



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Arbeitsrechtliche Aspekte einer Pensionskassenlösung“

über Pensionskassenbeiträge in Abhängigkeit von Prämienzahlungen und Gewinnbeteiligungssystemen in beitragsorientierten Pensionskassensystemen

Band 1 von 1

Verfasserin ODER Verfasser

Mag. Tatjana Schrefl

angestrebter akademischer Grad

Doktorin ODER Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2009

Studienkennzahl lt. Studien-
blatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Stu-
dienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer:

Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	7
1. RAHMENBEDINGUNGEN FÜR DIE GESTALTUNG EINES BEITRAGSRECHTES IN ABHÄNGIGKEIT VON PRÄMIENZAHLUNGEN UND GEWINNBETEILIGUNGSSYSTEME... 9	
1.1. ALLGEMEINES ZUM BPG	9
1.1.1. Hintergründe	9
1.1.2. Entstehung des BPG	10
1.1.3. Anliegen des Gesetzgebers.....	11
1.1.4. Rolle des BPG in einem PKS	14
1.1.4.1. Arbeitsrechtlicher Rahmen für PKS	14
1.1.4.2. Verknüpfung mit den pensionskassenrechtlichen Vorschriften (PKG)	17
1.1.4.3. Verknüpfung mit den steuerrechtlichen Vorschriften	20
1.1.4.4. Verknüpfung mit den sozialrechtlichen Vorschriften	20
1.1.5. Rechtsnatur der Bestimmungen.....	20
1.1.6. Zusammenfassung	23
1.2. DIE HÖHE DER VOM ARBEITGEBER ZU ENTRICHTENDEN BEITRÄGE (§ 3 (1) Z 2 2. UND 3. TEILSATZ)	24
1.2.1. Inhalt und Interpretationen	24
1.2.1.1. § 3 (1) Z 2 2. TS (Basisbeiträge)	25
1.2.1.1.1. „in fester Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen“	27
1.2.1.1.2. „betragsmäßig“	35
1.2.1.2. § 3 (1) Z 2 3. TS (variable Beiträge)	37
1.2.2. Erkenntnis des VwGH über die Festlegung der Beiträge.....	40
1.2.3. Rechtsfolgen einer Verletzung dieser Bestimmungen.....	43
1.2.3.1. Verbesserungsauftrag der FMA.....	43
1.2.3.2. Nichtigkeitsdrohung des § 15 (4) PKG	45
1.2.3.3. Schadenersatzansprüche der Berechtigten.....	50
1.2.3.4. Weitere Folgen für die PK.....	51
1.2.3.5. Weitere Folgen für die Arbeitgeber.....	51
1.2.4. Zusammenfassung	51
1.3. DIE VORAUSSETZUNGEN DES WIDERRUFS, AUSSETZENS ODER EINSCHRÄNKENS DER AG-BEITRÄGE (§ 6 (1) UND (6))	53
1.3.1. Inhalt und Interpretationen	53
1.3.1.1. Aussetzen und Einschränken von Beiträgen in Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen	55
1.3.1.2. Anwendungsbereich des § 6	57
1.3.1.3. Zur Widerruflichkeit außerhalb des Anwendungsbereiches von § 6	60
1.3.1.4. Einvernehmliche Veränderung der Grundlagenvereinbarung	61
1.3.2. Rechtsfolgen einer Verletzung dieser Bestimmungen.....	63
1.3.3. Zusammenfassung	64
1.4. DIE GLEICHBEHANDLUNG IM HINBLICK AUF BEITRAGSORIENTIERTE PENSIONS KASSENSYSTEME	65
1.4.1. Relevanter Europarechtlicher Rahmen	65
1.4.1.1. Bedeutendste Bestimmungen des EG-Vertrages	65

