

# TE OGH 2015/2/25 9ObA80/14a

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.02.2015

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekurs- und Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Dr. Hopf als Vorsitzenden und den Hofrat Mag. Ziegelbauer, die Hofrätin Dr. Dehn, sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Manfred Engelmann und Mag. Manuela Majeranowski als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei C\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\*, vertreten durch Held Berdnik Astner & Partner Rechtsanwälte GmbH in Graz, gegen die beklagten Parteien 1. F\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Klein, Wuntschek & Partner Rechtsanwälte GmbH in Graz und 2. T\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Judith Morgenstern, Rechtsanwältin in Wien, wegen Feststellung des aufrechten Fortbestands einer Betriebsvereinbarung (Streitwert: 3.000 EUR), sowie Feststellung des Fortbestands der Regelungen einer Betriebsvereinbarung (Streitwert: 3.000 EUR), über die Revision und den Rekurs der klagenden Partei gegen das Urteil und den Beschluss des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 3. April 2014, GZ 6 Ra 87/13f-16, womit über Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz als Arbeits- und Sozialgericht vom 27. Mai 2013, GZ 35 Cga 87/12b-11, teilweise bestätigt und teilweise als nichtig aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt und beschlossen:

## Spruch

I. Dem Rekurs der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben. Dem Rekurs der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben.

Die Rekursbeantwortung der erstbeklagten Partei wird zurückgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der zweitbeklagten Partei die mit 373,68 EUR bestimmten Kosten des Rekursverfahrens (darin enthalten 62,28 EUR USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

II. Die Revisionsbeantwortung der zweitbeklagten Partei wird zurückgewiesen. Die Revisionsbeantwortung der zweitbeklagten Partei wird zurückgewiesen.

Der Revision der klagenden Partei wird teilweise Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass sie insgesamt zu lauten haben:

„1. Die Klagebegehren, es werde mit Wirkung zwischen der klagenden Partei und der erstbeklagten Partei festgestellt, dass die Betriebsvereinbarung T\*\*\*\*\* Betriebspensionskasse K/T, BV K 01, Betriebsvereinbarung für das kaufmännisch-technische Personal (abgeschlossen zwischen der T\*\*\*\*\* GmbH und dem Betriebsrat der T\*\*\*\*\* GmbH) gemäß § 97 Abs 1 Ziffer 18a ArbVG über den Beitritt der T\*\*\*\*\* GmbH zur W\*\*\*\*\* AG gegenüber der erstbeklagten Partei aufrecht weiter bestehe und die erstbeklagte Partei ab 1. 5. 2012 verpflichtet sei, einerseits Beitragszahlungen eines Arbeitgebers nach dieser Betriebsvereinbarung wieder aufzunehmen und andererseits sämtliche Verpflichtungen aus der genannten Betriebsvereinbarung gegenüber der klagenden Partei fristgerecht zu erfüllen habe,“ 1. Die Klagebegehren, es werde mit Wirkung zwischen der klagenden Partei und der erstbeklagten

Partei festgestellt, dass die Betriebsvereinbarung T\*\*\*\*\* Betriebspensionskasse K/T, BV K 01, Betriebsvereinbarung für das kaufmännisch-technische Personal (abgeschlossen zwischen der T\*\*\*\*\* GmbH und dem Betriebsrat der T\*\*\*\*\* GmbH) gemäß Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer 18a ArbVG über den Beitritt der T\*\*\*\*\* GmbH zur W\*\*\*\*\* AG gegenüber der erstbeklagten Partei aufrecht weiter bestehe und die erstbeklagte Partei ab 1. 5. 2012 verpflichtet sei, einerseits Beitragszahlungen eines Arbeitgebers nach dieser Betriebsvereinbarung wieder aufzunehmen und andererseits sämtliche Verpflichtungen aus der genannten Betriebsvereinbarung gegenüber der klagenden Partei fristgerecht zu erfüllen habe,

in eventu

1.1 es werde mit Wirkung zwischen der klagenden Partei und der erstbeklagten Partei festgestellt, dass die Betriebsvereinbarung T\*\*\*\*\* Betriebspensionskasse K/T, BV K 01, Betriebsvereinbarung für das kaufmännisch-technische Personal (abgeschlossen zwischen der T\*\*\*\*\* GmbH und dem Betriebsrat der T\*\*\*\*\* GmbH) gemäß § 97 Abs 1 Ziffer 18a ArbVG über den Beitritt der T\*\*\*\*\* GmbH zur W\*\*\*\*\* AG gegenüber der erstbeklagten Partei aufrecht weiter bestehe und die erstbeklagte Partei ab 1. 4. 2015 verpflichtet sei, einerseits Beitragszahlungen eines Arbeitgebers nach dieser Betriebsvereinbarung wieder aufzunehmen und andererseits sämtliche Verpflichtungen aus der genannten Betriebsvereinbarung gegenüber der klagenden Partei fristgerecht zu erfüllen habe, 1.1 es werde mit Wirkung zwischen der klagenden Partei und der erstbeklagten Partei festgestellt, dass die Betriebsvereinbarung T\*\*\*\*\* Betriebspensionskasse K/T, BV K 01, Betriebsvereinbarung für das kaufmännisch-technische Personal (abgeschlossen zwischen der T\*\*\*\*\* GmbH und dem Betriebsrat der T\*\*\*\*\* GmbH) gemäß Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer 18a ArbVG über den Beitritt der T\*\*\*\*\* GmbH zur W\*\*\*\*\* AG gegenüber der erstbeklagten Partei aufrecht weiter bestehe und die erstbeklagte Partei ab 1. 4. 2015 verpflichtet sei, einerseits Beitragszahlungen eines Arbeitgebers nach dieser Betriebsvereinbarung wieder aufzunehmen und andererseits sämtliche Verpflichtungen aus der genannten Betriebsvereinbarung gegenüber der klagenden Partei fristgerecht zu erfüllen habe,

in eventu

1.2 es werde mit Wirkung zwischen der klagenden Partei und der erstbeklagten Partei festgestellt, dass dieser gegenüber ein Anspruch auf Abfindung der bisher erworbenen Anwartschaften der klagenden Partei als Unverfallbarkeitsbetrag im Sinne des BPG nach § 5 Abs 2 AVRAG solidarisch mit der zweitbeklagten Partei bestehe, wobei die klagende Partei über diesen Unverfallbarkeitsbetrag entweder im Sinne des Betriebspensionsgesetzes oder im Sinne des § 5 Abs 3 AVRAG in Form der Auszahlung verfügen könne und die Haftung der erstbeklagten Partei nach § 6 Abs 1 AVRAG in Verbindung mit § 1409 ABGB mit dem Wert der übernommenen Aktiva beschränkt sei, 1.2 es werde mit Wirkung zwischen der klagenden Partei und der erstbeklagten Partei festgestellt, dass dieser gegenüber ein Anspruch auf Abfindung der bisher erworbenen Anwartschaften der klagenden Partei als Unverfallbarkeitsbetrag im Sinne des BPG nach Paragraph 5, Absatz 2, AVRAG solidarisch mit der zweitbeklagten Partei bestehe, wobei die klagende Partei über diesen Unverfallbarkeitsbetrag entweder im Sinne des Betriebspensionsgesetzes oder im Sinne des Paragraph 5, Absatz 3, AVRAG in Form der Auszahlung verfügen könne und die Haftung der erstbeklagten Partei nach Paragraph 6, Absatz eins, AVRAG in Verbindung mit Paragraph 1409, ABGB mit dem Wert der übernommenen Aktiva beschränkt sei,

werden abgewiesen.

2. Es wird mit Wirkung zwischen der klagenden Partei und der erstbeklagten Partei festgestellt, dass die Regelungen der Betriebsvereinbarung T\*\*\*\*\* Freiflugregelung für Privatreisen vom 30. 12. 2008, BV K 08, Betriebsvereinbarung für das kaufmännisch-technische Personal (abgeschlossen zwischen der T\*\*\*\*\* GmbH und dem Betriebsrat der T\*\*\*\*\* GmbH) gegenüber der erstbeklagten Partei aufrecht weiter bestehen und die erstbeklagte Partei ab 1. 5. 2012 verpflichtet ist, diese Regelungen der genannten Betriebsvereinbarung gegenüber der klagenden Partei auch weiterhin vollinhaltlich zu erfüllen.

Die erstbeklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 48,50 EUR bestimmten Barauslagen erster Instanz binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die klagende Partei ist schuldig, der erstbeklagten Partei die mit 68,50 EUR bestimmten Barauslagen des Berufungsverfahrens und die mit 102 EUR bestimmten Barauslagen des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der für die Zweitbeklagte geltende Rahmenkollektivvertrag für T\*\*\*\*\* AG kaufmännisch-technisches Personal Bordpersonal enthielt zum Stichtag 1. 1. 1997 keine Betriebspensionsregelungen. Erstmals fanden sich solche Regelungen im Anhang II zu diesem Kollektivvertrag („Pensionskasse und Prämie“) in der Fassung vom 28. 6. 2004. Danach leistete T\*\*\*\*\* zur zusätzlichen Absicherung der Ruhestandsbezüge des kaufmännisch-technischen Personals einen Beitrag von 2 % an eine Pensionskasse, wobei die Regelung näherer Details einer Betriebsvereinbarung vorbehalten blieb. In weiterer Folge wurde der Kollektivvertrag in einen Teil A für das kaufmännisch-technische Personal und einen Teil B für das Bordpersonal unterteilt. Für das kaufmännisch-technische Personal war die Pensionskassenregelung in Anhang IV zum Teil A des Kollektivvertrags enthalten, der den Beitrag an die Pensionskasse mit 4 % vorschrieb. Die Regelung von Details blieb einer Betriebsvereinbarung vorbehalten. Der für die Zweitbeklagte geltende Rahmenkollektivvertrag für T\*\*\*\*\* AG kaufmännisch-technisches Personal Bordpersonal enthielt zum Stichtag 1. 1. 1997 keine Betriebspensionsregelungen. Erstmals fanden sich solche Regelungen im Anhang römisch zwei zu diesem Kollektivvertrag („Pensionskasse und Prämie“) in der Fassung vom 28. 6. 2004. Danach leistete T\*\*\*\*\* zur zusätzlichen Absicherung der Ruhestandsbezüge des kaufmännisch-technischen Personals einen Beitrag von 2 % an eine Pensionskasse, wobei die Regelung näherer Details einer Betriebsvereinbarung vorbehalten blieb. In weiterer Folge wurde der Kollektivvertrag in einen Teil A für das kaufmännisch-technische Personal und einen Teil B für das Bordpersonal unterteilt. Für das kaufmännisch-technische Personal war die Pensionskassenregelung in Anhang römisch vier zum Teil A des Kollektivvertrags enthalten, der den Beitrag an die Pensionskasse mit 4 % vorschrieb. Die Regelung von Details blieb einer Betriebsvereinbarung vorbehalten.

Ab 1. 1. 2002 galt die zwischen der Zweitbeklagten und deren Betriebsrat für das gemäß 97 Abs 1 Z 18a ArbVG auf unbestimmte Dauer abgeschlossene Betriebsvereinbarung Betriebspensionskasse K/T, BV K 01-2 für das kaufmännisch-technische Personal (in weiterer Folge: BV K 01), die Regelungen über die Einbeziehung der Arbeitnehmer in eine Pensionskasse enthält. Zur Umsetzung dieser Betriebsvereinbarung schloss die Zweitbeklagte einen entsprechenden Pensionskassenvertrag ab. Ab 1. 1. 2002 galt die zwischen der Zweitbeklagten und deren Betriebsrat für das gemäß Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer 18 a, ArbVG auf unbestimmte Dauer abgeschlossene Betriebsvereinbarung Betriebspensionskasse K/T, BV K 01-2 für das kaufmännisch-technische Personal (in weiterer Folge: BV K 01), die Regelungen über die Einbeziehung der Arbeitnehmer in eine Pensionskasse enthält. Zur Umsetzung dieser Betriebsvereinbarung schloss die Zweitbeklagte einen entsprechenden Pensionskassenvertrag ab.

Die Klägerin war seit 1. 2. 2007 bei der Zweitbeklagten als Ground-Hostess in der Bodenabfertigung am Flughafen \*\*\*\*\* beschäftigt, ihr Arbeitsverhältnis unterlag dem für das kaufmännisch-technische Personal geltenden Teil A des Kollektivvertrags der Zweitbeklagten. Der Klägerin war bekannt, dass die Zweitbeklagte Beiträge für ihre Betriebspension leistete.

Aufgrund eines im Rahmen des Konzerns der Zweitbeklagten auferlegten Sparpakets wurde zwischen der Wirtschaftskammer Österreich, Fachverband der Luftfahrtunternehmen, und dem Österreichischen Gewerkschaftsbund im Jahr 2010 ein Zusatzkollektivvertrag vereinbart (in weiterer Folge: Zusatz-KV). In Punkt 5 dieses Zusatz-KV („Pensionskasse“) wurde für das kaufmännisch-technische Personal der Zweitbeklagten die Regelung getroffen, dass die Pensionskasse „gemäß Anhang II“ vom 1. 4. 2010 bis 31. 3. 2015 (zur Gänze) ausgesetzt wird. Am 15. 3. 2010 vereinbarten der Betriebsrat für das kaufmännisch-technische Personal der Zweitbeklagten und die Zweitbeklagte eine Zusatzbetriebsvereinbarung zur BV K 01. Darin wurde geregelt, dass infolge der kollektivvertraglichen „Aussetzung“ der Pensionskasse die Leistungen der Zweitbeklagten an die Pensionskasse im Zeitraum 1. 4. 2010 bis 31. 3. 2015 nicht abgeführt werden müssen. Seit der Geltung dieser Vereinbarungen wurden von der Zweitbeklagten für das kaufmännisch-technische Personal keine Pensionskassenbeiträge mehr bezahlt, eine Einzahlung sollte - sofern keine andere Vereinbarung getroffen wird - erst wieder ab April 2015 erfolgen.

Nach der zwischen der Zweitbeklagten und deren Betriebsrat für das kaufmännisch-technische Personal abgeschlossenen weiteren Betriebsvereinbarung „Freiflugregelung für Privatreisen“ BV K 08 (in weiterer Folge: BV K 08) haben die kaufmännisch-technischen Arbeitnehmer der Zweitbeklagten die Möglichkeit, Flugtickets zu reduzierten Preisen, zunächst für alle Flüge der Zweitbeklagten und der A\*\*\*\*\*-Airlines, aufgrund entsprechender Abkommen der Zweitbeklagten aber auch für die Flüge von insgesamt etwa 150 anderen Fluglinien weltweit zu erwerben. Infolge

gegenseitiger Verträge sind auch Mitarbeiter dieser anderen Fluglinien berechtigt, mit vergünstigten Tickets das Streckennetz der Zweitbeklagten zu benutzen. Die Verrechnung der jeweiligen Tickets mit den Vertragsfluglinien erfolgt nach tatsächlichen Abflügen wechselseitig. Bei den Abkommen mit den anderen Fluglinien handelt es sich um auf Gegenseitigkeit beruhende Verträge, nach denen auch die Mitarbeiter der jeweils anderen Fluglinie mit vergünstigten Tickets das Streckennetz der Zweitbeklagten und der A\*\*\*\*\*-Airlines benutzen dürfen.

Nach der BV K 08 gibt es zwei Arten reduzierter Tickets, nämlich „Standby-Tickets“ und gebuchte Tickets. Mit einem „Standby-Ticket“ wird der Mitarbeiter nur befördert, wenn ein Platz im Flugzeug frei bleibt. Auch mit dem gebuchten Ticket kann ein Mitarbeiter dann nicht fliegen, wenn ausreichend „reguläre“ Passagiere vorhanden sind. Zusätzlich zu den vergünstigten Tickets erhält ein Mitarbeiter nach der BV K 08 einen Freiflug pro Jahr, für den er lediglich Flughafentaxen zu zahlen hat. Nach 15 Jahren Unternehmenszugehörigkeit besteht ein - mit der weiteren Unternehmenszugehörigkeit gestaffelter - Anspruch auf ein Jubiläumsticket, mit dem der Mitarbeiter ein Buchungsrecht hat. Die Begünstigungen nach der BV K 08 gelten auch für bestimmte Familienmitglieder des Mitarbeiters. Mit Ausnahme der Ansprüche für Pensionisten und Hinterbliebene enden alle Ansprüche aus der BV K 08 mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses.

