

setzungen und Rechtswirkungen der Auflösung der betrieblichen Pensionskasse sowie die Voraussetzungen für die Arbeitgeberkündigung des Pensionskassenvertrages.

### III. Errichtung einer überbetrieblichen Pensionskasse

- 12 Für die Errichtung überbetrieblicher Pensionskassen enthält das BPG keine besonderen arbeitsrechtlichen Voraussetzungen. Es gelten daher nach § 6 Abs 2 PKG nur die allgemeinen Bestimmungen des AktG und die besonderen Regelungen des PKG.
- 13 Auch überbetriebliche Pensionskassen müssen für einen Kreis von mindestens tausend Anwartschafts- und Leistungsberechtigte bestimmt sein. Anders als bei betrieblichen Pensionskassen lässt sich dieses Erfordernis ex ante kaum beurteilen, sodass hier für die Konzessionserteilung nur die satzungsmäßige Ausrichtung der Kasse auf zumindest tausend Berechtigte maßgeblich ist. Ob die überbetriebliche Pensionskasse tatsächlich für einen entsprechend großen Kreis von Berechtigten tätig ist, kann praktisch nur ex post beurteilt werden. § 10 Abs 1 Z 2 PKG sieht deshalb vor, dass die Konzession zurückzunehmen ist, wenn die Pensionskasse nicht binnen zwei Jahren nach Konzessionserteilung für mindestens tausend Berechtigte tätig ist. Diese Bestimmung gilt zwar auch für betriebliche Pensionskassen, praktische Bedeutung hat sie aber in erster Linie für überbetriebliche Kassen. Innerhalb der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten kann nach § 12 Abs 2 PKG wiederum eine gesonderte Veranlagungs- und Risikogemeinschaft gebildet werden, wenn diese für mindestens tausend Berechtigte geführt wird.
- 14 Das Grundkapital einer überbetrieblichen Pensionskasse muss nach § 7 Abs 4 PKG mindestens € 5 Mio betragen. Am Grundkapital können auch unternehmensfremde Personen beteiligt sein.

### IV. Pensionskassenbeitritt

#### A. Arbeitsrechtliche Beitragsgrundlage

- 15 Die Durchführung einer Pensionskassenzusage setzt den Beitritt des Arbeitgebers zu einer betrieblichen oder überbetrieblichen Pensionskasse voraus; also den Abschluss eines Pensionskassenvertrages zwischen dem Arbeitgeber und einer Pensionskasse zugunsten der berechtigten Arbeitnehmer (§ 15 PKG). Auf diese Weise wird die Rechtsbeziehung zur Pensionskasse hergestellt. Der Pensionskassenbeitritt ist nach § 3 Abs 1 BPG (ebenso wie die Errichtung betrieblicher Kassen) an eine arbeitsrechtliche Grundlage in Form einer Betriebsvereinbarung gebunden, welche den für die Errichtung betrieblicher Kassen erforderlichen Mindestinhalt aufweisen muss.
- 16 Der Kollektivvertrag kann nach Abs 1a leg cit nur ausnahmsweise in zwei Fällen als Grundlage für einen wirksamen Pensionskassenbeitritt dienen: einmal dann, wenn der Kollektivvertrag zum 1. 1. 1997 (Inkrafttretenszeitpunkt des Abs 1a leg cit) selbst eine Pensionszusage enthalten hat; diese Direktzusage kann dann auch durch den Kollektivvertrag auf eine Pensionskasse übertragen werden, wohingegen die Übertragung durch Betriebsvereinbarung unverhältnismäßig hohen Aufwand (Günstigkeitsvergleich, Zustimmung der Betroffenen) verursachen würde.<sup>8</sup> Zum andern kommt der Kollektivvertrag als Beitragsgrundlage in Betrieben in Betracht, in denen mangels Geltung des Betriebsverfassungsrechts des ArbVG die Errichtung eines Betriebsrates nicht möglich ist.
- 17 Subsidiär zu Betriebsvereinbarung und Kollektivvertrag ist schließlich nach Abs 2 leg cit ausnahmsweise auch ein Beitritt auf einzelvertraglicher Grundlage zulässig: zugunsten von Ar-

<sup>8</sup> Vgl auch ErläutRV 387 BlgNR 20. GP.

