5 Abs 1, letzter Satz AVRAG) erzielt werden.

k) Diese zuletzt genannte Möglichkeit verbietet § 97 Abs 4 ArbVG allerdings bei Pensionskassen-Betriebsvereinbarungen (§ 97 Abs 1 Z 18a ArbVG).

l) Der Pensionskassenvertrag ist von der Eintrittsautomatik des § 3 Abs 1 AVRAG nicht erfaßt; seine „Überleitung“ bedarf daher der Vertragsübernahme im Wege der Dreiparteieneinigung zwischen Veräußerer, Erwerber und Pensionskassenunternehmen. Weigert sich die Pensionskasse, ist die analoge Anwendung des § 5 BPG zu erwägen.