Die Klägerin nahm die „Freiflugregelung“ nach der BV K 08 während ihrer Zugehörigkeit zur Zweitbeklagten und bis zur Geburt ihres Kindes regelmäßig mehrfach pro Jahr in Anspruch. Infolge der Geburt musste sie die Häufigkeit ihrer Reisen reduzieren, beabsichtigte aber bei Erreichung des entsprechenden Alters des Kindes, die sich aus der BV K 08 ergebenden Vergünstigungen wieder vermehrt in Anspruch zu nehmen.

Mit 1. 5. 2012 verkaufte die Zweitbeklagte den Teilbetrieb, in dem auch die Klägerin beschäftigt war, an die Erstbeklagte, von deren Betrieb der verkaufte Teilbetrieb unstrittig identitätswahrend aufgenommen wurde. Zwischen den Parteien ist nicht strittig, dass es sich dabei um einen Teilbetriebsübergang gemäß § 3 Abs 1 AVRAG handelte und die Klägerin seit diesem Zeitpunkt Arbeitnehmerin der Erstbeklagten ist. Bei der Erstbeklagten besteht keine Betriebspensionskassenregelung. Mit 1. 5. 2012 verkaufte die Zweitbeklagte den Teilbetrieb, in dem auch die Klägerin beschäftigt war, an die Erstbeklagte, von deren Betrieb der verkaufte Teilbetrieb unstrittig identitätswahrend aufgenommen wurde. Zwischen den Parteien ist nicht strittig, dass es sich dabei um einen Teilbetriebsübergang gemäß Paragraph 3, Absatz eins, AVRAG handelte und die Klägerin seit diesem Zeitpunkt Arbeitnehmerin der Erstbeklagten ist. Bei der Erstbeklagten besteht keine Betriebspensionskassenregelung.

Nach der zuvor getroffenen Grundsatzentscheidung im Konzern, dem auch die Zweitbeklagte angehört, den hier gegenständlichen Teilbetrieb an die Erstbeklagte, die der Flughafenbranche angehört, zu verkaufen, kam es zu Gesprächen zwischen Erst- und Zweitbeklagter. Die Erstbeklagte stand Betriebspensionen bzw Pensionskassenregelungen aufgrund wirtschaftlicher Probleme ablehnend gegenüber und lehnte eine Übernahme der Betriebspensionsansprüche der von ihr aufzunehmenden Mitarbeiter der Zweitbeklagten ab. Die Erstbeklagte erklärte daher gegenüber der Zweitbeklagten, die gegenüber der Zweitbeklagten bestehenden Pensionskassenansprüche der aufzunehmenden Mitarbeiter der Zweitbeklagten nicht zu übernehmen. Sie vereinbarte mit der Zweitbeklagten, dass diese die BV K 01 betreffend die vom Teilbetriebsverkauf betroffenen Mitarbeiter unter Inanspruchnahme ihres Sonderkündigungsrechts nach dem Arbeitsverfassungsgesetz kündigen werde. Entsprechend dem Wunsch des Betriebsrats der Zweitbeklagten auf eine Kompensation für den Wegfall der Betriebspensionen durch eine Abschlagszahlung, bot die Erstbeklagte gegenüber der Zweitbeklagten an, die Einstiegsgehälter der betroffenen Mitarbeiter um 4 % zu erhöhen, wobei es sich um eine einmalige aufsaugbare Zulage handeln sollte.

Mit Schreiben vom 14. 3. 2012 kündigte die Zweitbeklagte die BV K 01 einschließlich aller gültigen Zusatzvereinbarungen für alle per 1. 5. 2012 im Rahmen des Teilbetriebsübergangs zur Erstbeklagten wechselnden Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist zum 13. 4. 2012 gegenüber dem Betriebsrat für das kaufmännisch-technische Personal der Zweitbeklagten auf.

Am 2. 4. 2012 informierte die Zweitbeklagte auch die Klägerin über den Teilbetriebsübergang und dessen Rechtsfolgen. Sie teilte ua mit, dass für die übergegangenen Arbeitsverhältnisse in Hinkunft der Kollektivvertrag für die Angestellten der öffentlichen Flughäfen Österreichs gelten werde, der in wesentlichen Bereichen günstigere Bestimmungen im Vergleich zum für die Zweitbeklagte geltenden Kollektivvertrag enthalte. Die Erstbeklagte sei allerdings nicht bereit, die bei der Zweitbeklagten bestehende Betriebspensionskassenregelung zu übernehmen, weshalb die Zweitbeklagte die rechtlichen Voraussetzungen zur Beendigung der Betriebspensionskassenregelung

schaffen werde. Der dadurch entstehende Verlust der übergehenden Mitarbeiter werde durch eine Erhöhung der Einstiegsgehälter im neu anzuwendenden Kollektivvertrag um 4 % kompensiert. Die Erstbeklagte sei auch nicht bereit, die BV K 08 zu übernehmen, weil ihr Tätigkeitsbereich nicht die Durchführung von Flügen umfasse. Die Zweitbeklagte werde mit den übergehenden Mitarbeitern Einzelvereinbarungen über die Beendigung der Inhalte der BV K 08 mit 30. 4. 2012 treffen. A\*\*\*\*\*-Airlines werde im Gegenzug Vereinbarungen über den zukünftig unbefristeten Bezug sogenannter „Pep-Offertickets“ für die Mitarbeiter und deren Familienangehörigen treffen. Nicht ausgeführt wurde in diesem Schreiben, dass es sich dabei nur um eine aufsaugbare Zulage handle und dass die Mitarbeiter gegenüber der Zweitbeklagten die Möglichkeit der Geltendmachung des Unverfallbarkeitsbetrags hätten.

Mit zwei Schreiben vom 17. 4. 2012 teilte die Zweitbeklagte auch der Klägerin mit, dass sie die BV K 01 per 13. 4. 2012 gekündigt habe, und dass es sich bei der BV K 08 um eine freie Betriebsvereinbarung handle, deren Inhalt Teil der Einzelvereinbarungen sei. Mit Mail der Zweitbeklagten vom 26. 4. 2012 wurde auch der Klägerin mitgeteilt, dass das „Pep-Offerticket“ der A\*\*\*\*\*-Airlines nicht bestehe, wenn nicht vor dem Betriebsübergang eine Einigung über die Beendigung der BV K 08 getroffen werde.

Die Klägerin gab keine Erklärung ab, auf ihre Ansprüche aus beiden Betriebsvereinbarungen zu verzichten.

Aufgrund eines Schreibens der Erstbeklagten vom 18. 4. 2012 war der Klägerin klar, dass mit 1. 5. 2012 die Aufnahme ihres Arbeitsverhältnisses zur Erstbeklagten erfolgen und die Betriebsvereinbarungen in Zukunft wegfallen würden. Die Klägerin sprach sich nicht gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die Erstbeklagte aus. Die Klägerin machte einen Anspruch auf den Unverfallbarkeitsbetrag vor diesem Verfahren weder gegenüber der Erst-, noch gegenüber der Zweitbeklagten oder der Pensionskasse geltend.

Die Erstbeklagte ist kein Luftfahrtunternehmen und bietet das Produkt „Flugdienstleistung“ nicht an, weshalb sie von vornherein nicht die Möglichkeit eines Luftfahrtunternehmers hatte, ihren Mitarbeitern vergünstigte Flüge entsprechend der BV K 08 anzubieten und zu gewähren. Auch kann sie daher Mitarbeitern anderer Fluglinien keine vergünstigten Flüge im Sinn der BV K 08 anbieten oder mit diesen Verträge über die gegenseitige Nutzung diverser Streckennetze durch die Mitarbeiter abschließen. Die Erstbeklagte hat mit keiner Fluglinie eine Vereinbarung über Freiflüge oder vergünstigte Flüge für Mitarbeiter getroffen und trat bisher auch in keine diesbezüglichen Verhandlungen.

Die Klägerin erhebt mit ihrer Klage nach Modifikation das aus Punkt II.1. des Spruchs ersichtliche erste Hauptbegehren, mit dem sie inhaltlich die Weitergeltung der BV K 01 gegenüber der Erstbeklagten ab 1. 5. 2012 geltend macht, sowie das erste aus dem Spruch ersichtliche Eventualbegehren (Pkt II.1.1), mit dem sie inhaltlich die Weitergeltung der BV K 01 gegenüber der Erstbeklagten ab 1. 5. 2012 sowie die Feststellung begehrt, dass die Erstbeklagte verpflichtet sei, die daraus resultierenden Verpflichtungen ab dem 1. 4. 2012 zu erfüllen. Mit dem zweiten Eventualbegehren zum ersten Hauptbegehren (Pkt II.1.2 des Spruchs) beehrte die Klägerin die Feststellung, dass sowohl Erst- als auch Zweitbeklagte für den bisher erworbenen Unverfallbarkeitsbetrag iSd §§ 5 BPG, 5 Abs 2 AVRAG solidarisch haften, wobei die Haftung der Erstbeklagten mit dem Wert der übernommenen Aktiva beschränkt sei. Mit ihrem zweiten Hauptbegehren (Pkt II.2. des Spruchs) begehrt die Klägerin die Feststellung, dass die Regelungen der BV K 08 gegenüber der Erstbeklagten aufrecht weiter bestehen und die Erstbeklagte ab 1. 5. 2012 verpflichtet sei, diese gegenüber der Klägerin auch weiterhin voll inhaltlich zu erfüllen. Die Klägerin erhebt mit ihrer Klage nach Modifikation das aus Punkt römisch zwei.1. des Spruchs ersichtliche erste Hauptbegehren, mit dem sie inhaltlich die Weitergeltung der BV K 01 gegenüber der Erstbeklagten ab 1. 5. 2012 geltend macht, sowie das erste aus dem Spruch ersichtliche Eventualbegehren (Pkt römisch zwei.1.1), mit dem sie inhaltlich die Weitergeltung der BV K 01 gegenüber der Erstbeklagten ab 1. 5. 2012 sowie die Feststellung begehrt, dass die Erstbeklagte verpflichtet sei, die daraus resultierenden Verpflichtungen ab dem 1. 4. 2012 zu erfüllen. Mit dem zweiten Eventualbegehren zum ersten Hauptbegehren (Pkt römisch zwei.1.2 des Spruchs) beehrte die Klägerin die Feststellung, dass sowohl Erst- als auch Zweitbeklagte für den bisher erworbenen Unverfallbarkeitsbetrag iSd Paragraphen 5, BPG, 5 Absatz 2, AVRAG solidarisch haften, wobei die Haftung der Erstbeklagten mit dem Wert der übernommenen Aktiva beschränkt sei. Mit ihrem zweiten Hauptbegehren (Pkt römisch zwei.2. des Spruchs) begehrt die Klägerin die Feststellung, dass die Regelungen der BV K 08 gegenüber der Erstbeklagten aufrecht weiter bestehen und die Erstbeklagte ab 1. 5. 2012 verpflichtet sei, diese gegenüber der Klägerin auch weiterhin voll inhaltlich zu erfüllen.

Soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, brachte die Klägerin dazu vor, dass die Kündigung der BV K 01

gemäß § 97 Abs 4 ArbVG nur hinsichtlich der nach dem Kündigungstermin begründeten Arbeitsverhältnisse wirksam geworden sei. Für davor begründete Arbeitsverhältnisse wie jenes der Klägerin entfalte die BV K 01 daher eine Nachwirkung gemäß § 32 Abs 2 Satz 3 ArbVG. Eine einvernehmliche Abänderung der Pensionskassenregelung sei nicht erfolgt, sodass die Pensionskassenregelung nach der BV K 01 für die Klägerin aufrecht fortbestehe. Die Klägerin habe nie auf ihre Rechte aus der BV K 01 verzichtet. Von einem gleichwertigen oder angemessenen Verlustausgleich durch die von der Erstbeklagten angebotenen Zulage von 4 % könne keine Rede sein. Der Zusatz-KV zum KV der Zweitbeklagten habe keine Regelung über die Aussetzung der Leistungen der Zweitbeklagten an die Pensionskasse betreffend das kaufmännisch-technische Personal enthalten. Für die Zusatz-BV zur BV K 01 - die überdies den Bestimmungen der §§ 6 Abs 6, 19 BPG widerspreche - fehle es an einer kollektivvertraglichen Rechtsgrundlage. Soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, brachte die Klägerin dazu vor, dass die Kündigung der BV K 01 gemäß Paragraph 97, Absatz 4, ArbVG nur hinsichtlich der nach dem Kündigungstermin begründeten Arbeitsverhältnisse wirksam geworden sei. Für davor begründete Arbeitsverhältnisse wie jenes der Klägerin entfalte die BV K 01 daher eine Nachwirkung gemäß Paragraph 32, Absatz 2, Satz 3 ArbVG. Eine einvernehmliche Abänderung der Pensionskassenregelung sei nicht erfolgt, sodass die Pensionskassenregelung nach der BV K 01 für die Klägerin aufrecht fortbestehe. Die Klägerin habe nie auf ihre Rechte aus der BV K 01 verzichtet. Von einem gleichwertigen oder angemessenen Verlustausgleich durch die von der Erstbeklagten angebotenen Zulage von 4 % könne keine Rede sein. Der Zusatz-KV zum KV der Zweitbeklagten habe keine Regelung über die Aussetzung der Leistungen der Zweitbeklagten an die Pensionskasse betreffend das kaufmännisch-technische Personal enthalten. Für die Zusatz-BV zur BV K 01 - die überdies den Bestimmungen der Paragraphen 6, Absatz 6, 19, BPG widerspreche - fehle es an einer kollektivvertraglichen Rechtsgrundlage.

Wenn die BV K 01 nicht weiter gelten sollte, wären die Beklagten jedenfalls auf Grund der Ablehnung der Übernahme der Pensionskassenregelung gegenüber der Klägerin solidarisch verpflichtet, die Pensionszusage nach § 5 Abs 2 AVRAG abzufinden. Die Begrenzung der Haftung der Erstbeklagten ergebe sich aus den §§ 6 Abs 1 AVRAG, 1409 ABGB. Wenn die BV K 01 nicht weiter gelten sollte, wären die Beklagten jedenfalls auf Grund der Ablehnung der Übernahme der Pensionskassenregelung gegenüber der Klägerin solidarisch verpflichtet, die Pensionszusage nach Paragraph 5, Absatz 2, AVRAG abzufinden. Die Begrenzung der Haftung der Erstbeklagten ergebe sich aus den Paragraphen 6, Absatz eins, AVRAG, 1409 ABGB.

Bei der BV K 08 („Freiflugregelung“) handle es sich um eine freie Betriebsvereinbarung, die, weil die darin geregelten Ansprüche der Klägerin wie allen anderen vom Betriebsübergang Betroffenen stets gewährt und stets eingehalten worden seien, als Vertragsschablone Inhalt des Arbeitsvertrags der Klägerin geworden sei. Die sich daraus ergebenden einzelvertraglichen Ansprüche der Klägerin seien auf die Erstbeklagte als Erwerberin des Teilbetriebs der Zweitbeklagten übergegangen. Die Klägerin habe weder einer einzelvertraglichen Änderung ihrer Ansprüche zugestimmt, noch auf diese verzichtet. Keinesfalls sei es der Erstbeklagten von vornherein unmöglich, die sich aus der BV K 08 ergebenden Verpflichtungen zu erfüllen. Sie sei rechtlich und wirtschaftlich in der Lage, entsprechende Verträge mit Fluglinien abzuschließen.