beitnehmern, die von keinem Betriebsrat vertreten werden (zB leitende Angestellte oder Arbeitnehmer in betriebsratslosen oder betriebsratsunfähigen Betrieben) und für die auch kein Kollektivvertrag nach Abs 1 a leg cit in Geltung steht, ist ein Beitritt möglich, wenn zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Vereinbarung getroffen wurde, die nach einem vorab festgelegten Vertragsmuster zu gestalten ist. Das Vertragsmuster muss den gleichen Mindestinhalt aufweisen wie eine Beitritts-Betriebsvereinbarung. Das Gesetz enthält keine Vorgabe dazu, wer das Vertragsmuster zu gestalten hat; in der Praxis wird dies in der Regel der Arbeitgeber sein. Auch eine (allenfalls auch schlüssige) einzelvertragliche Verweisung auf eine im Betrieb bereits vorhandene Betriebsvereinbarung kommt als Beitrittsgrundlage im Sinne des § 3 Abs 2 BPG in Betracht.<sup>9</sup> Besonders erwähnt ist in § 3 Abs 2 BPG, dass das Vertragsmuster unter Berücksichtigung des in § 18 BPG festgehaltenen Gleichbehandlungsgebotes zu gestalten ist. Danach muss das Vertragsmuster den Arbeitnehmern oder Arbeitnehmergruppen eine ausgewogene, willkürliche und sachfremde Differenzierungen ausschließende Beteiligung am Pensionskassensystem ermöglichen. Da die Gleichbehandlungspflicht des § 18 BPG allerdings nach § 19 BPG unabdingbar ist, wäre sie bei der Vertragsmustergestaltung auch ohne gesonderte Erwähnung in § 3 Abs 2 leg cit zu beachten. Auch Betriebsvereinbarung und Kollektivvertrag gemäß Abs 1 leg cit sind ohne ausdrückliche Erwähnung der Gleichbehandlungsgebote in Abs 2 leg cit daran gebunden. Die gesonderte Erwähnung des Gleichbehandlungsgebotes gerade beim Vertragsmuster liegt wohl daran, dass das Vertragsmuster wegen der einseitigen Gestaltung durch den Arbeitgeber „anfälliger“ für Ungleichbehandlungen ist als die kollektiven Gestaltungsquellen, die im Verhandlungsweg mit der Vertretung der Arbeitnehmer zustande kommen. Daher erinnert der Gesetzgeber beim Vertragsmuster gesondert an die Gleichbehandlungspflicht. Entspricht das Vertragsmuster einer im Betrieb bestehenden Betriebsvereinbarung, so erstreckt sich die Richtigkeitsgewähr der Betriebsvereinbarung wohl auch auf das Vertragsmuster. Fraglich ist, ob die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu treffende Einzelvereinbarung vom Vertragsmuster abweichen darf. Das ist zu verneinen. Zum einen spricht bereits der Gesetzeswortlaut dagegen, der eine Vertragsgestaltung „nach einem Vertragsmuster“ verlangt. Zum anderen wäre das gesetzliche Erfordernis eines Vertragsmusters wenig sinnvoll, wenn die Individualvereinbarung mit dem einzelnen Arbeitnehmer davon ohnedies wieder abweichen könnte. Und schließlich spricht gegen individuelle Abweichungen auch der Gesetzeszweck: die vom Gesetz geforderte Verwendung eines Vertragsmusters soll offenbar (ebenso wie die Betriebsvereinbarung) die Gleichbehandlung der auf diese Weise in die Pensionskassenzusage einbezogenen Arbeitnehmer sicherstellen, was ebenfalls gegen individuelle Abweichungen spricht.

Insgesamt besteht somit für die arbeitsrechtliche Beitrittsgrundlage eine strenge Hierarchie der zulässigen Rechtsformen, wobei die praktisch bedeutsamste Rechtsform die Betriebsvereinbarung ist. In weiterer Folge ist daher der Einfachheit halber meist nur noch von der Betriebsvereinbarung als arbeitsrechtliche Grundlage die Rede und gelten die diesbezüglichen Ausführungen sinngemäß auch für Vertragsmuster und Kollektivvertrag; sofern Unterschiede bestehen, wird darauf hingewiesen. Der im Gesetz vorgesehene strenge Rechtsformzwang für die arbeitsrechtliche Beitrittsgrundlage verfolgt mehrere Zwecke: zum einen stellen die zulässigen Rechtsformen die Gleichbehandlung sowie die möglichst umfassende Einbeziehung in die Pensionskassenvorsorge sicher. Zum anderen entfaltet die Betriebsvereinbarung Richtigkeitsgewähr für den Inhalt der Beitrittsgrundlage,<sup>10</sup> weil sie im Verhandlungsweg mit dem Betriebsrat zustande kommt; auf diese Weise wird das typischerweise zwischen Arbeitgeber

<sup>9</sup> OGH 27. 9. 2017, 9 ObA 96/17h; OGH 28. 8. 2016, 9 ObA 100/16w; OGH 22. 10. 2007, 9 ObA 115/07p.

<sup>10</sup> Vgl auch VfGH 6. 12. 1994, B 204/94.

und Arbeitnehmer bestehende Verhandlungsungleichgewicht auch beim Pensionskassenbeitritt kompensiert.

- 19** Die Rechtsformvorgaben in § 3 BPG sind Wirksamkeitserfordernis für den Pensionskassenbeitritt.<sup>11</sup> Wird ohne Vorliegen einer dem § 3 BPG entsprechenden arbeitsrechtlichen Grundlagenvereinbarung ein Pensionskassenvertrag geschlossen, so ist dieser gemäß §§ 3 Abs 1 BPG, 15 Abs 4 PKG von Nichtigkeit bedroht; die Nichtigkeit tritt bei Nichtentsprechung des behördlichen Verbesserungsauftrages ein.<sup>12</sup> Die Entscheidungen des OGH 9 ObA 7/07f und 8 ObA 25/07w sind nicht als Abgehen vom Rechtsformzwang zu verstehen: diese Entscheidungen sagen nur, dass das konkrete Klagebegehren unabhängig von der Wirksamkeit des einzelvertraglichen Pensionskassenbeitritts abzuweisen und die Wirksamkeit des einzelvertraglichen Beitritts daher gar nicht zu beurteilen ist.
- 20** Im Gesamtgefüge der dem ArbVG bekannten Betriebsvereinbarungsarten ist jene nach § 3 BPG (trotz ihrer Erwähnung auch in § 97 Abs 2 Z 18a ArbVG) somit eine notwendige (nicht erzwingbare) Betriebsvereinbarung: ohne sie ist ein wirksamer Pensionskassenbeitritt nicht möglich. Abweichungen von der Betriebsvereinbarung durch Einzelvertrag sind auch nicht unter Berufung auf das Günstigkeitsprinzip des § 31 Abs 3 ArbVG möglich: es fehlt der Einzelvereinbarung bereits die Regelungsmacht zur Gestaltung der Beitragsgrundlage, sodass sich die Frage der Günstigkeit gar nicht stellt. Ferner spricht gegen die Zulässigkeit jeglicher (und damit auch günstigerer) einzelvertraglicher Abweichungen der mit dem Betriebsvereinbarungszwang verfolgte Gleichbehandlungszweck.
- 21** Auf den ersten Blick fraglich erscheint das Verhältnis des strengen Rechtsformzwanges des § 3 BPG zur Regelung des § 2 leg cit. Nach § 2 Z 1 leg cit können Pensionskassenzusagen auf Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung, Einzelvertrag oder einseitiger Erklärung beruhen, ohne dass das Gesetz hier eine Vorrangstellung der Betriebsvereinbarung erwähnt. Bei näherer Betrachtung besteht aber kein Widerspruch zu § 3 leg cit und auch kein Spezialitätsverhältnis, bei dem § 3 leg cit vorgeinge. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die beiden Bestimmungen ganz unterschiedliche Fragen regeln:<sup>13</sup> § 2 regelt (nur) die Frage, welche Rechtssatzform den Arbeitgeber zur *Erteilung* einer Pensionskassenzusage verpflichten kann und sieht dabei keine Einschränkung auf bestimmte Rechtsgrundlagen vor: ebenso wie sich der Arbeitgeber einzelvertraglich oder durch Betriebsvereinbarung zur Einführung eines Pensionskassenmodells verpflichten kann, kann auch ein Kollektivvertrag die Einführung einer Pensionskassenvorsorge dem Grunde nach verpflichtend vorschreiben. Hingegen regelt § 3 BPG (nur) die Frage, auf welche Weise einer solchen Verpflichtung zur Einführung eines Pensionskassenmodells entsprochen und ein Pensionskassenbeitritt verwirklicht werden kann. Aus § 3 leg cit folgt daher, dass zum Beispiel eine kollektivvertragliche Verpflichtung zur Pensionskassenvorsorge nur durch Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung als Beitragsgrundlage erfüllt werden kann. Wird hingegen bereits die Pensionszusage des Arbeitgebers in Form einer Betriebsvereinbarung erteilt, so kann darin zugleich auch der Pensionskassenbeitritt im Sinne des § 3 leg cit geregelt werden und fallen Pensionszusage und (zur Umsetzung erforderliche) Beitragsgrundlage zusammen. Im Ergebnis ändert daher auch § 2 leg cit nichts daran, dass (auf welcher Rechtsgrundlage auch immer beruhende) Pensionskassenzusagen nur im Wege einer dem § 3 leg cit entsprechenden Grundlagenvereinbarung realisierbar sind.