1.4.1.2.	Wichtigste Richtlinien.....	66
1.4.1.2.1.	Gleichbehandlungsrichtlinie (Neufassung).....	66
1.4.1.2.2.	Mutterschutzrichtlinie	71
1.4.1.2.3.	Rahmen-Gleichbehandlungsrichtlinie	72
1.4.1.2.4.	Antirassismusrichtlinie.....	75
1.4.1.2.5.	Überblick Diskriminierungsverbote auf Grund der genannten Richtlinien	76
1.4.1.3.	Gleiches Entgelt für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit (Art 141 EG-Vertrag – ex Art 119 EG-Vertrag)	77
1.4.1.3.1.	Zeitliche Geltung.....	77
1.4.1.3.2.	Adressat dieser Bestimmung.....	79
1.4.1.3.3.	Begriff des Entgelts	81
1.4.1.3.4.	„gleiche oder gleichwertige Arbeit“.....	82
1.4.1.3.5.	Mittelbare Diskriminierung.....	83
1.4.2.	Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz.....	85
1.4.3.	Relevante Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes (GlBG).....	87
1.4.4.	Relevante Bestimmungen des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes.....	90
1.4.5.	Das Gleichbehandlungsgebot gem § 18 (1) und (2) BPG.....	90
1.4.5.1.	Inhalt und Interpretationen	90
1.4.5.1.1.	Verpflichtung des Arbeitgebers zur Einhaltung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes.....	91
1.4.5.1.2.	Besonderes Gleichbehandlungsgebot für den Arbeitgeber bei Einschränkung oder Widerruf von Leistungen nach dem BPG	95
1.4.5.1.3.	Besonderes Gleichbehandlungsgebot bei der Beteiligung an einem PKS	95
1.4.5.1.4.	Anwendung des besonderen Gleichbehandlungsgebotes auf die Beitragsgestaltung	104
1.4.5.1.5.	Adressat der Bestimmungen.....	105
1.4.5.2.	Erkenntnis des VfGH über die Einbeziehung in ein PKS.....	108
1.4.6.	Rechtsfolgen einer Verletzung dieser Bestimmungen	110
1.4.7.	Zusammenfassung.....	113
1.5.	ABÄNDERUNG/BEENDIGUNG/BEFRISTUNG VON BO PKS.....	115
1.5.1.	Abänderung von Grundlagenvereinbarungen	115
1.5.2.	Beendigung von Grundlagenvereinbarungen.....	115
1.5.2.1.	Beendigung im Einvernehmen	115
1.5.2.2.	Einseitige Beendigung.....	115
1.5.3.	Befristung von Grundlagenvereinbarungen	116
1.5.4.	Zusammenfassung.....	119
1.6.	BEDINGUNGEN FÜR BEITRÄGE IN EINEM BO PKS	120
1.6.1.	Betriebspensionen als Entgeltbestandteil	120
1.6.2.	Der Rahmen des BPG für bedingte Beiträge	123
1.6.2.1.	Basis-Beiträge gem § 3 (1) Z2 2. TS.....	125
1.6.2.1.1.	Basis-Beiträge in Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen	125
1.6.2.1.2.	betragsmäßig festgelegte Basis-Beiträge	125
1.6.2.1.3.	variable Beiträge gem § 3 (1) Z2 3. TS.....	130
1.6.3.	Zusammenfassung.....	131
1.7.	AUSEINANDERSETZUNG MIT DER OFT VERLANGTEN PLANBARKEIT DER BEITRAGSLEISTUNG	133