Die Beklagten wandten dagegen, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung ein, dass die BV K 01 infolge des von der Zweitbeklagten ausgeübten Sonderkündigungsrechts gemäß § 31 Abs 7 ArbVG keine Rechtswirkungen für die Klägerin nach dem Betriebsübergang mehr entfalten könne. Diese Bestimmung sei lex specialis sowohl gegenüber § 32 Abs 3 Satz 1 ArbVG als auch gegenüber § 97 Abs 4 ArbVG. Sie habe den Sinn, jede Fortwirkung (Nachwirkung) der gekündigten Betriebsvereinbarung für den Betrieb des Erwerbers auszuschließen und stehe nicht im Widerspruch zur Richtlinie 2001/23/EG des Rats vom 12. 3. 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, weil diese Pensions- und Versorgungsansprüche vom Übergangsautomatismus ausdrücklich ausnehme. Der Entfall der Nachwirkung habe für die Arbeitnehmer auch keine Nachteile, weil sämtliche aus der Anwartschaft auf die Pensionskassen-Betriebspension resultierenden Ansprüche gemäß § 5 Abs 2 AVRAG gewahrt blieben. Die Klägerin habe den ihr unstrittig zustehenden Anspruch auf den Unverfallbarkeitsbetrag aber nie geltend gemacht. Die Beklagten wandten dagegen, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung ein, dass die BV K 01 infolge des von der Zweitbeklagten ausgeübten Sonderkündigungsrechts gemäß Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG keine Rechtswirkungen für die Klägerin nach dem Betriebsübergang mehr entfalten könne. Diese Bestimmung sei lex specialis sowohl gegenüber Paragraph 32, Absatz 3, Satz 1 ArbVG als auch gegenüber Paragraph 97, Absatz 4, ArbVG. Sie habe den Sinn, jede

Fortwirkung (Nachwirkung) der gekündigten Betriebsvereinbarung für den Betrieb des Erwerbers auszuschließen und stehe nicht im Widerspruch zur Richtlinie 2001/23/EG des Rats vom 12. 3. 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, weil diese Pensions- und Versorgungsansprüche vom Übergangsautomatismus ausdrücklich ausnehme. Der Entfall der Nachwirkung habe für die Arbeitnehmer auch keine Nachteile, weil sämtliche aus der Anwartschaft auf die Pensionskassen-Betriebspension resultierenden Ansprüche gemäß Paragraph 5, Absatz 2, AVRAG gewahrt blieben. Die Klägerin habe den ihr unstrittig zustehenden Anspruch auf den Unverfallbarkeitsbetrag aber nie geltend gemacht.

Selbst bei Annahme einer Nachwirkung der gekündigten Betriebsvereinbarung bestünde der Klageanspruch nicht zu Recht. Aus den Gesetzesmaterialien zu § 31 Abs 7 ArbVG ergebe sich, dass die auf Betriebsvereinbarung beruhende Zusage nach der Sonderkündigung durch den Veräußerer wie eine einzelvertragliche Betriebspensionszusage zu behandeln sei, die der Erwerber gemäß § 5 Abs 1 AVRAG ablehnen könne. Von diesem Ablehnungsrecht habe die Erstbeklagte Gebrauch gemacht. Einen Widerspruch gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Abs 4 AVRAG habe die Klägerin nicht erhoben. Selbst bei Annahme einer Nachwirkung der gekündigten Betriebsvereinbarung bestünde der Klageanspruch nicht zu Recht. Aus den Gesetzesmaterialien zu Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG ergebe sich, dass die auf Betriebsvereinbarung beruhende Zusage nach der Sonderkündigung durch den Veräußerer wie eine einzelvertragliche Betriebspensionszusage zu behandeln sei, die der Erwerber gemäß Paragraph 5, Absatz eins, AVRAG ablehnen könne. Von diesem Ablehnungsrecht habe die Erstbeklagte Gebrauch gemacht. Einen Widerspruch gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses gemäß Paragraph 3, Absatz 4, AVRAG habe die Klägerin nicht erhoben.

Nach der BV K 08 („Freiflugregelung“) habe die Zweitbeklagte nur als Luftfahrtunternehmen den Arbeitnehmern Flüge als ihr „Produkt“ zukommen lassen wollen. Notwendige Grundlage und Bedingung für die Gewährung begünstigter Flüge sei immer, dass der Arbeitgeber selbst ein Luftfahrtunternehmen sei. Diese Grundlage sei mit dem Teilbetriebsübergang auf die Erstbeklagte weggefallen, sodass kein Anspruch auf Weitergewährung bestehe.

Das Erstgericht wies sämtliche Klagebegehren ab. Die Errichtung der betrieblichen Pensionskasse der Zweitbeklagten habe ihre Grundlage nicht im Kollektivvertrag der Zweitbeklagten, weil dieser entgegen § 3 Abs 1a BPG zum Stichtag 1. 1. 1997 keine betriebliche Altersvorsorge vorgesehen habe, sondern vielmehr in der BV K 01, bei der es sich um eine Betriebsvereinbarung gemäß § 97 Abs 1 Z 18a ArbVG handle. Die Zweitbeklagte habe diese Betriebsvereinbarung fristgerecht gemäß § 31 Abs 7 ArbVG aufgekündigt. Das Sonderkündigungsrecht nach dieser Bestimmung widerspreche nicht der RL 2001/23/EG und sei dahin zu verstehen, dass damit eine Fort- bzw Nachwirkung der gekündigten Betriebsvereinbarung ausgeschlossen sei, wäre doch andernfalls der Erwerber, bei dem keine eigene Pensionskassen-BV bestehe, gezwungen, eine solche sowie einen Pensionskassenvertrag für die aufgenommenen Arbeitnehmer zu schließen und Beitragszahlungen zu leisten, die seinen übrigen Mitarbeitern verwehrt seien. Die auf Betriebsvereinbarung beruhende Zusage der Zweitbeklagten sei infolge der Sonderkündigung gemäß § 31 Abs 7 ArbVG wie eine einzelvertragliche Zusage zu behandeln, die mit Aufnahme der Klägerin in den Betrieb der Erstbeklagten am 1. 5. 2012 erloschen sei, weil die Erstbeklagte die Übernahme der betrieblichen Pensionszusage rechtzeitig abgelehnt habe. Die Klägerin habe von dem ihr unter diesen Voraussetzungen zustehenden Widerspruchsrecht gemäß § 3 Abs 4 AVRAG keinen Gebrauch gemacht. Eine Verpflichtung der Erstbeklagten zur Beitragsleistung ab 1. 5. 2012 hätte darüber hinaus aufgrund der Zusatz-BV vom 15. 3. 2010 in keinem Fall Platz greifen können. Daher seien weder das erste Hauptbegehren, noch das erste Eventualbegehren zum ersten Hauptbegehren berechtigt. Das Erstgericht wies sämtliche Klagebegehren ab. Die Errichtung der betrieblichen Pensionskasse der Zweitbeklagten habe ihre Grundlage nicht im Kollektivvertrag der Zweitbeklagten, weil dieser entgegen Paragraph 3, Absatz eins a, BPG zum Stichtag 1. 1. 1997 keine betriebliche Altersvorsorge vorgesehen habe, sondern vielmehr in der BV K 01, bei der es sich um eine Betriebsvereinbarung gemäß Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer 18 a, ArbVG handle. Die Zweitbeklagte habe diese Betriebsvereinbarung fristgerecht gemäß Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG aufgekündigt. Das Sonderkündigungsrecht nach dieser Bestimmung widerspreche nicht der RL 2001/23/EG und sei dahin zu verstehen, dass damit eine Fort- bzw Nachwirkung der gekündigten Betriebsvereinbarung ausgeschlossen sei, wäre doch andernfalls der Erwerber, bei dem keine eigene Pensionskassen-BV bestehe, gezwungen, eine solche sowie einen Pensionskassenvertrag für die aufgenommenen Arbeitnehmer zu schließen und Beitragszahlungen zu leisten, die seinen übrigen Mitarbeitern verwehrt seien. Die auf Betriebsvereinbarung beruhende Zusage der Zweitbeklagten sei infolge der Sonderkündigung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG wie eine einzelvertragliche Zusage zu behandeln, die mit Aufnahme der Klägerin

in den Betrieb der Erstbeklagten am 1. 5. 2012 erloschen sei, weil die Erstbeklagte die Übernahme der betrieblichen Pensionszusage rechtzeitig abgelehnt habe. Die Klägerin habe von dem ihr unter diesen Voraussetzungen zustehenden Widerspruchsrecht gemäß Paragraph 3, Absatz 4, AVRAG keinen Gebrauch gemacht. Eine Verpflichtung der Erstbeklagten zur Beitragsleistung ab 1. 5. 2012 hätte darüber hinaus aufgrund der Zusatz-BV vom 15. 3. 2010 in keinem Fall Platz greifen können. Daher seien weder das erste Hauptbegehren, noch das erste Eventualbegehren zum ersten Hauptbegehren berechtigt.

Die Zweitbeklagte habe den Anspruch der Klägerin auf den Unverfallbarkeitsbetrag iSd BPG von vornherein nicht bestritten und anerkannt. Da die Klägerin diesen Anspruch bisher nicht geltend gemacht habe, fehle es ihr für das zweite Eventualbegehren zum ersten Hauptbegehren am Feststellungsinteresse.

Die Erfüllung der BV K 08 habe die Erstbeklagte ebenfalls abgelehnt. Für die Erstbeklagte, die kein Luftfahrtunternehmen sei und auch nicht über die Möglichkeit verfüge, einer anderen Fluglinie dafür, dass diese ihren Mitarbeitern einen kostengünstigen Flug anbiete, eine adäquate Gegenleistung zu erbringen, sei die Erfüllung dieser Betriebsvereinbarung unmöglich, sodass auch das zweite Hauptbegehren der Klägerin nicht berechtigt sei.

Das Berufungsgericht hob über Berufung der Klägerin mit Beschluss dieses Urteil im Umfang der Entscheidung über das zweite Eventualbegehren zum ersten Hauptbegehren und der Kostenentscheidung sowie auch das vorangegangene Verfahren jeweils betreffend die Zweitbeklagte als nichtig auf. Es wies die Klage im Umfang des zweiten Eventualfeststellungsbegehrens zum ersten Hauptbegehren in Bezug auf die Zweitbeklagte zurück.

Im Umfang der Entscheidung betreffend die Erstbeklagte gab das Berufungsgericht der Berufung der Klägerin im Übrigen nicht Folge.

Zur Zweitbeklagten führte das Berufungsgericht aus, dass die Klägerin beide Hauptbegehren nur gegen die Erstbeklagte gerichtet habe, während sich nur das zweite Eventualbegehren zum ersten Hauptbegehren auch gegen die Zweitbeklagte richte. Die bloße Geltendmachung eines „Eventualbegehrens“ für den Fall der Abweisung eines gegen eine andere Person gerichteten Klagebegehrens sei eine unzulässige bedingte Prozesshandlung. Eine Sanierung der unzulässigen Klageführung sei nicht erfolgt. Unzulässige, ein Verfahren einleitende Prozesshandlungen führten zur Nichtigkeit des davon betroffenen Verfahrens. Diese Nichtigkeit sei in Bezug auf die Zweitbeklagte aus Anlass des zulässigen Rechtsmittels wahrzunehmen gewesen.

Hingegen sei die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts in Bezug auf die Erstbeklagte im Ergebnis zutreffend:

Die Regelung des § 31 Abs 7 ArbVG zeige die Absicht des Gesetzgebers, der Sondersituation durch die Belastung aus betrieblichen Pensionszusagen Rechnung zu tragen. Dennoch könne auch eine Sonderkündigung nach dieser Bestimmung nicht zur Folge haben, dass die aufgekündigte Betriebsvereinbarung gänzlich ohne Nachwirkung bleibe, weil dies im Ergebnis einen zu tiefgreifenden Einschnitt in die Rechte der Arbeitnehmer bedeuten würde, der aufgrund des zur Verfügung stehenden Instrumentariums nicht notwendig sei. Gerade der vom Gesetzgeber in den Erläuternden Bemerkungen aufgezeigte Lösungsweg über § 5 Abs 1 AVRAG biete ein adäquates Ergebnis. Zwar stelle diese Bestimmung auf Einzelvereinbarungen ab, während die hier vorliegende Regelung auf einer Betriebsvereinbarung beruhe, sodass § 5 Abs 1 AVRAG nicht anwendbar sei. Die durch die rechtzeitige Sonderkündigung der BV K 01 eingetretene Nachwirkung für Altarbeitnehmer dürfe aber nicht mit der unmittelbaren normativen Wirkung einer Betriebsvereinbarung verwechselt werden, verhindere sie doch nicht mehr einzelvertragliche Abänderungen. Eine exakte Definition des Wesens einer solchen Nachwirkung lasse sich dem Gesetz zwar nicht entnehmen, sie entspreche im Ergebnis aber den Wirkungen einer freien Betriebsvereinbarung. Auch bei einem solchen Vorgang liege daher eine individualrechtliche Pensionszusage vor, die dem Regime des § 5 Abs 1 AVRAG unterstehe, weshalb die Erstbeklagte die Übernahme der Pensionszusage wirksam ablehnen konnte. Die Regelung des Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG zeige die Absicht des Gesetzgebers, der Sondersituation durch die Belastung aus betrieblichen Pensionszusagen Rechnung zu tragen. Dennoch könne auch eine Sonderkündigung nach dieser Bestimmung nicht zur Folge haben, dass die aufgekündigte Betriebsvereinbarung gänzlich ohne Nachwirkung bleibe, weil dies im Ergebnis einen zu tiefgreifenden Einschnitt in die Rechte der Arbeitnehmer bedeuten würde, der aufgrund des zur Verfügung stehenden Instrumentariums nicht notwendig sei. Gerade der vom Gesetzgeber in den Erläuternden Bemerkungen aufgezeigte Lösungsweg über Paragraph 5, Absatz eins, AVRAG biete ein adäquates Ergebnis. Zwar stelle diese Bestimmung auf Einzelvereinbarungen ab, während die hier vorliegende Regelung auf einer Betriebsvereinbarung beruhe, sodass Paragraph 5, Absatz eins, AVRAG nicht anwendbar sei. Die durch die rechtzeitige

Sonderkündigung der BV K 01 eingetretene Nachwirkung für Altarbeitnehmer dürfe aber nicht mit der unmittelbaren normativen Wirkung einer Betriebsvereinbarung verwechselt werden, verhindere sie doch nicht mehr einzelvertragliche Abänderungen. Eine exakte Definition des Wesens einer solchen Nachwirkung lasse sich dem Gesetz zwar nicht entnehmen, sie entspreche im Ergebnis aber den Wirkungen einer freien Betriebsvereinbarung. Auch bei einem solchen Vorgang liege daher eine individualrechtliche Pensionszusage vor, die dem Regime des Paragraph 5, Absatz eins, AVRAG unterstehe, weshalb die Erstbeklagte die Übernahme der Pensionszusage wirksam ablehnen konnte.

Hinsichtlich des zweiten Eventualbegehrens zum ersten Hauptbegehren fehle es der Klägerin gegenüber der Erstbeklagten am Feststellungsinteresse, weil ein Anspruch auf den Unverfallbarkeitsbetrag von der Klägerin vor ihrer Klage weder gegenüber der Erstbeklagten, noch gegenüber der Zweitbeklagten oder der Pensionskasse geltend gemacht worden sei.

Auch das zweite Hauptbegehren der Klägerin sei unberechtigt, weil die Erstbeklagte kein Luftfahrtunternehmen sei und nicht die Möglichkeit habe, Mitarbeitern vergünstigte Flüge anzubieten. Die Erfüllung der BV K 08 sei daher für die Erstbeklagte faktisch unmöglich, sodass sie nicht - auch nicht mit dem Argument, die Betriebsvereinbarung sei Gegenstand des Einzelarbeitsvertrags der Klägerin geworden,- Gegenstand einer Feststellungsklage sein könne. Sehe man die Freiflugregelung als Entgeltbestandteil an, so handle es sich dabei um einen Naturalanspruch. Könne ein solcher vom Erwerber nicht erfüllt werden, schulde dieser ein entsprechendes Geldäquivalent. Ob der Klägerin ein solcher Entgeltanspruch zustehe, könne dahingestellt bleiben, weil sie einen solchen Anspruch nicht geltend gemacht habe.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil zur Frage der Nachwirkung von nach § 31 Abs 7 ArbVG gekündigten Betriebsvereinbarungen, die auch in der Lehre strittig sei, Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs fehle. Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil zur Frage der Nachwirkung von nach Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG gekündigten Betriebsvereinbarungen, die auch in der Lehre strittig sei, Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs fehle.

Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts richtet sich die von beiden Beklagten beantwortete Revision und der von beiden Beklagten beantwortete Rekurs der Klägerin.

Nach Einbringung der Revision der Klägerin verkündete die Erstbeklagte der Zweitbeklagten mit der Behauptung, es würden ihr im Fall des Obsiegens der Klägerin Regressansprüche gegen die Zweitbeklagte zustehen, den Streit und forderte sie auf, dem anhängigen Verfahren auf Seiten der Erstbeklagten als Nebenintervenientin beizutreten. Die Klägerin sprach sich in einer Äußerung gegen diesen Antrag aus.

Die Zweitbeklagte erklärte in ihrer Revisionsbeantwortung „in eventu“, für den Fall, dass der Oberste Gerichtshof dem Rekurs der Klägerin nicht Folge gebe, ihren Beitritt als Nebenintervenientin auf Seiten der Erstbeklagten „statt als zweitbeklagte Partei“.

## **Rechtliche Beurteilung**

I. Zum Rekurs der Klägerin:römisch eins. Zum Rekurs der Klägerin:

Der - gemäß § 519 Abs 1 Z 1 ZPO zulässige - Rekurs der Klägerin gegen den Beschluss des Berufungsgerichts ist nicht berechtigt. Der - gemäß Paragraph 519, Absatz eins, Ziffer eins, ZPO zulässige - Rekurs der Klägerin gegen den Beschluss des Berufungsgerichts ist nicht berechtigt.

1.1 Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs sind bedingte Prozesshandlungen grundsätzlich unzulässig, sofern die Verfahrensgesetze nicht Ausnahmeregelungen enthalten oder die Bedingung nicht in einem Anknüpfen an einen innerprozessualen Umstand oder Vorgang besteht (RIS-Justiz RS0006429; RS0006445). Diese Grundsätze gelten insbesondere auch für die bedingte Erhebung einer Klage (RIS-Justiz RS0039602 [T3]), wenn also die Verfahrenseinleitung gegen die eine Partei (9 Ob 139/06s) oder überhaupt die eigene Verfahrenseinleitung vom Ausgang des Verfahrens gegen eine andere Partei abhängig gemacht wurden (6 Ob 75/14v mwH; RIS-Justiz RS0006954 zur Unzulässigkeit der bedingten Erhebung eines Rechtsmittels).

1.2 Diesen Grundsätzen entspricht der Beschluss des Berufungsgerichts. Der von der Klägerin hervorgehobene Umstand, dass infolge des Teilbetriebsübergangs hier ein „einheitliches Rechtsverhältnis“ vorliege, wodurch dem Fall eine Sonderstellung zukomme, zeigt keine Unrichtigkeit der rechtlichen Beurteilung des Berufungsgerichts auf, weil die

von der Klägerin gegenüber der Zweitbeklagten geltend gemachte solidarische Haftung nichts an der rechtlichen Selbständigkeit der einzelnen Schuldner ändert. Der Klägerin wäre es ohne weiteres möglich gewesen, gegenüber der Zweitbeklagten anstelle eines (zweiten) Eventualbegehrens zum Feststellungsbegehren gegen die Erstbeklagte ein Hauptbegehren zu erheben. Dazu wäre entgegen der im Rekurs vertretenen Rechtsansicht auch keine „gesonderte Klageführung“ erforderlich gewesen.

1.3 Dem Rekurs der Klägerin war daher keine Folge zu geben.

Wird wie im vorliegenden Fall nach Streitanhängigkeit die Klage unter Nichtigerklärung des Verfahrens mit Beschluss zurückgewiesen, so ist das Rekursverfahren dagegen gemäß § 521a Abs 1 ZPO zweiseitig (2 Ob 178/09d; RIS-Justiz RS0125481). Die Erstattung einer Rekursbeantwortung steht jedoch gemäß § 521a Abs 1 ZPO nur dem „Gegner der Prozesspartei“ (Rekursgegner) zu, hier daher der - allein durch das Rekursverfahren betroffenen - Zweitbeklagten. Die Erstbeklagte bildete mit der Zweitbeklagten keine einheitliche Streitpartei (§ 14 ZPO), sodass sie im Rekursverfahren betreffend die Zurückweisung der Klagen gegen die Zweitbeklagte nicht Gegnerin der Klägerin ist. Die von ihr erstattete Rekursbeantwortung ist daher zurückzuweisen. Wird wie im vorliegenden Fall nach Streitanhängigkeit die Klage unter Nichtigerklärung des Verfahrens mit Beschluss zurückgewiesen, so ist das Rekursverfahren dagegen gemäß Paragraph 521 a, Absatz eins, ZPO zweiseitig (2 Ob 178/09d; RIS-Justiz RS0125481). Die Erstattung einer Rekursbeantwortung steht jedoch gemäß Paragraph 521 a, Absatz eins, ZPO nur dem „Gegner der Prozesspartei“ (Rekursgegner) zu, hier daher der - allein durch das Rekursverfahren betroffenen - Zweitbeklagten. Die Erstbeklagte bildete mit der Zweitbeklagten keine einheitliche Streitpartei (Paragraph 14, ZPO), sodass sie im Rekursverfahren betreffend die Zurückweisung der Klagen gegen die Zweitbeklagte nicht Gegnerin der Klägerin ist. Die von ihr erstattete Rekursbeantwortung ist daher zurückzuweisen.

Die Entscheidung über die Kosten des Rekursverfahrens beruht auf den §§ 41, 50 ZPO. Bei der Bestimmung von dessen Höhe ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Klägerin den strittigen Feststellungsanspruch in der Klage mit 3.000 EUR bewertet hat. Daran sind die Parteien für das gesamte Verfahren gebunden (vgl. RIS-Justiz RS0046474; Obermaier, Kostenhandbuch<sup>2</sup> Rz 600 mwH). Die Kosten sind daher nur auf dieser Grundlage zu berechnen. Die Entscheidung über die Kosten des Rekursverfahrens beruht auf den Paragraphen 41, 50, ZPO. Bei der Bestimmung von dessen Höhe ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Klägerin den strittigen Feststellungsanspruch in der Klage mit 3.000 EUR bewertet hat. Daran sind die Parteien für das gesamte Verfahren gebunden vergleiche RIS-Justiz RS0046474; Obermaier, Kostenhandbuch<sup>2</sup> Rz 600 mwH). Die Kosten sind daher nur auf dieser Grundlage zu berechnen.

II. Zur Revision der Klägerin:römisch zwei. Zur Revision der Klägerin:

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig, sie ist teilweise auch berechtigt.

1. Zur Pensionskassen-Betriebsvereinbarung BV K 01:

1.1 Zum ersten Hauptbegehren und zum ersten Eventualbegehren zum ersten Hauptbegehren:

Die Revisionswerberin vertritt die Auffassung, dass das Recht der Sonderkündigung gemäß § 31 Abs 7 ArbVG dem Veräußerer überhaupt erst die Möglichkeit eröffne, Pensionskassen-Betriebsvereinbarungen für von einem Betriebsübergang betroffene Altarbeitnehmer zu kündigen, weil dies ansonsten wegen § 97 Abs 4 ArbVG unzulässig wäre. Die Rechtswirkung einer solchen Sonderkündigung sei sodann, dass die gekündigte Pensionskassen-BV dispositiv gemäß § 32 Abs 3 Satz 2 ArbVG nachwirke, also durch Einzelvereinbarung mit dem Arbeitnehmer abänderbar sei. Eine solche Einzelvereinbarung habe die Klägerin aber nicht getroffen. Die Erstbeklagte könne die Pensionszusage nicht unter Berufung auf § 5 Abs 1 AVRAG ablehnen, weil diese Bestimmung sich nach ihrem Wortlaut nur auf Einzelvereinbarungen beziehe, eine solche liege hier aber nicht vor. Die Erstbeklagte sei daher verpflichtet, für die Klägerin ab 1. 5. 2012 weiterhin Beitragszahlungen gemäß der BV K 01 zu leisten. Die von der Erstbeklagten eingewendete Aussetzung der Beitragszahlungen ergebe sich weder aus den Regelungen des Zusatz-KV noch der Zusatz-BV, die im Widerspruch zum KV der Zweitbeklagten stehe und mangels kollektivvertraglicher Grundlage nichtig sei. Die Revisionswerberin vertritt die Auffassung, dass das Recht der Sonderkündigung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG dem Veräußerer überhaupt erst die Möglichkeit eröffne, Pensionskassen-Betriebsvereinbarungen für von einem Betriebsübergang betroffene Altarbeitnehmer zu kündigen, weil dies ansonsten wegen Paragraph 97, Absatz 4, ArbVG unzulässig wäre. Die Rechtswirkung einer solchen Sonderkündigung sei sodann, dass die gekündigte Pensionskassen-BV dispositiv gemäß Paragraph 32, Absatz 3, Satz 2 ArbVG nachwirke, also durch Einzelvereinbarung mit dem Arbeitnehmer abänderbar sei. Eine solche Einzelvereinbarung habe die Klägerin aber nicht getroffen. Die

Erstbeklagte könne die Pensionszusage nicht unter Berufung auf Paragraph 5, Absatz eins, AVRAG ablehnen, weil diese Bestimmung sich nach ihrem Wortlaut nur auf Einzelvereinbarungen beziehe, eine solche liege hier aber nicht vor. Die Erstbeklagte sei daher verpflichtet, für die Klägerin ab 1. 5. 2012 weiterhin Beitragszahlungen gemäß der BV K 01 zu leisten. Die von der Erstbeklagten eingewendete Aussetzung der Beitragszahlungen ergebe sich weder aus den Regelungen des Zusatz-KV noch der Zusatz-BV, die im Widerspruch zum KV der Zweitbeklagten stehe und mangels kollektivvertraglicher Grundlage nichtig sei.

1.2 Voranzustellen ist, dass die Rechtsansicht der Revisionswerberin, dass die BV K 01 ihre Grundlage im Kollektivvertrag habe, im konkreten Fall aus den bereits vom Erstgericht ausgeführten Gründen nicht zutrifft. Nur eng sind die Möglichkeiten einer Pensionskassenregelung in einem Kollektivvertrag (Resch in ZellKomm<sup>2</sup> § 3 BPG Rz 23). Gemäß § 3 Abs 1a BPG kann eine Pensionskassenregelung in einem Kollektivvertrag nur vorgesehen werden, wenn ein Kollektivvertrag bereits zum Stichtag 1. 1. 1997 eine betriebliche Altersversorgung (in Form einer Direktzusage) vorgesehen hat (§ 3 Abs 1a Z 1 BPG), oder wenn es sich um einen Betrieb handelt, der nicht dem II. Teil des ArbVG unterliegt (§ 3 Abs 1a Z 2 BPG). Keine dieser Voraussetzungen liegt im Anlassfall vor, sodass allein die BV K 01 der Zweitbeklagten als Rechtsgrundlage für die Pensionskassenregelung anzusehen ist. 1.2 Voranzustellen ist, dass die Rechtsansicht der Revisionswerberin, dass die BV K 01 ihre Grundlage im Kollektivvertrag habe, im konkreten Fall aus den bereits vom Erstgericht ausgeführten Gründen nicht zutrifft. Nur eng sind die Möglichkeiten einer Pensionskassenregelung in einem Kollektivvertrag (Resch in ZellKomm<sup>2</sup> Paragraph 3, BPG Rz 23). Gemäß Paragraph 3, Absatz eins a, BPG kann eine Pensionskassenregelung in einem Kollektivvertrag nur vorgesehen werden, wenn ein Kollektivvertrag bereits zum Stichtag 1. 1. 1997 eine betriebliche Altersversorgung (in Form einer Direktzusage) vorgesehen hat (Paragraph 3, Absatz eins a, Ziffer eins, BPG), oder wenn es sich um einen Betrieb handelt, der nicht dem römisch zwei. Teil des ArbVG unterliegt (Paragraph 3, Absatz eins a, Ziffer 2, BPG). Keine dieser Voraussetzungen liegt im Anlassfall vor, sodass allein die BV K 01 der Zweitbeklagten als Rechtsgrundlage für die Pensionskassenregelung anzusehen ist.

1.3 Zwischen den Parteien ist nicht strittig, dass im Anlassfall die Voraussetzungen für die Ausübung des Sonderkündigungsrechts der BV K 01, einer Betriebsvereinbarung gemäß § 97 Abs 1 Z 18a ArbVG, durch die Zweitbeklagte als Veräußerer vorlagen und dass diese Kündigung unter Einhaltung der gesetzlich vorgesehenen einmonatigen Kündigungsfrist auch fristgerecht vor Betriebsübergang ausgesprochen wurde. Damit stellt sich die Frage nach der in der Rechtsprechung bisher noch nicht und in der Lehre nicht einheitlich behandelten Frage der Wirkungen des Sonderkündigungsrechts gemäß § 31 Abs 7 ArbVG. 1.3 Zwischen den Parteien ist nicht strittig, dass im Anlassfall die Voraussetzungen für die Ausübung des Sonderkündigungsrechts der BV K 01, einer Betriebsvereinbarung gemäß Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer 18 a, ArbVG, durch die Zweitbeklagte als Veräußerer vorlagen und dass diese Kündigung unter Einhaltung der gesetzlich vorgesehenen einmonatigen Kündigungsfrist auch fristgerecht vor Betriebsübergang ausgesprochen wurde. Damit stellt sich die Frage nach der in der Rechtsprechung bisher noch nicht und in der Lehre nicht einheitlich behandelten Frage der Wirkungen des Sonderkündigungsrechts gemäß Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG.

1.4 Zur Entwicklung der Rechtslage:

1.4.1 Bereits in seiner Stammfassung (BGBl 1974/22) sah § 97 Abs 1 Z 18 ArbVG die Möglichkeit des Abschlusses einer fakultativen Betriebsvereinbarung über betriebliche Pensions- und Ruhegeldleistungen vor, die nach den allgemeinen Regeln kündbar waren. 1.4.1 Bereits in seiner Stammfassung (BGBl 1974/22) sah Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer 18, ArbVG die Möglichkeit des Abschlusses einer fakultativen Betriebsvereinbarung über betriebliche Pensions- und Ruhegeldleistungen vor, die nach den allgemeinen Regeln kündbar waren.

1.4.2 Mit der Schaffung des Pensions-kassengesetzes (PKG, BGBl 1990/281) und des BPG wurde auch § 97 ArbVG geändert (Artikel II BPG, BGBl 1990/282). In der in Abs 1 dieser Bestimmung neu geschaffenen Z 18a wurde die (gemäß § 3 Abs 1 BPG erforderliche) Betriebsvereinbarung über die Errichtung von bzw den Beitritt zu Pensionskassen geschaffen. Gleichzeitig wurde die Z 18 dahin geändert, dass die danach abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen nur mehr betriebliche Pensions- und Ruhegeldleistungen mit Ausnahme der in § 97 Abs 1 Z 18a ArbVG genannten zum Gegenstand haben durften. Neu geschaffen wurde § 97 Abs 4 ArbVG, wonach die Kündigung von Betriebsvereinbarungen gemäß § 97 Abs 1 Z 18a ArbVG nur hinsichtlich jener Arbeitsverhältnisse wirksam sein sollte, die „nach dem Kündigungstermin“ begründet werden (vgl dazu näher Strasser, Die Arbeitsverfassungsgesetznovellen

des Jahres 1990, DRdA 1990, 409 [428]). 1.4.2 Mit der Schaffung des Pensions-kassengesetzes (PKG, BGBl 1990/281) und des BPG wurde auch Paragraph 97, ArbVG geändert (Artikel römisch zwei BPG, BGBl 1990/282). In der in Absatz eins, dieser Bestimmung neu geschaffenen Ziffer 18 a, wurde die (gemäß Paragraph 3, Absatz eins, BPG erforderliche) Betriebsvereinbarung über die Errichtung von bzw den Beitritt zu Pensionskassen geschaffen. Gleichzeitig wurde die Ziffer 18, dahin geändert, dass die danach abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen nur mehr betriebliche Pensions- und Ruhegeldleistungen mit Ausnahme der in Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer 18 a, ArbVG genannten zum Gegenstand haben durften. Neu geschaffen wurde Paragraph 97, Absatz 4, ArbVG, wonach die Kündigung von Betriebsvereinbarungen gemäß Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer 18 a, ArbVG nur hinsichtlich jener Arbeitsverhältnisse wirksam sein sollte, die „nach dem Kündigungstermin“ begründet werden vergleiche dazu näher Strasser, Die Arbeitsverfassungsgesetznovellen des Jahres 1990, DRdA 1990, 409 [428]).