11 Vgl auch treffend VwGH 1. 10. 2008, 2005/04/0204.

12 Vgl zum aufsichtsbehördlichen Verbesserungsverfahren dazu PKG § 15 Rz 10 ff.

13 Zum Folgenden eingehend und überzeugend *Reiner*, Die normative Regelungsmacht des Kollektivvertrags für Betriebspensionen und die Dogmatik von Leistungszusage und Beitragsgrundlage im BPG, in *Reiner* (Hrsg), Betriebspensionen in Kollektivverträgen – Rechtsdogmatik und Sozialpolitik (in Druck).

Der Rechtsformzwang des § 3 BPG gilt schließlich mangels Sonderregelung auch dann, wenn Direktzusagen nach § 48 PKG auf eine Pensionskasse übertragen werden.<sup>14</sup> Hinsichtlich der zu übertragenden Zusagen liegt ein Pensionskassenbeitritt im Sinne des § 3 PKG vor, sodass auch die Übertragung bestehender Zusagen grundsätzlich nur durch Betriebsvereinbarung möglich ist. Werden Ansprüche ehemaliger (und daher betriebsrätlich nicht vertretener) Arbeitnehmer übertragen, so ist mit diesen nach § 3 Abs 3 BPG eine Vereinbarung unter Zu-grundelegung des Vertragsmusters abzuschließen.

### B. Rechtswirkung der Beitrittsgrundlage

Die Betriebsvereinbarung, die nach § 3 BPG Grundlage und Wirksamkeitsvoraussetzung für den Pensionskassenbeitritt ist, entfaltet rechtsverbindliche Wirkung nur innerhalb ihres Gel-tungsbereiches. Die Betriebsvereinbarung begründet keine Verpflichtung der Pensionskasse, die in der Betriebsvereinbarung vorgesehenen Leistungen zu gewähren; die Verpflichtung der Pensionskasse ergibt sich erst aus dem zwischen Arbeitgeber und Pensionskasse abgeschlosse-nen Pensionskassenvertrag. Die Betriebsvereinbarung kann also keine unmittelbaren Leis-tungsansprüche der Arbeitnehmer oder Zahlungspflichten des Arbeitgebers begründen. Die zu errichtende oder bereits errichtete Pensionskasse ist nach dem Gesetz nicht verpflichtet, Beiträge eines Arbeitgebers allein deshalb entgegenzunehmen, weil dies in einer Betriebsver-einbarung vorgesehen ist und von einem Arbeitnehmer verlangt wird; dafür bedarf es einer besonderen Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Pensionskasse. Die Pensionskasse ist auch nicht verpflichtet, allein auf Grund der Betriebsvereinbarung einen Pensionskassenver-trag abzuschließen. Die Betriebsvereinbarung kann daher den Arbeitgeber daher zunächst lediglich dazu verhalten, der Pensionskasse einen Vertrag anzubieten, der den Bedingungen der Betriebsvereinbarung entspricht. Primärer Inhalt der Betriebsvereinbarung ist also die Pflicht des Arbeitgebers, sich um den Abschluss eines entsprechenden Pensionskassenvertra-ges zu bemühen.

Hat die Pensionskasse mit dem Arbeitgeber kontrahiert, dann ist der Arbeitgeber den Arbeit-nehmern gegenüber auf Grund der Betriebsvereinbarung grundsätzlich auch zur Aufrechter-haltung des Pensionskassenvertrages verpflichtet. Die Auflösung dieses Vertrages darf nur unter den in der Betriebsvereinbarung geregelten Bedingungen erfolgen. Bei aufrechtem Pen-sionskassenvertrag ist der Arbeitgeber auf Grund der Betriebsvereinbarung der Belegschaft gegenüber weiters verpflichtet, die vorgesehenen Beiträge an die Pensionskasse abzuführen. Die Arbeitnehmer können auf Grund der Betriebsvereinbarung den Arbeitgeber auf Erfüllung seiner Beitragspflicht in Anspruch nehmen.