1.8.	KURZE UND ÜBERSICHTLICHE ZUSAMMENFASSUNG DER BISHERIGEN ERGEBNISSE DIESER ARBEIT FÜR DIE NACHFOLGENDE ANALYSE.....	135
2.	ANALYSE: PENSIONS-KASSENBEITRÄGE IN ABHÄNGIGKEIT VON PRÄMIENZAH- LUNGEN ODER GEWINNBETEILIGUNGEN.....	139
2.1.	PRÄMIENZAH- LUNGEN UND GEWINNBETEILIGUNGSSYSTEME.....	139
2.2.	BETRAGSMÄßIG FESTGELEGTE BASIS-BEITRÄGE IN ABHÄNGIGKEIT VON PZ ODER GBS	141
2.3.	BASIS-BEITRÄGE IN FESTER RELATION ZU LAUFENDEN ENTGELTEN ODER ENTGELTBESTANDTEILEN IN ABHÄNGIGKEIT VON PZ ODER GBS	141
2.3.1.	Anforderungen an PZ auf Grund der individuellen Leistung des AN und Beurteilung durch den AG.....	143
2.3.2.	Ergänzende Anforderungen an PZ auf Grund der Leistung von AN-Gruppen und Beurteilung durch den AG.....	143
2.3.3.	Ergänzende Anforderungen an Gewinnbeteiligungssysteme	144
2.3.4.	PZ mit bzw ohne vorangehender (Ziel)Vereinbarung	144
2.3.5.	PZ mit oder ohne Rechtsanspruch dem Grunde bzw der Höhe nach auf künftige PZ	144
2.3.6.	Beurteilung, wenn derartige PK-Beiträge zusätzlich zu anderen PK-Beiträgen vereinbart werden?	145
2.4.	VARIABLE BEITRÄGE GEM § 3 (1) Z2 3. TS.....	145
2.4.1.	Anforderungen an PZ auf Grund der individuellen Leistung des AN und Beurteilung durch den AG.....	146
2.4.2.	Anforderungen an PZ auf Grund der Leistung von AN-Gruppen und Beurteilung durch den AG.....	147
2.4.3.	Ergänzende Anforderungen an GBS	147
2.4.4.	PZ mit oder ohne vorangehender (Ziel)Vereinbarung	148
2.4.5.	PZ mit oder ohne Rechtsanspruch dem Grunde bzw der Höhe nach auf künftige PZ	148
2.4.6.	Beurteilung, wenn derartige PK-Beiträge zusätzlich zu anderen PK-Beiträgen vereinbart werden?	148
2.5.	ARBEITSRECHTLICHE EINORDNUNG DER IM STEUERRECHT VORGESEHENEN UMWANDLUNG VON PZ („OHNE ARBEITSRECHTLICHEN ANSPRUCH GEWÄHRTE BEZÜGE“) IN PK-BEITRÄGE DES AG	149
2.6.	ZUSAMMENFASSUNG	153
3.	WECHSELWIRKUNGEN ZWISCHEN ENTGELTBESTANDTEILEN UND DEN DARAUS ABGELEITETEN PK-BEITRÄGEN.....	156
3.1.	FOLGEN BEI REDUKTION ODER AUSSETZEN DES LAUFENDEN ENTGELTES ODER ENTGELTBESTANDTEILE	156
3.2.	KÖNNEN AUS PZ ODER GBS ABGELEITETE PK-BEITRÄGE DIE DORT ZULÄSSIGE BEDINGTHEIT / VERBINDLICHKEIT VERÄNDERN?	156
3.3.	INWIEWEIT SCHLÄGT DAS BGG DES § 18 (2) BPG AUF DIE PZ ODER GBS DURCH?	157
4.	ERGEBNIS	158

ANHANG 1: ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	165
ANHANG 2: LITERATURVERZEICHNIS	166
ANHANG 3: DEUTSCHE ZUSAMMENFASSUNG	169
ANHANG 4: ENGLISCHE ZUSAMMENFASSUNG.....	171
ANHANG 5: LEBENSLAUF	173

Einleitung

Ungefähr jeder neunte¹ unselbständig Beschäftigte in Österreich verfügt über eine Pensionskassenlösung im Sinne der österreichischen arbeitsrechtlichen Bestimmungen mit einem durchschnittlichen jährlichen Beitrag von in etwa Euro 1.290,-- (Stand 2005)². Eine Ausweitung der Anzahl der Berechtigten sowie eine Erhöhung der Beiträge in beitragsorientierten Systemen scheitern in der Praxis immer wieder an Unsicherheiten zur Frage, inwieweit die Leistung von Pensionskassenbeiträgen durch den Arbeitgeber (AG) an Bedingungen geknüpft werden darf ohne große finanzielle Risiken³ einzugehen. Werden Pensionskassenbeiträge nur unter bestimmten Bedingungen geleistet, wie zB in Abhängigkeit von Prämienzahlungen (PZ) oder Gewinnbeteiligungssystemen (GBS), bleibt oft ein Gefühl der Unsicherheit, eines schwer einschätzbaren Risikos für den AG bzw seinen Berater. Dabei können die Risiken ein finanzielles Ausmaß annehmen bis hin zur Existenzgefährdung des Unternehmens. Im Ergebnis kann dies auch weit reichende Konsequenzen für die Pensionskasse (PK), den Betriebsrat (BR) und die Arbeitnehmer (AN) haben.