Die Gesetzesmaterialien (AB 1318 BlgNR XVII. GP 6) führen dazu aus, dass die Kündigungsmöglichkeit einer Betriebsvereinbarung gemäß § 97 Abs 1 Z 18a ArbVG durch § 97 Abs 4 ArbVG auf jene Arbeitnehmer eingeschränkt werde, die erst „nach Ablauf des Kündigungstermins“ in das Unternehmen eintreten. Diese Sonderregelung sei im Hinblick auf das ausdrückliche Ziel des BPG, Pensionszusagen abzusichern, sinnvoll. Es solle gewährleistet werden, dass nicht - wie im Regelfall bei Kündigung einer Betriebsvereinbarung - die Ansprüche des einzelnen Arbeitnehmers „lediglich im Wege der Nachwirkung“ bestehen bleiben. Die Gesetzesmaterialien Ausschussbericht 1318, BlgNR römisch siebzehn. Gesetzgebungsperiode 6, ) führen dazu aus, dass die Kündigungsmöglichkeit einer Betriebsvereinbarung gemäß Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer 18 a, ArbVG durch Paragraph 97, Absatz 4, ArbVG auf jene Arbeitnehmer eingeschränkt werde, die erst „nach Ablauf des Kündigungstermins“ in das Unternehmen eintreten. Diese Sonderregelung sei im Hinblick auf das ausdrückliche Ziel des BPG, Pensionszusagen abzusichern, sinnvoll. Es solle gewährleistet werden, dass nicht - wie im Regelfall bei Kündigung einer Betriebsvereinbarung - die Ansprüche des einzelnen Arbeitnehmers „lediglich im Wege der Nachwirkung“ bestehen bleiben.

1.4.3 Die hier relevante Bestimmung des § 31 Abs 7 ArbVG wurde mit dem BGBl 1993/460 - zeitgleich mit dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, BGBl 1993/459 (AVRAG) - geschaffen. Diese Bestimmung (die Einfügung der Betriebsvereinbarungen gemäß § 97 Z 18b ArbVG erfolgte später mit BGBl I 2005/8) lautet: „Die Geltung von Betriebsvereinbarungen bleibt für Arbeitnehmer von Betrieben oder Betriebsteilen, die von einem anderen Betrieb aufgenommen werden, insoweit unberührt, als sie Angelegenheiten betreffen, die von den Betriebsvereinbarungen des aufnehmenden Betriebes nicht geregelt werden. Betriebsvereinbarungen im Sinne des § 97 Abs 1 Z 18, Z 18a oder Z 18b können für die von einer solchen Maßnahme betroffenen Arbeitnehmer vom Betriebsinhaber des aufzunehmenden Betriebes oder Betriebsteiles unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist gekündigt werden.“ 1.4.3 Die hier relevante Bestimmung des Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG wurde mit dem BGBl 1993/460 - zeitgleich mit dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, BGBl 1993/459 (AVRAG) - geschaffen. Diese Bestimmung (die Einfügung der Betriebsvereinbarungen gemäß Paragraph 97, Ziffer 18 b, ArbVG erfolgte später mit BGBl I 2005/8) lautet: „Die Geltung von Betriebsvereinbarungen bleibt für Arbeitnehmer von Betrieben oder Betriebsteilen, die von einem anderen Betrieb aufgenommen werden, insoweit unberührt, als sie Angelegenheiten betreffen, die von den Betriebsvereinbarungen des aufnehmenden Betriebes nicht geregelt werden. Betriebsvereinbarungen im Sinne des Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer 18,, Ziffer 18 a, oder Ziffer 18 b, können für die von einer solchen Maßnahme betroffenen Arbeitnehmer vom Betriebsinhaber des aufzunehmenden Betriebes oder Betriebsteiles unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist gekündigt werden.“

Die Gesetzesmaterialien zu dieser Bestimmung lauten auszugsweise (1078 BlgNR XVIII. GP 11) Die Gesetzesmaterialien zu dieser Bestimmung lauten auszugsweise (1078 BlgNR römisch achtzehn. Gesetzgebungsperiode 11, ):

„Eine besondere Regelung ist hinsichtlich der Betriebsvereinbarungen über Betriebspensionen vorgesehen: dem Veräußerer wird im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang ein Teilkündigungsrecht eingeräumt; übt er dieses rechtzeitig vor dem Betriebsübergang aus, so hat dies zur Folge, dass die Betriebsvereinbarung kraft der gesetzlichen Nachwirkung (§ 32 Abs 3 zweiter Satz) ihre zwingende Wirkung verliert und der Disposition durch Einzelvertrag unterliegt. In weiterer Folge ist daher eine solche Betriebspensionszusage wie eine einzelvertragliche Betriebspensionszusage zu behandeln; es gilt § 5 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz.“ „Eine besondere Regelung ist hinsichtlich der Betriebsvereinbarungen über Betriebspensionen vorgesehen: dem Veräußerer wird im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang ein Teilkündigungsrecht eingeräumt; übt er dieses rechtzeitig vor dem Betriebsübergang aus, so hat dies zur Folge, dass die Betriebsvereinbarung kraft der gesetzlichen Nachwirkung

(Paragraph 32, Absatz 3, zweiter Satz) ihre zwingende Wirkung verliert und der Disposition durch Einzelvertrag unterliegt. In weiterer Folge ist daher eine solche Betriebspensionszusage wie eine einzelvertragliche Betriebspensionszusage zu behandeln; es gilt Paragraph 5, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz.“

1.4.4 Ebenfalls mit BGBl 1993/460 wurde § 32 Abs 3 Satz 3 ArbVG geschaffen, der lautet: „Eine solche Einzelvereinbarung kann zum Nachteil des Arbeitnehmers im Falle der Kündigung einer Betriebsvereinbarung nach dem Übergang, der rechtlichen Verselbständigung, dem Zusammenschluss oder der Aufnahme eines Betriebes oder Betriebsteiles (§ 31 Abs 4 bis 7) nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Übergang, der Verselbständigung, dem Zusammenschluss oder der Aufnahme abgeschlossen werden.“ 1.4.4 Ebenfalls mit BGBl 1993/460 wurde Paragraph 32, Absatz 3, Satz 3 ArbVG geschaffen, der lautet: „Eine solche Einzelvereinbarung kann zum Nachteil des Arbeitnehmers im Falle der Kündigung einer Betriebsvereinbarung nach dem Übergang, der rechtlichen Verselbständigung, dem Zusammenschluss oder der Aufnahme eines Betriebes oder Betriebsteiles (Paragraph 31, Absatz 4, bis 7) nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Übergang, der Verselbständigung, dem Zusammenschluss oder der Aufnahme abgeschlossen werden.“

In den Gesetzesmaterialien (1078 BlgNR XVIII. GP 12) wird dazu auf Art 3 Abs 2 der Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen verwiesen, wonach die in einem „Kollektivvertrag“ - wozu europarechtlich auch Betriebsvereinbarungen zu zählen seien - geregelten Arbeitsbedingungen zumindest für ein Jahr aufrecht zu erhalten seien, es sei denn, sie werden durch eine gleich- oder höherrangige Norm abgelöst. Es sei daher die Beendigung der gesetzlichen Nachwirkung durch den Einzelvertrag für ein Jahr nach dem Betriebsübergang auszuschließen. In den Gesetzesmaterialien (1078 BlgNR römisch achtzehn. Gesetzgebungsperiode 12, ) wird dazu auf Artikel 3, Absatz 2, der Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen verwiesen, wonach die in einem „Kollektivvertrag“ - wozu europarechtlich auch Betriebsvereinbarungen zu zählen seien - geregelten Arbeitsbedingungen zumindest für ein Jahr aufrecht zu erhalten seien, es sei denn, sie werden durch eine gleich- oder höherrangige Norm abgelöst. Es sei daher die Beendigung der gesetzlichen Nachwirkung durch den Einzelvertrag für ein Jahr nach dem Betriebsübergang auszuschließen.

1.5 In der Lehre werden die Fragen, ob eine gemäß § 31 Abs 7 ArbVG aufgekündigte Betriebsvereinbarung Nachwirkungen entfaltet und ob der Erwerber, wie dies in den Materialien ausgeführt ist, bei Einzelrechtsnachfolge die Übernahme einer auf Betriebsvereinbarung beruhenden Pensionskassenzusage gemäß § 5 Abs 1 AVRAG ablehnen kann, nicht einheitlich behandelt: 1.5 In der Lehre werden die Fragen, ob eine gemäß Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG aufgekündigte Betriebsvereinbarung Nachwirkungen entfaltet und ob der Erwerber, wie dies in den Materialien ausgeführt ist, bei Einzelrechtsnachfolge die Übernahme einer auf Betriebsvereinbarung beruhenden Pensionskassenzusage gemäß Paragraph 5, Absatz eins, AVRAG ablehnen kann, nicht einheitlich behandelt:

1.5.1 Folgende Autoren verneinen eine Nachwirkung nach Inanspruchnahme des Sonderkündigungsrechts gemäß § 31 Abs 7 ArbVG: 1.5.1 Folgende Autoren verneinen eine Nachwirkung nach Inanspruchnahme des Sonderkündigungsrechts gemäß Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG:

Schrank (Betriebsvereinbarungen bei Betriebsübergang, ecolex 1993, 614 [617]; und ihm folgend Hipsch, Betriebspension 179 f) betont den Zweck des § 31 Abs 7 ArbVG, den Erwerber nicht mit einer Betriebspensionsregelung zu belasten. Gegen eine Nachwirkung spreche überdies der systematische Standort des Kündigungsrechts in § 31 ArbVG statt im - ebenfalls novellierten - § 32 ArbVG und der Umstand, dass jeglicher Hinweis auf eine Nachwirkung - die es überdies für Pensionskassen-BV wegen § 97 Abs 4 ArbVG gar nicht gebe - fehle. Schrank (Betriebsvereinbarungen bei Betriebsübergang, ecolex 1993, 614 [617]; und ihm folgend Hipsch, Betriebspension 179 f) betont den Zweck des Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG, den Erwerber nicht mit einer Betriebspensionsregelung zu belasten. Gegen eine Nachwirkung spreche überdies der systematische Standort des Kündigungsrechts in Paragraph 31, ArbVG statt im - ebenfalls novellierten - Paragraph 32, ArbVG und der Umstand, dass jeglicher Hinweis auf eine Nachwirkung - die es überdies für Pensionskassen-BV wegen Paragraph 97, Absatz 4, ArbVG gar nicht gebe - fehle.

Schrammel (Rechtsfragen des Betriebsübergangs, ZAS 1996, 6 [11]) führt aus, dass der Sinn des Sonderkündigungsrechts gemäß § 31 Abs 7 ArbVG nur im Ausschluss einer normativen Fortwirkung der gekündigten

Betriebsvereinbarung liegen könne. Anders als Pensionsbetriebsvereinbarungen gemäß § 97 Abs 1 Z 18 ArbVG könnten Pensionskassen-BV gemäß § 97 Abs 1 Z 18a ArbVG nur hinsichtlich jener Arbeitsverhältnisse gekündigt werden, die nach dem Kündigungstermin begründet werden (§ 97 Abs 4 ArbVG). Sie behielten daher trotz Kündigung ihre zwingende Wirkung gegenüber Altarbeitnehmern. Würden diese „allgemeinen“ Beendigungswirkungen auch bei der Sonderkündigung gemäß § 31 Abs 7 ArbVG zur Anwendung gelangen, hätte das Sonderkündigungsrecht keine praktische Bedeutung, weil sich die Fortwirkung alter Betriebsvereinbarungen gemäß § 31 Abs 7 Satz 1 ArbVG nur auf Altarbeitnehmer beziehe. § 31 Abs 7 ArbVG sei daher *lex specialis* sowohl gegenüber § 32 Abs 3 Satz 1 ArbVG, als auch gegenüber § 97 Abs 4 ArbVG. Der von den Materialien aufgezeigte Weg könne nicht überzeugen, weil auch die Nachwirkung nichts am kollektivrechtlichen Charakter der Zusage ändere, für eine Transformation dieser normativen Wirkung in eine vertragliche Wirkung bestehe kein Anlass. Schrammel (Rechtsfragen des Betriebsübergangs, ZAS 1996, 6 [11]) führt aus, dass der Sinn des Sonderkündigungsrechts gemäß Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG nur im Ausschluss einer normativen Fortwirkung der gekündigten Betriebsvereinbarung liegen könne. Anders als Pensionsbetriebsvereinbarungen gemäß Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer 18, ArbVG könnten Pensionskassen-BV gemäß Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer 18 a, ArbVG nur hinsichtlich jener Arbeitsverhältnisse gekündigt werden, die nach dem Kündigungstermin begründet werden (Paragraph 97, Absatz 4, ArbVG). Sie behielten daher trotz Kündigung ihre zwingende Wirkung gegenüber Altarbeitnehmern. Würden diese „allgemeinen“ Beendigungswirkungen auch bei der Sonderkündigung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG zur Anwendung gelangen, hätte das Sonderkündigungsrecht keine praktische Bedeutung, weil sich die Fortwirkung alter Betriebsvereinbarungen gemäß Paragraph 31, Absatz 7, Satz 1 ArbVG nur auf Altarbeitnehmer beziehe. Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG sei daher *lex specialis* sowohl gegenüber Paragraph 32, Absatz 3, Satz 1 ArbVG, als auch gegenüber Paragraph 97, Absatz 4, ArbVG. Der von den Materialien aufgezeigte Weg könne nicht überzeugen, weil auch die Nachwirkung nichts am kollektivrechtlichen Charakter der Zusage ändere, für eine Transformation dieser normativen Wirkung in eine vertragliche Wirkung bestehe kein Anlass.

1.5.2 Andere Autoren und Autorinnen nehmen demgegenüber eine Nachwirkung auch bei einer Sonderkündigung gemäß § 31 Abs 7 ArbVG an, ziehen daraus jedoch unterschiedliche Schlussfolgerungen: 1.5.2 Andere Autoren und Autorinnen nehmen demgegenüber eine Nachwirkung auch bei einer Sonderkündigung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG an, ziehen daraus jedoch unterschiedliche Schlussfolgerungen:

Reissner (in Zellkomm2 § 31 ArbVG Rz 43) vertritt die Auffassung, dass diese Regel nicht mit der ansonsten angeordneten zwingenden Wirkung für ein Jahr nach dem Betriebsübergang nach § 32 Abs 3 dritter Satz ArbVG korrespondiere und daher nur die „normale“ Nachwirkung nach § 32 Abs 3 zweiter Satz ArbVG verbleibe. Die in den Materialien skizzierte Konstruktion sei im Gesetzeswortlaut nicht verankert (ebenso Holzer/Reissner, AVRAG2 § 3 Erl 160). Reissner (in Zellkomm2 Paragraph 31, ArbVG Rz 43) vertritt die Auffassung, dass diese Regel nicht mit der ansonsten angeordneten zwingenden Wirkung für ein Jahr nach dem Betriebsübergang nach Paragraph 32, Absatz 3, dritter Satz ArbVG korrespondiere und daher nur die „normale“ Nachwirkung nach Paragraph 32, Absatz 3, zweiter Satz ArbVG verbleibe. Die in den Materialien skizzierte Konstruktion sei im Gesetzeswortlaut nicht verankert (ebenso Holzer/Reissner, AVRAG2 Paragraph 3, Erl 160).