Insgesamt bezieht sich der normative Inhalt der Betriebsvereinbarung daher darauf, die zur Umsetzung der dort vorgesehenen Pensionszusage notwendige Rechtsbeziehung zur Pen-sionskasse herzustellen und aufrechtzuerhalten.

### C. Inhalt und Wirkung des Pensionskassenvertrages

Der Pensionskassenvertrag ist zwischen der Pensionskasse und dem beitretenden Arbeitgeber abzuschließen und bewirkt den Pensionskassenbeitritt.<sup>15</sup> Im Pensionskassenvertrag sind ent-sprechend der Betriebsvereinbarung die Ansprüche der Leistungsberechtigten, die Mitwir-kung an der Verwaltung der Pensionskasse und die Modalitäten der Kündigung des Vertrages beziehungsweise der Auflösung der (betrieblichen) Kasse zu regeln.

14 Vgl zur Auslagerung von Direktzusagen die Kommentierung bei § 48 PKG.

15 Vgl zum Pensionskassenvertrag sowie zum Verhältnis zur Grundlagenvereinbarung auch eingehend die Kommentierung bei § 15 PKG.

- 27** Der Pensionskassenvertrag ist ein echter Vertrag zu Gunsten Dritter, und zwar zu Gunsten der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten.<sup>16</sup> Diese können unmittelbar Auszahlungsansprüche gegen die Pensionskasse durchsetzen, sobald ein Leistungstatbestand verwirklicht ist. Ansprüche der Arbeitnehmer gegen die Pensionskasse können sich (ebenso wie die unmittelbare Beitragszahlungspflicht des Arbeitgebers gegenüber der Kasse) ausschließlich auf den Pensionskassenvertrag gründen. Die aus dem Pensionskassenvertrag entspringenden Rechte der Arbeitnehmer können inhaltlich der Betriebsvereinbarung entnommen werden; die Betriebsvereinbarung „publiziert“ gleichsam den Pensionskassenvertrag für die aus diesem Vertrag begünstigten Dritten. Zeitlich ist der Abschluss des Pensionskassenvertrages der Betriebsvereinbarung nachgelagert.<sup>17</sup> Der Pensionskassenvertrag kann auch erst lange danach abgeschlossen werden, wenn und weil die Betriebsvereinbarung dann noch aufrecht ist.<sup>18</sup>
- 28** Der notwendige Inhalt des Pensionskassenvertrages ergibt sich aus § 15 PKG. Da der Pensionskassenvertrag die Ansprüche der Arbeitnehmer „entsprechend“ der Betriebsvereinbarung zu regeln hat, müssen die Regelungen der Betriebsvereinbarung – wie etwa die Höhe der Beitragszahlungen des Arbeitgebers und die Höhe der Leistungen der Kasse – in den Pensionskassenvertrag übernommen werden. Dies darf aber nicht als Automatik verstanden werden. Der Pensionskassenvertrag muss (bei sonstiger Nichtigkeit) nach § 15 PKG jedenfalls auch den besonderen Bestimmungen des PKG entsprechen. Betriebsvereinbarung und Pensionskassenvertrag stehen daher in einer untrennbaren Wechselbeziehung; der Pensionskassenvertrag hat in dieser Wechselbeziehung allerdings das stärkere Gewicht. Da sich Ansprüche der Arbeitnehmer gegen die Pensionskasse nur aus dem Pensionskassenvertrag ableiten lassen, muss die Betriebsvereinbarung so gestaltet werden, dass sie den gesetzlichen Vorschriften des PKG entspricht. Ein dem PKG widersprechender Inhalt der Betriebsvereinbarung kann niemals in den Pensionskassenvertrag transformiert werden. Die Regelungsbefugnis der Betriebsvereinbarung ist daher weitgehend eingeschränkt. Die Betriebsvereinbarung hat die primäre Aufgabe, den Berechtigten Auskunft darüber zu geben, was im Pensionskassenvertrag, der ja nur zwischen Arbeitgeber und Pensionskasse abgeschlossen wird, vereinbart werden wird.

#### **D. Abänderung und Beendigung der Beitragsgrundlage**

- 29** Die Möglichkeiten zu Abänderung und Beendigung der Grundlagenvereinbarung hängen von ihrer Rechtsform ab. Liegt der Regelfall einer Betriebsvereinbarung vor, so muss weiter zwischen aktiven und ausgeschiedenen Berechtigten unterschieden werden, weil ausgeschiedene Arbeitnehmer der Regelungsmacht der Betriebspartner entzogen sind. Die Betriebsvereinbarung ist nur mit Wirkung für die aktiven Arbeitnehmer gestaltbar, wobei die Betriebspartner die Zusage nach allgemeinen Regeln einvernehmlich beenden oder abändern können. Inhaltlich sind freilich bei Verschlechterungen wegen der Grundrechtsbindung der Betriebsvereinbarung die je nach Dienstzeit unterschiedlichen Vertrauenspositionen der Anwartschaftsberechtigten zu berücksichtigen und bei den ruhestandsnahen Arbeitnehmern daher nur noch geringere Eingriffe zulässig. Zu beachten ist weiters, dass hinsichtlich der Aktivbelegschaft auch begünstigende Änderungen nur im Wege einer Änderung der Betriebsvereinbarung möglich sind, weil die zwingenden Rechtsformvorgaben des § 3 BPG unabhängig von Günst-

16 Grundlegend OGH 24. 10. 2012, 8 ObA 64/11m; vgl auch OGH 27. 11. 2014, 9 ObA 132/14y; VfGH 6. 12. 2007, B 2009/06.

17 Vgl auch VwGH 1. 10. 2008, 2005/04/0204, wonach bei Ausschreibung eines Pensionskassenmodells zwar die Zuschlagsentscheidung vor Abschluss der Grundlagenvereinbarung möglich ist, nicht aber die Zuschlagserteilung und damit der Abschluss des Pensionskassenvertrages.