Grillberger (Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis - Neuregelung durch das AVRAG, wbl 1993, 305 [313] und Betriebs-[teil-]übergang und Belegschaftsvertretung, Betriebsratsfonds sowie Betriebsvereinbarungen, in Tomandl [Hrsg], Der Betriebs-[teil-]übergang im Arbeitsrecht, 27 [41]) bejaht die Bindung des Erwerbers an die nachwirkende Betriebsvereinbarung. Dem in den Materialien vorgezeichneten Weg könne nicht gefolgt werden, weil der Eintritt der Nachwirkung den Inhalt der Betriebsvereinbarung nicht in Einzelverträge transferiere. Die Besonderheit des Sonderkündigungsrechts liege nur in der Verkürzung der Kündigungsfrist. Der Ansicht, dass die Sonderkündigung keine Nachwirkung entfalte, sei entgegenzuhalten, dass es dann auch an den Voraussetzungen des Widerspruchsrechts des Arbeitnehmers gemäß § 3 Abs 4 AVRAG fehle, weil dann von einer Ablehnung der Übernahme von Pensionsverpflichtungen durch den Erwerber keine Rede sein könne. Grillberger (Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis - Neuregelung durch das AVRAG, wbl 1993, 305 [313] und Betriebs-[teil-]übergang und Belegschaftsvertretung, Betriebsratsfonds sowie Betriebsvereinbarungen, in Tomandl [Hrsg], Der Betriebs-[teil-]übergang im Arbeitsrecht, 27 [41]) bejaht die Bindung des Erwerbers an die nachwirkende Betriebsvereinbarung. Dem in den Materialien vorgezeichneten Weg könne nicht gefolgt werden, weil der Eintritt der Nachwirkung den Inhalt der Betriebsvereinbarung nicht in Einzelverträge transferiere. Die Besonderheit des Sonderkündigungsrechts liege nur in

der Verkürzung der Kündigungsfrist. Der Ansicht, dass die Sonderkündigung keine Nachwirkung entfalte, sei entgegenzuhalten, dass es dann auch an den Voraussetzungen des Widerspruchsrechts des Arbeitnehmers gemäß Paragraph 3, Absatz 4, AVRAG fehle, weil dann von einer Ablehnung der Übernahme von Pensionsverpflichtungen durch den Erwerber keine Rede sein könne.

Rabanser (Betriebsrat und Betriebsvereinbarung bei Betriebs-[teil]-übergang, wbl 1995, 173 [180]) bejaht eine Nachwirkung der gemäß § 31 Abs 7 ArbVG gekündigten Pensionsbetriebsvereinbarung, die nur im Weg einer neuen Betriebsvereinbarung oder einzelvertraglicher Vereinbarungen abänderbar sei. Rabanser (Betriebsrat und Betriebsvereinbarung bei Betriebs-[teil]-übergang, wbl 1995, 173 [180]) bejaht eine Nachwirkung der gemäß Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG gekündigten Pensionsbetriebsvereinbarung, die nur im Weg einer neuen Betriebsvereinbarung oder einzelvertraglicher Vereinbarungen abänderbar sei.

Gahleitner/Leitsmüller (Umstrukturierung und AVRAG, Rz 268) weisen auf den unauflöschlichen Widerspruch des § 31 Abs 7 ArbVG zu § 97 Abs 4 ArbVG hin. § 31 Abs 7 ArbVG wolle offenbar verhindern, dass ein Arbeitgeber, der im eigenen Betrieb keine Pensionszusage habe, unter Umständen wegen der Aufnahme eines Betriebsteils nun zum Abschluss einer Pensionskassenvereinbarung gezwungen wäre. Dies habe der Gesetzgeber offenkundig nicht zwingend vorsehen wollen. Die Sonderkündigung einer Betriebspensionsvereinbarung führe daher zwar zur Nachwirkung. In die Rechte der übernommenen Arbeitnehmer könne dennoch mittels neuer Betriebsvereinbarung oder auch arbeitsvertraglich eingegriffen werden. Nach Gahleitner (in ZellKomm2 § 5 AVRAG Rz 7) soll das Sonderkündigungsrecht des § 31 Abs 7 ArbVG (nur) ermöglichen, dass noch vor Betriebsübergang im Rahmen der Nachwirkung der gekündigten Betriebsvereinbarung einzelvertragliche Regelungen mit dem Arbeitnehmer getroffen werden können. Gahleitner/Leitsmüller (Umstrukturierung und AVRAG, Rz 268) weisen auf den unauflöschlichen Widerspruch des Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG zu Paragraph 97, Absatz 4, ArbVG hin. Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG wolle offenbar verhindern, dass ein Arbeitgeber, der im eigenen Betrieb keine Pensionszusage habe, unter Umständen wegen der Aufnahme eines Betriebsteils nun zum Abschluss einer Pensionskassenvereinbarung gezwungen wäre. Dies habe der Gesetzgeber offenkundig nicht zwingend vorsehen wollen. Die Sonderkündigung einer Betriebspensionsvereinbarung führe daher zwar zur Nachwirkung. In die Rechte der übernommenen Arbeitnehmer könne dennoch mittels neuer Betriebsvereinbarung oder auch arbeitsvertraglich eingegriffen werden. Nach Gahleitner (in ZellKomm2 Paragraph 5, AVRAG Rz 7) soll das Sonderkündigungsrecht des Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG (nur) ermöglichen, dass noch vor Betriebsübergang im Rahmen der Nachwirkung der gekündigten Betriebsvereinbarung einzelvertragliche Regelungen mit dem Arbeitnehmer getroffen werden können.

Wolf (Die Kündigung von Pensionsbetriebsvereinbarungen und Betriebs-[teil]-übergang, ecolex 1997, 519 [522]) - dessen Ansicht sich die Revisionswerberin ausdrücklich anschließt - bejaht unter Hinweis auf die Materialien die Nachwirkung einer Pensionskassen-BV auch nach Sonderkündigung. Er verneint ein Ablehnungsrecht des Erwerbers gemäß § 5 Abs 1 AVRAG, weil keine auf einer Einzelvereinbarung beruhende Pensionszusage vorliege (ebenso Cerny in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller, Arbeits-verfassungsrecht II4 § 31 Erl 11 aE). Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen bedürfte einer gesetzlichen Grundlage, an der es jedoch fehle. Im Gegenteil habe der Gesetzgeber mit der Einführung des Sonderkündigungsrechts gleichzeitig die Nachwirkung von Betriebsvereinbarungen gemäß § 32 Abs 3 Satz 3 ArbVG, der sich ausdrücklich auch auf § 31 Abs 7 ArbVG beziehe, verstärkt. Wolf (Die Kündigung von Pensionsbetriebsvereinbarungen und Betriebs-[teil]-übergang, ecolex 1997, 519 [522]) - dessen Ansicht sich die Revisionswerberin ausdrücklich anschließt - bejaht unter Hinweis auf die Materialien die Nachwirkung einer Pensionskassen-BV auch nach Sonderkündigung. Er verneint ein Ablehnungsrecht des Erwerbers gemäß Paragraph 5, Absatz eins, AVRAG, weil keine auf einer Einzelvereinbarung beruhende Pensionszusage vorliege (ebenso Cerny in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller, Arbeits-verfassungsrecht II4 Paragraph 31, Erl 11 aE). Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen bedürfte einer gesetzlichen Grundlage, an der es jedoch fehle. Im Gegenteil habe der Gesetzgeber mit der Einführung des Sonderkündigungsrechts gleichzeitig die Nachwirkung von Betriebsvereinbarungen gemäß Paragraph 32, Absatz 3, Satz 3 ArbVG, der sich ausdrücklich auch auf Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG beziehe, verstärkt.

Auch Strasser (in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 31 Rz 16) vertritt die Ansicht, dass im Fall einer Kündigung gemäß § 31 Abs 7 ArbVG die Nachwirkung gemäß § 32 Abs 3 ArbVG zum Tragen komme, die durch die - ua auch auf § 31 Abs 7 ArbVG verweisende - Sonderregelung des § 32 Abs 3 Satz 3 ArbVG, noch zu Gunsten der Arbeitnehmer verstärkt werde. Auch Strasser (in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG Paragraph 31, Rz 16) vertritt die Ansicht, dass im Fall einer

Kündigung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG die Nachwirkung gemäß Paragraph 32, Absatz 3, ArbVG zum Tragen komme, die durch die - ua auch auf Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG verweisende - Sonderregelung des Paragraph 32, Absatz 3, Satz 3 ArbVG, noch zu Gunsten der Arbeitnehmer verstärkt werde.

1.5.3 Folgende Autoren folgen dem schon dargestellten Weg, den der Gesetzgeber in den Materialien zu § 31 Abs 7 ArbVG aufzeigt: 1.5.3 Folgende Autoren folgen dem schon dargestellten Weg, den der Gesetzgeber in den Materialien zu Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG aufzeigt:

Nach Binder (Betriebsübergang und Schicksal der betrieblichen Altersversorgung, JBl 1998, 416 [426]; ebensoders, AVRAG2 § 5 Rz 35) seien die Konzeption der Materialien und die Rechtsprechung 8 ObA 239/95, vgl RIS-Justiz RS0021499) nicht völlig zu vernachlässigen, die davon ausgehen, dass die gekündigte (schlichte) Pensionsbetriebsvereinbarung und Pensionskassen-BV zum Einzelvertragsbestandteil werden, dessen Übernahme dann vom Erwerber nach § 5 Abs 1 AVRAG abgelehnt werden könne. Möge dieses Modell auch auf überholten Anschauungen beruhen, weil nach herrschender Doktrin eine gekündigte Betriebsvereinbarung Nachwirkung mit normativer Kraft entfalte, so hindere dies doch nicht, entsprechend der gesetzgeberischen Intention eine Ablehnung der Pensionsfortwirkung durch den Erwerber für möglich wie erforderlich zu erachten. § 31 Abs 7 ArbVG durchbreche daher § 97 Abs 4 ArbVG. Nach Binder (Betriebsübergang und Schicksal der betrieblichen Altersversorgung, JBl 1998, 416 [426]; ebenso ders, AVRAG2 Paragraph 5, Rz 35) seien die Konzeption der Materialien und die Rechtsprechung (8 ObA 239/95, vergleiche RIS-Justiz RS0021499) nicht völlig zu vernachlässigen, die davon ausgehen, dass die gekündigte (schlichte) Pensionsbetriebsvereinbarung und Pensionskassen-BV zum Einzelvertragsbestandteil werden, dessen Übernahme dann vom Erwerber nach Paragraph 5, Absatz eins, AVRAG abgelehnt werden könne. Möge dieses Modell auch auf überholten Anschauungen beruhen, weil nach herrschender Doktrin eine gekündigte Betriebsvereinbarung Nachwirkung mit normativer Kraft entfalte, so hindere dies doch nicht, entsprechend der gesetzgeberischen Intention eine Ablehnung der Pensionsfortwirkung durch den Erwerber für möglich wie erforderlich zu erachten. Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG durchbreche daher Paragraph 97, Absatz 4, ArbVG.

Schima (Aufnahme von Betrieben oder Betriebsteilen und Sonderkündigungsrecht gemäß § 31 Abs 7 ArbVG bei Pensions[kassen]betriebsvereinbarungen, ZAS 2001, 65 [69]) verweist auf den Zweck der Regelung des § 31 Abs 7 ArbVG, der dem Erwerber ermöglichen solle, den Betrieb bei Betriebsübergang „pensionslastenfrei“ zu übernehmen. Er führt aus, dass die Nachwirkung von der in § 31 Abs 1 ArbVG für Betriebsvereinbarungen geregelten Normwirkung zu unterscheiden sei. Die Nachwirkung stehe gleichsam zwischen der Normwirkung und der einzelvertraglichen Wirkung und beruhe unmittelbar auf Gesetz. Den Verfassern der Gesetzesmaterialien sei bewusst gewesen, dass eine nachwirkende Betriebsvereinbarung nicht „eine auf Einzelvereinbarung beruhende“ betriebliche Pensionszusage iSd § 5 Abs 1 AVRAG sei, sondern bloß wie eine solche zu behandeln sei. Es sei daher mit dem vom Gesetzgeber aufgezeigten Weg die (gewöhnliche) Nachwirkung der gemäß § 31 Abs 7 ArbVG gekündigten Betriebsvereinbarung zu bejahen, aber dem Erwerber in (zumindest) analoger Anwendung des § 5 Abs 1 AVRAG ein Ablehnungsrecht einzuräumen. Schima (Aufnahme von Betrieben oder Betriebsteilen und Sonderkündigungsrecht gemäß Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG bei Pensions[kassen]betriebsvereinbarungen, ZAS 2001, 65 [69]) verweist auf den Zweck der Regelung des Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG, der dem Erwerber ermöglichen solle, den Betrieb bei Betriebsübergang „pensionslastenfrei“ zu übernehmen. Er führt aus, dass die Nachwirkung von der in Paragraph 31, Absatz eins, ArbVG für Betriebsvereinbarungen geregelten Normwirkung zu unterscheiden sei. Die Nachwirkung stehe gleichsam zwischen der Normwirkung und der einzelvertraglichen Wirkung und beruhe unmittelbar auf Gesetz. Den Verfassern der Gesetzesmaterialien sei bewusst gewesen, dass eine nachwirkende Betriebsvereinbarung nicht „eine auf Einzelvereinbarung beruhende“ betriebliche Pensionszusage iSd Paragraph 5, Absatz eins, AVRAG sei, sondern bloß wie eine solche zu behandeln sei. Es sei daher mit dem vom Gesetzgeber aufgezeigten Weg die (gewöhnliche) Nachwirkung der gemäß Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG gekündigten Betriebsvereinbarung zu bejahen, aber dem Erwerber in (zumindest) analoger Anwendung des Paragraph 5, Absatz eins, AVRAG ein Ablehnungsrecht einzuräumen.

Auch Risak (Probleme der Rechtsgestaltung beim Betriebsübergang, DRdA 2011, 227 [235f]) vertritt - unter Berufung auf Binder (aaO) und Schima (aaO) - die von den Materialien vorgegebene Lösung (ebenso auch Schima in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht - System und Praxiskommentar I, Kap 7.7 Rz 108). Auch Risak (Probleme der Rechtsgestaltung beim Betriebsübergang, DRdA 2011, 227 [235f]) vertritt - unter Berufung auf Binder (aaO) und Schima (aaO) - die von den Materialien vorgegebene Lösung (ebenso auch Schima in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht - System und Praxiskommentar römisch eins, Kap 7.7 Rz 108).

1.5.4 Übereinstimmung herrscht in der Lehre darüber, dass das Sonderkündigungsrecht des § 31 Abs 7 ArbVG im Einklang mit den in den Materialien auch zitierten europarechtlichen Vorgaben steht, weil Art 3 Abs 3 der RL 77/187/EWG (nunmehr: Art 3 Abs 4 lit a RL 2001/23/EG) betriebliche und überbetriebliche Zusatzversorgungssysteme, die bei Alter, Invalidität oder für Hinterbliebene außerhalb der gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit zustehen, vom sonst in dieser Bestimmung geregelten Übergangsautomatismus ausnimmt. Die einzelnen Mitgliedstaaten haben lediglich dafür zu sorgen, dass die bereits erworbenen Rechte und Anwartschaften gewahrt bleiben (vgl § 5 AVRAG und nunmehr Art 3 Abs 4 lit b RL 2011/23/EG; näher dazu Binder, AVRAG<sup>2</sup> § 5 Rz 1 ff; vgl zB Schrammel aaO 11; Reissner aaO § 31 ArbVG Rz 43). Dass das Sonderkündigungsrecht des § 31 Abs 7 ArbVG diesen europarechtlichen Vorgaben nicht entsprechen würde, wird von der Klägerin im Verfahren auch nicht behauptet.

1.5.4 Übereinstimmung herrscht in der Lehre darüber, dass das Sonderkündigungsrecht des Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG im Einklang mit den in den Materialien auch zitierten europarechtlichen Vorgaben steht, weil Artikel 3, Absatz 3, der RL 77/187/EWG (nunmehr: Artikel 3, Absatz 4, Litera a, RL 2001/23/EG) betriebliche und überbetriebliche Zusatzversorgungssysteme, die bei Alter, Invalidität oder für Hinterbliebene außerhalb der gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit zustehen, vom sonst in dieser Bestimmung geregelten Übergangsautomatismus ausnimmt. Die einzelnen Mitgliedstaaten haben lediglich dafür zu sorgen, dass die bereits erworbenen Rechte und Anwartschaften gewahrt bleiben vergleiche Paragraph 5, AVRAG und nunmehr Artikel 3, Absatz 4, Litera b, RL 2011/23/EG; näher dazu Binder, AVRAG<sup>2</sup> Paragraph 5, Rz 1 ff; vergleiche zB Schrammel aaO 11; Reissner aaO Paragraph 31, ArbVG Rz 43). Dass das Sonderkündigungsrecht des Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG diesen europarechtlichen Vorgaben nicht entsprechen würde, wird von der Klägerin im Verfahren auch nicht behauptet.

1.6 Ausgehend von der dargestellten historischen Entwicklung kann nach Ansicht des erkennenden Senats kein Zweifel darüber bestehen, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des Sonderkündigungsrechts gemäß § 31 Abs 7 ArbVG für Betriebsvereinbarungen - insbesondere auch solche gemäß § 97 Abs 1 Z 18a ArbVG - mit der Novelle BGBl 1993/460 die Absicht verfolgte, (Teil-)Betriebsübergänge zu erleichtern, indem er die - mit der RL 77/187/EWG übereinstimmende - Möglichkeit eröffnete, dass der Erwerber mit solchen Betriebsvereinbarungen nicht belastet wird. Die diesbezügliche Privilegierung von Betriebsübergängen ist auch daraus ersichtlich, dass mit § 31 Abs 7 ArbVG gerade auch für „Altarbeitnehmer“ die Möglichkeit der (Teil-)Kündigung einer Betriebsvereinbarung gemäß § 97 Abs 1 Z 18a ArbVG eröffnet wurde, die sonst nach der - nur wenige Jahre zuvor eingeführten - Bestimmung des § 97 Abs 4 ArbVG gerade verhindert werden sollte.

1.6 Ausgehend von der dargestellten historischen Entwicklung kann nach Ansicht des erkennenden Senats kein Zweifel darüber bestehen, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des Sonderkündigungsrechts gemäß Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG für Betriebsvereinbarungen - insbesondere auch solche gemäß Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer 18 a, ArbVG - mit der Novelle BGBl 1993/460 die Absicht verfolgte, (Teil-)Betriebsübergänge zu erleichtern, indem er die - mit der RL 77/187/EWG übereinstimmende - Möglichkeit eröffnete, dass der Erwerber mit solchen Betriebsvereinbarungen nicht belastet wird. Die diesbezügliche Privilegierung von Betriebsübergängen ist auch daraus ersichtlich, dass mit Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG gerade auch für „Altarbeitnehmer“ die Möglichkeit der (Teil-)Kündigung einer Betriebsvereinbarung gemäß Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer 18 a, ArbVG eröffnet wurde, die sonst nach der - nur wenige Jahre zuvor eingeführten - Bestimmung des Paragraph 97, Absatz 4, ArbVG gerade verhindert werden sollte.

1.6.1 Für die Annahme, dass die Inanspruchnahme des Sonderkündigungsrechts gemäß § 31 Abs 7 ArbVG zur Folge hätte, dass eine danach gekündigte Betriebspensions-Betriebsvereinbarung ohne jegliche Nachwirkung iSd § 32 Abs 3 ArbVG ende, fehlt es allerdings an einer gesetzlichen Grundlage. Der Gesetzgeber selbst ist, wie sich aus den dargestellten Materialien ergibt, vom Vorhandensein einer Nachwirkung ausgegangen. Er hat gemeinsam mit der Einführung des Sonderkündigungsrechts gemäß § 31 Abs 7 ArbVG mit BGBl 1993/460 durch die Schaffung des § 32 Abs 3 Satz 3 ArbVG - der ua ausdrücklich auf § 31 Abs 7 ArbVG verweist - für den Betriebsübergangsfall aus unionsrechtlichen Gründen (vgl Art 3 Abs 3 und Abs 2 RL 77/187/EWG) sogar eine stärkere Form der Nachwirkung normiert (Reissner in ZellKomm<sup>2</sup> § 32 Rz 15).

1.6.1 Für die Annahme, dass die Inanspruchnahme des Sonderkündigungsrechts gemäß Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG zur Folge hätte, dass eine danach gekündigte Betriebspensions-Betriebsvereinbarung ohne jegliche Nachwirkung iSd Paragraph 32, Absatz 3, ArbVG ende, fehlt es allerdings an einer gesetzlichen Grundlage. Der Gesetzgeber selbst ist, wie sich aus den dargestellten Materialien ergibt, vom Vorhandensein einer Nachwirkung ausgegangen. Er hat gemeinsam mit der Einführung des Sonderkündigungsrechts gemäß Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG mit BGBl 1993/460 durch die Schaffung des Paragraph 32, Absatz 3, Satz 3 ArbVG - der ua ausdrücklich auf Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG verweist - für den

Betriebsübergangsfall aus unionsrechtlichen Gründen vergleiche Artikel 3, Absatz 3 und Absatz 2, RL 77/187/EWG) sogar eine stärkere Form der Nachwirkung normiert (Reissner in ZellKomm<sup>2</sup> Paragraph 32, Rz 15).

1.6.2 Die Annahme einer Nachwirkung mit dem in § 32 Abs 3 Satz 3 ArbVG zu Gunsten der Arbeitnehmer normierten einjährigen Verbot, verschlechternde Einzelvereinbarungen abzuschließen, steht allerdings mit dem in den Materialien zu § 31 Abs 7 ArbVG klar zum Ausdruck kommenden Zweck dieser Bestimmung und den damit verbundenen Intentionen des Gesetzgebers in Widerspruch. Insbesondere verweisen die Materialien ausdrücklich auf die „normale“ Nachwirkung gemäß § 32 Abs 3 Satz 2 ArbVG und erkennen - worauf Schima (aaO) zutreffend hingewiesen hat-, dass die auf einer gekündigten Betriebsvereinbarung beruhende Pensionszusage keine einzelvertragliche Pensionszusage ist (oder durch die Kündigung wird), sondern nur wie eine solche zu behandeln ist. 1.6.2 Die Annahme einer Nachwirkung mit dem in Paragraph 32, Absatz 3, Satz 3 ArbVG zu Gunsten der Arbeitnehmer normierten einjährigen Verbot, verschlechternde Einzelvereinbarungen abzuschließen, steht allerdings mit dem in den Materialien zu Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG klar zum Ausdruck kommenden Zweck dieser Bestimmung und den damit verbundenen Intentionen des Gesetzgebers in Widerspruch. Insbesondere verweisen die Materialien ausdrücklich auf die „normale“ Nachwirkung gemäß Paragraph 32, Absatz 3, Satz 2 ArbVG und erkennen - worauf Schima (aaO) zutreffend hingewiesen hat-, dass die auf einer gekündigten Betriebsvereinbarung beruhende Pensionszusage keine einzelvertragliche Pensionszusage ist (oder durch die Kündigung wird), sondern nur wie eine solche zu behandeln ist.

1.6.3 Es ist zu beachten, dass der Gesetzgeber das Sonderkündigungsrecht des § 31 Abs 7 ArbVG gemeinsam mit der Schaffung des AVRAG beschlossen hat. Nach § 5 Abs 1 Satz 2 AVRAG kann der Erwerber - wenn wie im vorliegenden Fall keine Gesamtrechtsnachfolge vorliegt - die Übernahme einer auf einzelvertraglicher Zusage beruhenden betrieblichen Pensionszusage ablehnen. Im Fall der Ablehnung steht dem Arbeitnehmer das Widerspruchsrecht gemäß § 3 Abs 4 AVRAG offen. In jedem Fall des Wegfalls einer betrieblichen Pensionszusage infolge eines Betriebsübergangs - daher auch bei Wegfall einer Betriebsvereinbarung als Grundlage einer solchen Zusage - gilt die Abfindungsregelung des § 5 Abs 2 AVRAG (1077 BlgNR XVIII. GP 13). 1.6.3 Es ist zu beachten, dass der Gesetzgeber das Sonderkündigungsrecht des Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG gemeinsam mit der Schaffung des AVRAG beschlossen hat. Nach Paragraph 5, Absatz eins, Satz 2 AVRAG kann der Erwerber - wenn wie im vorliegenden Fall keine Gesamtrechtsnachfolge vorliegt - die Übernahme einer auf einzelvertraglicher Zusage beruhenden betrieblichen Pensionszusage ablehnen. Im Fall der Ablehnung steht dem Arbeitnehmer das Widerspruchsrecht gemäß Paragraph 3, Absatz 4, AVRAG offen. In jedem Fall des Wegfalls einer betrieblichen Pensionszusage infolge eines Betriebsübergangs - daher auch bei Wegfall einer Betriebsvereinbarung als Grundlage einer solchen Zusage - gilt die Abfindungsregelung des Paragraph 5, Absatz 2, AVRAG (1077 BlgNR römisch achtzehn. Gesetzgebungsperiode 13, ).

1.6.4 Der Gesetzgeber hat mit der Schaffung des Sonderkündigungsrechts gemäß § 31 Abs 7 ArbVG für den dort geregelten Fall der aufnehmenden Übernahme eines Betriebs oder Betriebsteils somit den Zweck verfolgt, dem Erwerber die Möglichkeit zu geben, Pensionszusagen des Veräußerers nicht übernehmen zu müssen, wofür das durch § 5 AVRAG geregelte Instrumentarium zur Anwendung gelangen sollte, das insbesondere auch dann, wenn eine Betriebspensionszusage auf kollektivrechtlicher Grundlage beruht, die Sicherung der bisher erworbenen Anwartschaften des Arbeitnehmers gemäß § 5 Abs 2 AVRAG vorsieht. Die auch vom Gesetzgeber in den Materialien genannte (gewöhnliche) Nachwirkung der gekündigten Betriebspensions-Betriebsvereinbarung ermöglicht dem Arbeitnehmer im Fall der Ablehnung der Übernahme durch den Erwerber die Ausübung des Widerspruchsrechts gemäß § 3 Abs 4 AVRAG. Die vom Gesetzgeber beabsichtigte Regelung ist jedoch vom Wortlaut des § 5 Abs 1 AVRAG nicht umfasst, der nur auf Einzelvereinbarung beruhende betriebliche Pensionszusagen nennt. Im Hinblick auf die dargestellte klare gesetzgeberische Absicht ist jedoch von einer planwidrigen Unvollständigkeit der Regelung des § 5 Abs 1 AVRAG auszugehen, sodass deren Anwendung auf den hier vorliegenden Fall im Weg der Analogie geboten und zulässig erscheint. Im Anwendungsbereich des § 31 Abs 7 ArbVG ist der Erwerber daher berechtigt, durch rechtzeitigen Vorbehalt iSd § 5 Abs 1 Satz 2 AVRAG auch eine solche betriebliche Pensionszusage abzulehnen. Die Möglichkeit der Geltendmachung der Ansprüche gemäß § 5 Abs 2 AVRAG durch die betroffenen Arbeitnehmer auch in diesem Fall steht im Einklang mit der (nunmehr) nach Art 3 Z 4 lit b RL 2001/23/EG gebotenen Sicherung der bis zum Übergang erworbenen Anwartschaften. 1.6.4 Der Gesetzgeber hat mit der Schaffung des Sonderkündigungsrechts gemäß Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG für den dort geregelten Fall der aufnehmenden Übernahme eines Betriebs oder Betriebsteils somit den Zweck verfolgt, dem Erwerber die Möglichkeit zu geben, Pensionszusagen des Veräußerers nicht übernehmen zu müssen, wofür das durch Paragraph 5, AVRAG geregelte Instrumentarium zur Anwendung

gelangen sollte, das insbesondere auch dann, wenn eine Betriebspensionszusage auf kollektivrechtlicher Grundlage beruht, die Sicherung der bisher erworbenen Anwartschaften des Arbeitnehmers gemäß Paragraph 5, Absatz 2, AVRAG vorsieht. Die auch vom Gesetzgeber in den Materialien genannte (gewöhnliche) Nachwirkung der gekündigten Betriebspensions-Betriebsvereinbarung ermöglicht dem Arbeitnehmer im Fall der Ablehnung der Übernahme durch den Erwerber die Ausübung des Widerspruchsrechts gemäß Paragraph 3, Absatz 4, AVRAG. Die vom Gesetzgeber beabsichtigte Regelung ist jedoch vom Wortlaut des Paragraph 5, Absatz eins, AVRAG nicht umfasst, der nur auf Einzelvereinbarung beruhende betriebliche Pensionszusagen nennt. Im Hinblick auf die dargestellte klare gesetzgeberische Absicht ist jedoch von einer planwidrigen Unvollständigkeit der Regelung des Paragraph 5, Absatz eins, AVRAG auszugehen, sodass deren Anwendung auf den hier vorliegenden Fall im Weg der Analogie geboten und zulässig erscheint. Im Anwendungsbereich des Paragraph 31, Absatz 7, ArbVG ist der Erwerber daher berechtigt, durch rechtzeitigen Vorbehalt iSd Paragraph 5, Absatz eins, Satz 2 AVRAG auch eine solche betriebliche Pensionszusage abzulehnen. Die Möglichkeit der Geltendmachung der Ansprüche gemäß Paragraph 5, Absatz 2, AVRAG durch die betroffenen Arbeitnehmer auch in diesem Fall steht im Einklang mit der (nunmehr) nach Artikel 3, Ziffer 4, Litera b, RL 2001/23/EG gebotenen Sicherung der bis zum Übergang erworbenen Anwartschaften.

1.7 Bereits aus diesen Gründen erweist sich die Abweisung des ersten Hauptbegehrens und des ersten Eventualbegehrens zum ersten Hauptbegehren durch die Vorinstanzen als zutreffend, sodass der Revision der Klägerin in diesem Umfang nicht Folge zu geben ist. Einer Auseinandersetzung mit den Ausführungen der Revisionswerberin zur Frage der Anwendbarkeit des Zusatzkollektivvertrags zum KV der Zweitbeklagten und zur Wirksamkeit der Zusatz-BV bedarf es daher nicht.

## 2. Zum zweiten Eventualbegehren zum ersten Hauptbegehren:

Ihrer vorbeugenden Wirkung können Feststellungsklage und Feststellungsurteil nur dann gerecht werden, wenn ein aktueller Anlass zu einer solchen vorbeugenden Klärung gegeben ist (RIS-Justiz RS0039071), der zur Hintanhaltung einer nicht bloß vermeintlichen, sondern tatsächlichen und ernstlichen Gefährdung der Rechtsposition des Klägers eine alsbaldige gerichtliche Entscheidung notwendig macht (RIS-Justiz RS0039215). Die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts, dass es dem zweiten Eventualbegehren zum ersten Hauptbegehren vor diesem Hintergrund gegenüber der Erstbeklagten am erforderlichen Feststellungsinteresse fehlt (RIS-Justiz RS0039177), ist im Ergebnis zutreffend. Die Klägerin hat einen Anspruch auf den Unverfallbarkeitsbetrag vor Einleitung dieses Verfahrens niemals gegenüber der Erstbeklagten geltend gemacht. Soweit sich die Klägerin zur Darlegung ihres Feststellungsinteresses in der Revision auf ein Schreiben der Zweitbeklagten vom 17. 4. 2012 beruft, in dem ausgeführt werde, dass sie keine Ansprüche mehr aus der BV K 01 erheben könne, legt die Klägerin nicht dar, inwieweit diese Ausführungen der Zweitbeklagten der Erstbeklagten zugerechnet werden können. Mit der Behauptung, dass sich aus dem Dienstzettel der Erstbeklagten vom 20. 4. 2012 (Beil ./S) ergebe, dass die Erstbeklagte „die Übernahme jeglicher betrieblicher Pensionszusagen“ abgelehnt habe, legt sie nicht dar, dass die Erstbeklagte den Anspruch der Klägerin gemäß § 5 Abs 2 AVRAG in Frage stellt, der erst mit dem Wegfall der betrieblichen Pensionszusage bei Betriebsübergang - gerade auch infolge der Ablehnung durch den Erwerber - entstehen kann. Darauf, dass (auch) die Zweitbeklagte diesen Anspruch der Klägerin - der sich gemäß § 5 Abs 2 AVRAG grundsätzlich auch gegen den Veräußerer richtet - im Zuge des Verfahrens erster Instanz von Anfang an nicht in Frage gestellt hat, weist die Revisionswerberin selbst hin. Der Revision der Klägerin kommt aus diesen Gründen daher auch im Umfang des zweiten Eventualbegehrens zum ersten Hauptbegehren keine Berechtigung zu. Ihrer vorbeugenden Wirkung können Feststellungsklage und Feststellungsurteil nur dann gerecht werden, wenn ein aktueller Anlass zu einer solchen vorbeugenden Klärung gegeben ist (RIS-Justiz RS0039071), der zur Hintanhaltung einer nicht bloß vermeintlichen, sondern tatsächlichen und ernstlichen Gefährdung der Rechtsposition des Klägers eine alsbaldige gerichtliche Entscheidung notwendig macht (RIS-Justiz RS0039215). Die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts, dass es dem zweiten Eventualbegehren zum ersten Hauptbegehren vor diesem Hintergrund gegenüber der Erstbeklagten am erforderlichen Feststellungsinteresse fehlt (RIS-Justiz RS0039177), ist im Ergebnis zutreffend. Die Klägerin hat einen Anspruch auf den Unverfallbarkeitsbetrag vor Einleitung dieses Verfahrens niemals gegenüber der Erstbeklagten geltend gemacht. Soweit sich die Klägerin zur Darlegung ihres Feststellungsinteresses in der Revision auf ein Schreiben der Zweitbeklagten vom 17. 4. 2012 beruft, in dem ausgeführt werde, dass sie keine Ansprüche mehr aus der BV K 01 erheben könne, legt die Klägerin nicht dar, inwieweit diese Ausführungen der Zweitbeklagten der Erstbeklagten zugerechnet werden können. Mit der Behauptung, dass sich aus dem Dienstzettel der Erstbeklagten vom 20. 4. 2012 (Beil ./S) ergebe, dass die Erstbeklagte „die Übernahme jeglicher