18 Vgl OGH 22. 10. 2007, 9 ObA 115/07p.

igkeitserwägungen gelten. Für die Auflösung der Betriebsvereinbarung gelten die allgemeinen Regeln, lediglich die Kündigung ist nach § 97 Abs 4 ArbVG nur partiell möglich; und zwar nur mit Wirkung für neu eintretende Arbeitnehmer. Für bereits erfasste Arbeitnehmer ist die Betriebsvereinbarung hingegen unkündbar; anderes gilt nur im Fall einer Betriebsaufnahme nach § 31 Abs 7 ArbVG.<sup>19</sup> Keine Sonderregeln bestehen für andere Beendigungsfälle wie insbesondere die einvernehmliche Auflösung der Betriebsvereinbarung; diesfalls erfasst die Beendigungswirkung daher auch die bereits anwartschaftsberechtigten Arbeitnehmer, sodass die Beitragszahlungspflicht des Arbeitgebers endet und keine weiteren Anwartschaften mehr erworben werden. Auf die bisher erworbenen Anwartschaften sind die Unverfallbarkeitsregeln des BPG anzuwenden, was aus Analogie zur entsprechenden Regel des § 3 Abs 1c BPG bei Wegfall der kollektivvertraglichen Grundlagenvereinbarung folgt, sowie aus den Wertungen des § 6 Abs 3 BPG.<sup>20</sup>

Anders ist die Lage bei den bereits ausgeschiedenen Arbeitnehmern wie insbesondere Betriebspensionisten, weil diese nicht mehr der Regelungsbefugnis der Betriebspartner unterliegen. Nach ständiger Rechtsprechung wandelt sich mit Ausscheiden aus dem Betrieb die bisher auf Betriebsvereinbarung beruhende Grundlagenvereinbarung in einen einzelvertraglichen Anspruch, welcher dann durch Betriebsvereinbarung nicht mehr abänderbar ist.<sup>21</sup> Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Änderung der Betriebsvereinbarung zu Gunsten oder zu Lasten der ausgeschiedenen Arbeitnehmer ginge, weil es den Betriebspartnern schon an der Regelungsbefugnis als solcher fehlt.<sup>22</sup> Auch Änderungen des Pensionskassenvertrages sind daher hinsichtlich ausgeschiedener Arbeitnehmer ohne deren Zustimmung nur insoweit möglich, als sie keine Änderung der Grundlagenvereinbarung erfordern. Insgesamt gelten für ausgeschiedene Arbeitnehmer daher die gleichen Regeln wie auch sonst bei einzelvertraglicher Grundlagenvereinbarung.

Beruht die Grundlagenvereinbarung ausnahmsweise (§ 3 Abs 2 BPG; sowie bei ausgeschiedenen Berechtigten) auf Einzelvertrag, so ist sie nach allgemeinen Regeln einvernehmlich mit dem Berechtigten jederzeit abänderbar oder auflösbar. Bei einvernehmlicher Auflösung werden aber (zumindest im Zweifel) wohl ebenfalls die Unverfallbarkeitsregeln des BPG eingreifen.

Liegt ausnahmsweise (§ 3 Abs 1a BPG) eine kollektivvertragliche Grundlagenvereinbarung vor, so gilt für die Abänderbarkeit zunächst allgemeines Kollektivvertragsrecht: anders als bei der Betriebsvereinbarung ist nach § 2 Abs 2 Z 3 ArbVG die kollektivvertragliche Zusage auch mit Wirkung für bereits ausgeschiedene Arbeitnehmer gestaltbar, Verschlechterungen sind wegen der Grundrechtsbindung des Kollektivvertrages aber (ebenso wie bei der Betriebsvereinbarung) nur eingeschränkt unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Vertrauenschutzes möglich. Auch die Beendigungsmöglichkeiten richten sich zunächst nach den allgemeinen Regeln zur Auflösung von Kollektivverträgen, Sonderregeln bestehen jedoch hinsichtlich der Beendigungswirkung. Im Ergebnis bleibt danach die Zusage hinsichtlich bereits erfasster Arbeitnehmer trotz dem Erlöschen des Kollektivvertrages weitestgehend aufrecht, im Einzelnen gelten folgende Regelungen: bei Aufkündigung des Kollektivvertrages wird die Grundlagenvereinbarung kraft Sonderregel in § 3 Abs 1b BPG Einzelvertragsinhalt

19 Vgl dazu unten bei Rz 100.

20 Vgl auch noch näher § 5 Rz 21 sowie auch § 7 Rz 21ff.

21 Grundlegend OGH 14. 12. 1988, 9 ObA 512/88; ferner zB OGH 21. 12. 2000, 8 ObA 170/00h; OGH 30. 8. 2001, 8 ObA 78/01f.

22 Deutlich kommt dies in der Entscheidung des OGH 25. 1. 1995, 9 ObA 10, 11/95 zum Ausdruck, welche die unterschiedliche Rechtslage bei Betriebspension und Sozialplan hinsichtlich begünstigender Änderungen für ausgeschiedene Arbeitnehmer ausdrücklich hervorhebt.

und kann daher nur noch im Einvernehmen mit dem Arbeitnehmer geändert oder beendet werden. Endet die kollektivvertragliche Grundlagenvereinbarung anders als durch Kündigung, insbesondere also durch einvernehmliche Auflösung, so bleibt es bei der allgemeinen dispositiven Nachwirkung gemäß § 13 ArbVG; die Grundlagenvereinbarung bleibt dann für bereits erfasste Arbeitnehmer ebenfalls aufrecht, sie ist durch eine spätere Regelung aber unabhängig von Günstigkeitserwägungen ablösbar. Endet die Nachwirkung und kommt es somit auch hinsichtlich bereits erfasster Arbeitnehmer zum Wegfall der Grundlagenvereinbarung und zum Ende der Beitragszahlungspflicht des Arbeitgebers, so sichert § 3 Abs 1c BPG die bis dahin erworbenen Anwartschaften und gibt den Berechtigten die Verfügungsrechte nach § 5 Abs 3 BPG.