betrieblicher Pensionszusagen“ abgelehnt habe, legt sie nicht dar, dass die Erstbeklagte den Anspruch der Klägerin gemäß Paragraph 5, Absatz 2, AVRAG in Frage stellt, der erst mit dem Wegfall der betrieblichen Pensionszusage bei Betriebsübergang - gerade auch infolge der Ablehnung durch den Erwerber - entstehen kann. Darauf, dass (auch) die Zweitbeklagte diesen Anspruch der Klägerin - der sich gemäß Paragraph 5, Absatz 2, AVRAG grundsätzlich auch gegen den Veräußerer richtet - im Zuge des Verfahrens erster Instanz von Anfang an nicht in Frage gestellt hat, weist die Revisionswerberin selbst hin. Der Revision der Klägerin kommt aus diesen Gründen daher auch im Umfang des zweiten Eventualbegehrens zum ersten Hauptbegehren keine Berechtigung zu.

### 3. Zur „Freiflugregelung“, BV K 08:

3.1 Zwischen den Parteien ist im Revisionsverfahren nicht strittig, dass es sich bei der BV K 08 um eine sogenannte „freie Betriebsvereinbarung“ handelt. Die Regelungen einer solchen entfalten zwar keine kollektivrechtlichen Wirkungen, sie können jedoch als Vertragsschablone ausdrücklich oder durch dauernde Anwendung konkludent zum Inhalt der Einzelarbeitsverträge werden (Reissner in ZellKomm<sup>2</sup> § 29 ArbVG Rz 21; RIS-Justiz RS0018115). Dass die Regelungen der BV K 08 während der Dauer des Dienstverhältnisses der Klägerin zur Zweitbeklagten regelmäßig angewandt und derart zum Inhalt ihres Arbeitsvertrags wurden, ergibt sich aus den Feststellungen und wird von den Parteien nicht in Frage gestellt. Regelungen einer „freien Betriebsvereinbarung“ werden, sofern sie zum Inhalt der Einzelarbeitsverträge geworden sind, bereits nach § 3 Abs 1 AVRAG übergeleitet (Binder, AVRAG<sup>2</sup> § 4 Rz 42). 3.1 Zwischen den Parteien ist im Revisionsverfahren nicht strittig, dass es sich bei der BV K 08 um eine sogenannte „freie Betriebsvereinbarung“ handelt. Die Regelungen einer solchen entfalten zwar keine kollektivrechtlichen Wirkungen, sie können jedoch als Vertragsschablone ausdrücklich oder durch dauernde Anwendung konkludent zum Inhalt der Einzelarbeitsverträge werden (Reissner in ZellKomm<sup>2</sup> Paragraph 29, ArbVG Rz 21; RIS-Justiz RS0018115). Dass die Regelungen der BV K 08 während der Dauer des Dienstverhältnisses der Klägerin zur Zweitbeklagten regelmäßig angewandt und derart zum Inhalt ihres Arbeitsvertrags wurden, ergibt sich aus den Feststellungen und wird von den Parteien nicht in Frage gestellt. Regelungen einer „freien Betriebsvereinbarung“ werden, sofern sie zum Inhalt der Einzelarbeitsverträge geworden sind, bereits nach Paragraph 3, Absatz eins, AVRAG übergeleitet (Binder, AVRAG<sup>2</sup> Paragraph 4, Rz 42).

3.2 Nach der BV K 08 gewährte die Zweitbeklagte ihren Arbeitnehmern Freiflüge und Flugermäßigungen entsprechend dem in der BV K 08 festgesetzten Ausmaß. Es ist nun entgegen der Rechtsansicht der Vorinstanzen nicht ersichtlich, aus welchen Gründen es der Erstbeklagten nicht möglich sein sollte, der Klägerin diese Leistungen ebenfalls zukommen zu lassen. Nach der BV K 08 ist es nicht erforderlich, dass die Erstbeklagte die dort den Arbeitnehmern gewährten Leistungen selbst erbringen können muss, die Klägerin konnte auch Flüge mit anderen Fluglinien in Anspruch nehmen. Aus der Feststellung, dass es der Erstbeklagten „nicht möglich“ ist, wechselseitige Verträge mit Fluglinien abzuschließen, weil sie selbst kein Luftfahrtunternehmen ist, ergibt sich daher noch nicht die von der Erstbeklagten behauptete faktische Unmöglichkeit, gegenüber der Klägerin die aus der BV K 08 resultierenden Leistungen zu erbringen, zumal die Erstbeklagte diesbezüglich nach den Feststellungen auch noch gar keine Verhandlungen aufgenommen hat. Dass der Erstbeklagten durch den Zukauf entsprechender Leistungen bei Fluglinien allenfalls Mehrkosten entstehen, die bei einem Luftfahrtunternehmen nicht oder geringer anfielen, bedeutet nicht, dass ihr dieser Zukauf „nicht möglich“ wäre. Dafür genügt nicht schon, dass die Leistung auf einer Seite schwieriger oder kostenintensiver geworden wäre. Einer weiteren Vertiefung des Themas der Unmöglichkeit bedarf es nicht, weil das bloße Abstellen auf den Umstand, dass die Erstbeklagte kein Luftfahrtunternehmen sei, weder eine ursprüngliche Unmöglichkeit noch ein nachträgliches Unmöglichwerden schlüssig darlegt. Eine der faktischen Unmöglichkeit allenfalls gleichzuhaltende Unerschwinglichkeit der Leistung (RIS-Justiz RS0034063) hat die Erstbeklagte zutreffend nicht behauptet.

3.3 Auch der Einwand der Erstbeklagten, dass die aus der BV K 08 resultierenden Leistungen weder objektiv bestimmt noch bestimmbar seien, überzeugt nicht. Soweit die Zweitbeklagte nach den Feststellungen nach der BV K 08 zur Beförderung von Mitarbeitern nur bei Vorhandensein von freien Plätzen verpflichtet war, ist auch die Erstbeklagte nur dazu verpflichtet, der Klägerin einen verfügbaren Flug unter den Konditionen der BV K 08 zu verschaffen, sodass es sich um eine hinreichend bestimmbare Leistung handelt. Der Behauptung der Erstbeklagten in der Revisionsbeantwortung, dass die Zusagen aus der BV K 08 unter der „Bedingung“ gemacht worden wären, dass es sich beim Arbeitgeber um ein Luftfahrtunternehmen handelt, findet in den Sachverhaltsgrundlagen keine Deckung. Soweit sich die Zweitbeklagte in diesem Zusammenhang erkennbar auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage beruft, ist ihr

entgegenzuhalten, dass ihr die Rechtsfolgen des mit dem Kauf des Teilbetriebs verbundenen Betriebsübergangs keineswegs unvorhersehbar waren (vgl Bollenberger in KBB4 § 901 Rz 10).3.3 Auch der Einwand der Erstbeklagten, dass die aus der BV K 08 resultierenden Leistungen weder objektiv bestimmt noch bestimmbar seien, überzeugt nicht. Soweit die Zweitbeklagte nach den Feststellungen nach der BV K 08 zur Beförderung von Mitarbeitern nur bei Vorhandensein von freien Plätzen verpflichtet war, ist auch die Erstbeklagte nur dazu verpflichtet, der Klägerin einen verfügbaren Flug unter den Konditionen der BV K 08 zu verschaffen, sodass es sich um eine hinreichend bestimmbare Leistung handelt. Der Behauptung der Erstbeklagten in der Revisionsbeantwortung, dass die Zusagen aus der BV K 08 unter der „Bedingung“ gemacht worden wären, dass es sich beim Arbeitgeber um ein Luftfahrtunternehmen handelt, findet in den Sachverhaltsgrundlagen keine Deckung. Soweit sich die Zweitbeklagte in diesem Zusammenhang erkennbar auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage beruft, ist ihr entgegenzuhalten, dass ihr die Rechtsfolgen des mit dem Kauf des Teilbetriebs verbundenen Betriebsübergangs keineswegs unvorhersehbar waren vergleiche Bollenberger in KBB4 Paragraph 901, Rz 10).

3.4 Die aus der BV K 08 entstandenen geldwerten Vorteile (9 ObA 2019/96v; RIS-Justiz RS0021616) fanden daher Eingang in den Arbeitsvertrag der Klägerin, sodass die daraus entstandenen Verpflichtungen gemäß § 3 Abs 1 ArbVG auf die Erstbeklagte übergegangen sind. Der Revision der Klägerin ist daher in Bezug auf das zweite Hauptbegehren Folge zu geben und dem Klagebegehren in diesem Umfang stattzugeben.3.4 Die aus der BV K 08 entstandenen geldwerten Vorteile (9 ObA 2019/96v; RIS-Justiz RS0021616) fanden daher Eingang in den Arbeitsvertrag der Klägerin, sodass die daraus entstandenen Verpflichtungen gemäß Paragraph 3, Absatz eins, ArbVG auf die Erstbeklagte übergegangen sind. Der Revision der Klägerin ist daher in Bezug auf das zweite Hauptbegehren Folge zu geben und dem Klagebegehren in diesem Umfang stattzugeben.

#### 4. Zur Zurückweisung der Revisionsbeantwortung der Zweitbeklagten:

Das Urteil des Berufungsgerichts bezieht sich ausschließlich auf die Erstbeklagte (und die Klägerin). Da das im Verfahren aufgrund der Revision der Klägerin zu behandelnde Klagebegehren und die Entscheidung darüber daher nur mehr das gegen die Erstbeklagte erhobene Klagebegehren betrifft, steht auch nur dieser als Revisionsgegnerin (§§ 507, 507a ZPO) unter den hier gegebenen sonstigen Voraussetzungen das Recht zur Erstattung einer Revisionsbeantwortung zu. Die Zweitbeklagte ist im Revisionsverfahren nicht Revisionsgegnerin. Die von der Zweitbeklagten erstattete Revisionsbeantwortung ist daher zurückzuweisen. Dessen ungeachtet blieb und bleibt die Zweitbeklagte infolge des die Rechtskraft der Klagezurückweisung gegen die Zweitbeklagte hinausschiebenden Rekurses der Klägerin bis zur Rechtskraft der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs über diesen Rekurs Partei des Verfahrens, sodass allein deshalb ein - von der Zweitbeklagten ohnedies nur bedingt erklärter - Beitritt als Nebenintervenient im vorliegenden Fall nicht in Frage kommt (vgl nur Fasching, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 396; Fucik in Rechberger, ZPO § 17 Rz 2 mwN ua).Das Urteil des Berufungsgerichts bezieht sich ausschließlich auf die Erstbeklagte (und die Klägerin). Da das im Verfahren aufgrund der Revision der Klägerin zu behandelnde Klagebegehren und die Entscheidung darüber daher nur mehr das gegen die Erstbeklagte erhobene Klagebegehren betrifft, steht auch nur dieser als Revisionsgegnerin (Paragraphen 507, 507 a, ZPO) unter den hier gegebenen sonstigen Voraussetzungen das Recht zur Erstattung einer Revisionsbeantwortung zu. Die Zweitbeklagte ist im Revisionsverfahren nicht Revisionsgegnerin. Die von der Zweitbeklagten erstattete Revisionsbeantwortung ist daher zurückzuweisen. Dessen ungeachtet blieb und bleibt die Zweitbeklagte infolge des die Rechtskraft der Klagezurückweisung gegen die Zweitbeklagte hinausschiebenden Rekurses der Klägerin bis zur Rechtskraft der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs über diesen Rekurs Partei des Verfahrens, sodass allein deshalb ein - von der Zweitbeklagten ohnedies nur bedingt erklärter - Beitritt als Nebenintervenient im vorliegenden Fall nicht in Frage kommt vergleiche nur Fasching, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 396; Fucik in Rechberger, ZPO Paragraph 17, Rz 2 mwN ua).

#### 5. Infolge der abändernden Entscheidung ist die Kostenentscheidung für alle drei Instanzen neu zu treffen:

Die Streitwerte der beiden zum ersten Hauptbegehren erhobenen Eventualbegehren sind nicht zusammenzurechnen, weil diese nur für den Fall der Abweisung des Hauptbegehrens erhoben wurden. Die Klägerin unterlag daher mit ihrem ersten Hauptbegehren, das sie mit 3.000 EUR bewertete, während sie mit dem zweiten, ebenfalls mit 3.000 EUR bewerteten Hauptbegehren erfolgreich war, sodass gemäß § 43 Abs 1 ZPO (für das Rechtsmittelverfahren iVm § 50 ZPO) Kostenaufhebung eintritt. Die Erstbeklagte, die in allen drei Instanzen keine Barauslagen verzeichnet hat, hat daher der Klägerin die Hälfte der von dieser verzeichneten Barauslagen iSd § 43 Abs 1 ZPO zu ersetzen. Der Klägerin gebührt allerdings nicht der zur Pauschalgebühr in allen drei Instanzen jeweils zusätzlich verzeichnete

Streitgenossenzuschlag. Beim gemäß § 23a RATG für im elektronischen Rechtsverkehr eingebrachte Schriftsätze gebührenden Honorarzuschlag handelt es sich nicht um Barauslagenersatz (Obermaier aaO Rz 646). Die Streitwerte der beiden zum ersten Hauptbegehren erhobenen Eventualbegehren sind nicht zusammenzurechnen, weil diese nur für den Fall der Abweisung des Hauptbegehrens erhoben wurden. Die Klägerin unterlag daher mit ihrem ersten Hauptbegehren, das sie mit 3.000 EUR bewertete, während sie mit dem zweiten, ebenfalls mit 3.000 EUR bewerteten Hauptbegehren erfolgreich war, sodass gemäß Paragraph 43, Absatz eins, ZPO (für das Rechtsmittelverfahren in Verbindung mit Paragraph 50, ZPO) Kostenaufhebung eintritt. Die Erstbeklagte, die in allen drei Instanzen keine Barauslagen verzeichnet hat, hat daher der Klägerin die Hälfte der von dieser verzeichneten Barauslagen iSd Paragraph 43, Absatz eins, ZPO zu ersetzen. Der Klägerin gebührt allerdings nicht der zur Pauschalgebühr in allen drei Instanzen jeweils zusätzlich verzeichnete Streitgenossenzuschlag. Beim gemäß Paragraph 23 a, RATG für im elektronischen Rechtsverkehr eingebrachte Schriftsätze gebührenden Honorarzuschlag handelt es sich nicht um Barauslagenersatz (Obermaier aaO Rz 646).

**Schlagworte**

Arbeitsrecht

**Textnummer**

E110544

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2015:009OBA00080.14A.0225.000

**Im RIS seit**

29.04.2015

**Zuletzt aktualisiert am**

02.03.2017

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)