- 33** Kommt es zu einer Änderung der Grundlagenvereinbarung, so stellt sich in einem nächsten Schritt stets die Frage nach der Auswirkung auf den Pensionskassenvertrag. Obwohl dieser nach dem gesetzlichen Konzept durch die Grundlagenvereinbarung bedingt ist und mit dieser inhaltlich übereinstimmen muss, teilt er nicht zwingend das rechtliche Schicksal der Grundlagenvereinbarung; insbesondere bewirken Änderungen der Grundlagenvereinbarung noch keine automatische Änderung des Pensionskassenvertrages.<sup>23</sup> Denn eine Änderung der Grundlagenvereinbarung (zum Beispiel Änderung des Beitrags- oder Leistungsrechts) kann (ebenso wie ihr erstmaliger Abschluss) niemals die Pensionskasse verpflichten, sondern nur den Arbeitgeber: dieser muss mit der Pensionskasse in Verhandlungen über eine entsprechende Anpassung des Pensionskassenvertrages treten. Gelingt dies nicht, so kann die geänderte Grundlagenvereinbarung nicht umgesetzt werden und bleibt insoweit wirkungslos. Auch eine Aufhebung der Grundlagenvereinbarung (zum Beispiel durch Kündigung oder einvernehmliche Auflösung) schlägt nicht automatisch auf den Pensionskassenvertrag durch und bringt diesen nicht zum Erlöschen: da der Wegfall der Grundlagenvereinbarung bis dahin bereits erworbene Anwartschaften und Ansprüche nicht vernichtet, sind weiterhin Berechtigte vorhanden, die Ansprüche gegen die Pensionskasse auf Grundlage des Pensionskassenvertrages haben. Hinsichtlich dieser Berechtigten wirkt auch die Grundlagenvereinbarung (abhängig von ihrer Rechtsform und der Beendigungsart) partiell fort und bildet insofern weiter auch die Grundlage für den Pensionskassenvertrag.

## E. Auslegung und Durchsetzung der Beitragsgrundlage

- 34** Die Auslegung der Grundlagenvereinbarung richtet sich an sich nach der jeweiligen Rechts-satzform; im Ergebnis bewirkt dies aber kaum einen Unterschied und ist die Grundlagenvereinbarung stets objektiv unter Beschränkung auf den Wortlaut auszulegen.<sup>24</sup> Für Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung folgt dies daraus, dass diese kollektiven Rechtsgestaltungsmittel nach hM den Regeln über die Gesetzesauslegung unterliegen. Eine vom Wortlaut abweichen-de Parteienabsicht ist daher unbeachtlich. Beruht die Grundlagenvereinbarung ausnahmsweise auf Einzelvertrag, so kommen zwar an sich die Regeln über die Vertragsauslegung zur Anwendung. Da die Abrede aber auf einem einheitlichen Vertragsmuster beruhen muss, welches der Gleichbehandlung dient und individuelle Abweichungen ausschließt, führt wegen dieser Art des Vertragsschlusses auch die Vertragsauslegung (ähnlich wie bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen) zu einer gleichförmigen, objektiven Auslegung: ein redlicher Erklä-rungsempfänger kann und darf hier keine individuellen Abweichungen erwarten. Der Unter-schied zur Gesetzesauslegung besteht dann letztlich nur darin, dass auf das Vertragsmuster die Anwendung der Unklarheitenregel des § 915 HS 2 ABGB in Betracht kommt (zum Beispiel bei unklarer Regelung einer allfälligen Nachschusspflicht des Arbeitgebers).

23 Vgl dazu eingehend PKG § 15 Rz 15.

24 Gleichermaßen gilt für die Auslegung des Pensionskassenvertrages, vgl. bei PKG § 15 Rz 8.

Streitigkeiten aus der Grundlagenvereinbarung sind Arbeitsrechtssachen und fallen in die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte.<sup>25</sup> Daher bestehen auch die kollektiven Klagerechte nach § 54 ASGG. Daneben können nach allgemeinen Regeln sowohl die Vertragsparteien als auch die aus der Abrede Begünstigten auf Erfüllung klagen. Auf Grundlage der Betriebsvereinbarung hat daher nicht bloß der Betriebsrat als Vertragspartner Erfüllungsansprüche gegen den Arbeitgeber auf Umsetzung der Beitrittsgrundlage, sondern auch die berechtigten Arbeitnehmer (insbesondere hinsichtlich Abschluss und in weiterer Folge Erfüllung eines entsprechenden Pensionskassenvertrages).<sup>26</sup> Daneben kann auf Grundlage des § 15 Abs 4 PKG auch die Finanzmarktaufsicht die ordnungsgemäße Umsetzung der Grundlagenvereinbarung durchsetzen, weil sie im Aufsichtsweg die inhaltliche Übereinstimmung des Pensionskassenvertrages mit der Grundlagenvereinbarung zu überprüfen und gegebenenfalls Verbesserungsaufträge zu erteilen hat.<sup>27</sup>

## V. Inhalt der arbeitsrechtlichen Grundlagenvereinbarung

### A. Mitwirkung an der Verwaltung der Pensionskasse

Zum Mindestinhalt der Betriebsvereinbarung gehört die Regelung der Mitwirkung der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten an der Verwaltung der Pensionskasse. § 3 Abs 1 Z 1 BPG erweckt den Eindruck, dass die Partner der Betriebsvereinbarung eine autonome Regelung dieser Materie treffen können. Die Autonomie ist allerdings durch das PKG weitgehend beseitigt. Die Mitwirkung der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten im Aufsichtsrat der Pensionskasse ergibt sich aus § 27 PKG.<sup>28</sup> In überbetrieblichen Pensionskassen besteht der Aufsichtsrat aus 6 – 12 Vertretern des Grundkapitals und aus einer gegenüber diesen um zwei verminderter Zahl von Vertretern der Anwartschaftsberechtigten. Die Anzahl der Mitglieder des Aufsichtsrates ist in der Satzung der Pensionskasse festzulegen, wobei die Satzung auch eine höhere Beteiligung der Berechtigten vorsehen kann. Da sich die Mitwirkungsrechte der Berechtigten im Aufsichtsrat somit aus der Satzung ergeben, kann die Betriebsvereinbarung über den Beitritt zu einer überbetrieblichen Pensionskasse praktisch nur die entsprechenden Satzungsbestimmungen wiederholen; eine eigenständige Gestaltung ist nicht möglich. Welchen Sinn der bloße Hinweis auf die vorhandene Aufsichtsratszusammensetzung haben soll, ist freilich nicht ersichtlich.

In betrieblichen Pensionskassen ist die Gestaltungsmöglichkeit der Betriebsvereinbarung zwar größer, die Mitwirkungsrechte der Berechtigten sind aber auch hier in einem erheblichen Umfang zwingend im PKG festgelegt. Danach stellen im Aufsichtsrat einer betrieblichen Pensionskasse die Berechtigten um einen Vertreter weniger als die Anteilseigner, wobei die Betriebsvereinbarung von diesem Modell abweichen kann. Eine solche Gestaltungskraft kommt allerdings bloß der Errichtungs-Betriebsvereinbarung zu; hingegen kann eine Betriebsvereinbarung über den Beitritt zu einer schon vorhandenen betrieblichen Kasse die in der Satzung festgelegte Aufsichtsratszusammensetzung ebenso wenig verändern wie die Beitrittsvereinbarung zu einer überbetrieblichen Kasse.

### B. Leistungsrecht

Die Betriebsvereinbarung hat vor allem das Leistungsrecht der zugesagten Pensionskassenvorsorge zu regeln. Dazu gehören einerseits die versicherten Risiken und die Voraussetzungen für

25 Zu Streitigkeiten aus dem Pensionskassenvertrag vgl PKG § 15 Rz 16ff.

26 Vgl auch OLG Wien 25. 10. 2006, 10 Ra 96/06w.

27 Dazu eingehend bei PKG § 15 Rz 12ff.

28 Vgl dazu eingehend die Kommentierung bei § 27 PKG.

den Leistungsanspruch; sowie andererseits die Verpflichtungen des Arbeitgebers, insbesondere dessen Beitragszahlungspflicht.

- 39** Die Betriebsvereinbarung hat primär festzulegen, welche Leistungen in welchen Versorgungsfällen welchen Personen zustehen. Die Betriebsvereinbarung hat dementsprechend die einzelnen Versorgungsfälle, die einzelnen Leistungen und den Kreis der begünstigten Arbeitnehmer festzulegen. Innerhalb der gleich unten dargelegten Schranken (insbesondere jene aus BPG und PKG) können die Betriebspartner den Leistungsumfang, die Versorgungshöhe sowie den Kreis der Berechtigten selbst festlegen.
- 40** Hinsichtlich des Versorgungsumfangs ist zunächst zu beachten, dass die Zusage nach § 2 Z 1 BPG jedenfalls eine Alters- und Hinterbliebenenversorgung enthalten muss; hingegen können die Betriebspartner frei entscheiden, ob daneben auch eine Invaliditätsversorgung gewährt wird. Alterspensionen nach § 1 Abs 2 PKG sind lebenslang, Invaliditätspensionen auf die Dauer der Invalidität und Hinterbliebenenpensionen entsprechend dem Pensionskassenvertrag zu leisten (zum Beispiel bis zur Wiederverheiratung der Witwe oder der Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes).<sup>29</sup>
- 41** Ferner ist zu beachten, dass nach § 18 BPG den Arbeitnehmern des Betriebes eine ausgewogene, willkürliche und sachfremde Differenzierungen ausschließende Beteiligung am Pensionskassensystem ermöglicht werden muss. Dies bedeutet freilich nicht, dass zwingend alle Arbeitnehmer in das Pensionskassensystem einbezogen werden müssen;<sup>30</sup> wenn allerdings verschiedenen Arbeitnehmergruppen unterschiedliche Leistungen gewährt werden, haben sie in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander zu stehen. Weitere Einschränkungen können sich aus den unionsrechtlichen Diskriminierungsverboten ergeben, die als Querschnittsmaterie auch die betriebliche Altersvorsorge erfassen; insbesondere ist das geschlechtliche Entgeldiskriminierungsverbot des Art 157 AEUV zu beachten. Danach muss bei der betrieblichen Alterspension das Pensionsalter für Männer und Frauen gleich sein;<sup>31</sup> und zwar auch dann, wenn das gesetzliche Regelpensionsalter unterschiedlich ist und die betriebliche Vorsorge daran anknüpfen möchte (sodass die Anknüpfung wegen des Diskriminierungsverbotes nicht möglich ist).<sup>32</sup> Hingegen sind in der betrieblichen Pensionsvorsorge (anders als im Vertragsversicherungsrecht) derzeit (noch) keine Unisex-Tarife erforderlich.<sup>33</sup>
- 42** Die Höhe der Leistung hängt in erster Linie davon ab, welche Beiträge der Arbeitgeber zu zahlen bereit ist.<sup>34</sup> Zu beachten ist allerdings, dass die Festlegung der Pensionskassenbeiträge und -leistungen nach den anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik im Geschäftsplan der Pensionskasse zu erfolgen hat (§ 15 Abs 2 PKG). Der Geschäftsplan muss die Art der angebotenen Leistungen umfassen, er muss Auskunft über die Rechnungsgrundlagen sowie über die Grundsätze und Formeln für die Berechnung der Pensionskassenbeiträge und Leistungen geben (§ 20 PKG). Daraus folgt, dass auch die Betriebsvereinbarung hinsichtlich des Leistungsrechtes den anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik sowie dem Geschäftsplan entsprechen muss; nur dann kann ihr Inhalt in den Pensionskassenvertrag transformiert werden.<sup>35</sup> Die diesbezügliche Gestaltungsfreiheit der Betriebspartner ist daher ebenfalls beschränkt.

29 Vgl zur Ausgestaltung der Versorgungszusagen näher bei §§ 1, 2 Rz 9 ff.

30 Vgl näher § 18 Rz 10.

31 Grundlegend EuGH 17. 5. 1990, *Barber*, C-262/88.

32 EuGH 14. 12. 1993, *Moroni*, C-110/91; OGH 23. 4. 2003, 9 ObA 256/02 s.

33 Dazu näher § 18 Rz 22.

34 Vgl dazu § 18 Rz 21.

35 Vgl näher § 20 PKG Rz 2 ff.

## C. Beitragsrecht

### 1. Allgemeines

Pensionskassenzusagen werden in § 2 Z 1 BPG als Verpflichtungen des Arbeitgebers verstanden, Beiträge an eine Pensionskasse zugunsten der Arbeitnehmer und seiner Hinterbliebenen zu zahlen. Arbeitgeberbeiträge gehören daher zu den essentialia einer Pensionskassenzusage im Sinne des BPG. Das BPG unterscheidet zwischen beitragsorientierten und leistungsorientierten Zusagen, ohne allerdings eine genaue Abgrenzung zwischen diesen beiden Typen von Leistungszusagen vorzunehmen. Die genaue Abgrenzung ist aber wesentlich, weil § 3 BPG für die Gestaltung der Arbeitgeberbeiträge von beitragsorientierten Zusagen relativ strenge Voraussetzungen statuiert; bei leistungsorientierten Zusagen fehlt hingegen eine nähere Determinierung, wie die Beiträge zu bestimmen sind.

Beitragsorientierte Zusagen sind dadurch gekennzeichnet, dass sich die Höhe der Pension nur aus der Verrentung des bis zum Pensionsantritt angesammelten Kapitals ergibt. Bei einer beitragsorientierten Zusage ist die Höhe der Betriebspension, die bei Eintritt des Leistungsfalles bezahlt wird, vorweg nicht abschließend bestimmt, auch wenn sich die vereinbarten Beiträge an einer bestimmten „Zielpension“ orientieren, die dem Arbeitnehmer im Leistungsfall zustehen soll. Das Veranlagungsrisiko wird vom Begünstigten getragen. Reicht der Veranlagungserfolg nicht aus, kommt es zu einer Kürzung der erwarteten Pension. Bei einer leistungsorientierten Zusage wird die Höhe der künftigen Leistung festgelegt; die Beiträge müssen daher während der Anwartschaftsphase so kalkuliert werden, dass die zugesagte Leistung aus den verrenteten Beiträgen finanziert werden kann. Ein günstiger Veranlagungserfolg vermindert daher die vom Arbeitgeber zu tragende Beitragslast, bleibt der Veranlagungserfolg hinter den Erwartungen, muss der Arbeitgeber Nachschüsse leisten; andernfalls wird die zugesagte Leistung gekürzt.<sup>36</sup>

Ob im Einzelfall eine beitragsorientierte oder eine leistungsorientierte Zusage vorliegt, ist zunächst durch Interpretation der arbeitsrechtlichen Grundlagenvereinbarung zu ermitteln.<sup>37</sup> Eine leistungsorientierte Zusage ist jedenfalls anzunehmen, wenn Nachschusszahlungen in der Leistungszusage ausdrücklich vorgesehen werden. Eine konkludent begründete Nachschusspflicht besteht dann, wenn eine bestimmte Leistung „garantiert“ wird. Haben die Parteien hingegen in der arbeitsrechtlichen Grundlagenvereinbarung vereinbart, dass sich die Pension aus der Verrentung der eingezahlten Beiträge errechnet, liegt eine beitragsorientierte Zusage vor. Zulässig sind aber auch Mischformen. Die Pensionskassenzusage kann zB zwischen einer leistungsbezogenen Anwartschaftsphase mit Nachschussverpflichtung und einer Leistungsphase ohne Nachschussverpflichtung unterscheiden. Erreicht die aus der Verrentung errechnete Leistung bei Eintritt des Leistungsfalles nicht den vorweg definierten Fixbetrag, hat der Arbeitgeber einen Einmalbetrag als Nachschuss zu leisten.<sup>38</sup> Denkbar ist aber auch, dass der Arbeitgeber nur für die Leistungsphase einen Nachschuss zusagt, wenn zB der Veranlagungserfolg unter dem Rechnungszinssatz liegt.<sup>39</sup>

Unstrittig ist, dass bei Zusagen mit festgelegter Pensionshöhe die Nachschusspflicht beschränkt werden kann. Das Gesetz unterscheidet ausdrücklich zwischen Zusagen mit unbeschränkter und beschränkter Nachschusspflicht.<sup>40</sup> Fraglich ist, ob die Nachschusspflicht bei einer als leistungsorientiert bezeichneten Zusage gänzlich ausgeschlossen werden kann. Da

36 Vgl § 5 PKG Rz 8ff.

37 Resch, Aktuelle Probleme im Betriebspensionsrecht – eine Judikaturanalyse, ÖJZ 2008/11.

38 Vgl OGH 5. 6. 2008, 9 ObA 154/07y.

39 Vgl zB OGH 26. 7. 2012, 8 ObA 67/11b.

40 Vgl § 5 PKG Rz 16.