Jeder mit der Entwicklung von Pensionskassensystemen (PKS) Befasste hat unzählige Fragen hinsichtlich der Zulässigkeit von Bedingungen für die Leistung von PK-Beiträgen insbesondere im Zusammenhang mit PZ und GBS zu beantworten und die damit verbundenen Risiken einzuschätzen. Die arbeitsrechtliche Beurteilung im Einzelfall erfolgt in der Praxis im Wesentlichen unter Anwendung dreier Bestimmungen des Betriebspensionsgesetzes (§§ 3, 6 und 18 BPG) und unter Berücksichtigung einiger Entscheidungen des OGH und EuGH. Die wenige und widersprüchliche sowie teilweise auf Grund von Neuerungen des § 3 BPG veraltete Literatur erschwert die Beurteilung.

Die Veränderung von Entgeltstrukturen in den letzten Jahren in Richtung deutlich stärkerer Variabilität von Entgeltbestandteilen⁴ führt zusätzlich zu Unsicherheiten im Verständnis der geltenden Bestimmungen des BPG.

¹ Jahresbericht 2006 der Finanzmarkt-Aufsichtsbehörde, 99.

² Jahresbericht 2006 der Finanzmarkt-Aufsichtsbehörde, 100.

³ Wegen Unzulässigkeit und damit Teilnichtigkeit und Wegfall der gesetzten Bedingung oder Angleichungsansprüchen.

⁴ Vgl auch *Achitz/Krapf/Mayrhofer*, Leitfaden für Betriebsvereinbarungen (2001) 56.

Ziel der Dissertation ist eine umfassende Darstellung von relevanten Grundlagen und Meinungen zur Frage der Zulässigkeit von Pensionskassenbeiträgen in Abhängigkeit von PZ und GBS. Es wird der Versuch unternommen, möglichst praktikable Schlussfolgerungen und Ergebnisse zur rechtlichen Beurteilung von derartigen Fragen zu gewinnen und typische Beispiele aus der Praxis entsprechend zu beurteilen.

Die Dissertation wird nicht Risiken der Entscheidung der AG, der BR bzw der PK verhindern können, soll aber mögliche Auswirkungen verdeutlichen und eine eigene, nachvollziehbare Beurteilung derartiger Fragen erleichtern. Im Zuge der näheren Analyse der möglichen Auswirkungen wird ua die Wechselwirkung zwischen Entgeltbestandteilen, die bei einem derartigen PKS eine Rolle spielen können, und den daraus abgeleiteten PK-Beiträgen untersucht.

Nach laufender Beobachtung der Literatur ist derzeit keine aktuelle umfassende Arbeit über das Anknüpfen von AG-Beiträgen an Bedingungen verfügbar. Die vielfältigen Rahmenbedingungen, die wenige speziell ausgerichtete Literatur, unterschiedlichste Meinungen in der Praxis und die unterschiedlichsten Rechtsfolgen einer Verletzung des rechtlichen Rahmens zeigen, sodass eine Beantwortung der in der Praxis permanent auftretenden Fragen sehr schwierig ist. Zum Zweck der Aufbereitung sowie zur Unterstützung des Rechtsanwenders scheint daher eine Bearbeitung dieses Themas im Rahmen einer Dissertation angebracht zu sein.

Nachstehende Ausführungen beziehen sich nur auf jene Rechtsverhältnisse, für die das BPG Anwendung findet. Juristische Fragen im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Tätigkeiten bleiben außer Betracht.

Dieses Manuskript wurde mit 30.9.2007 abgeschlossen.

1. Rahmenbedingungen für die Gestaltung eines Beitragsrechtes in Abhängigkeit von Prämienzahlungen und Gewinnbeteiligungssysteme

1.1. Allgemeines zum BPG

Wie sich zeigen wird, bedürfen die im Rahmen dieser Arbeit näher untersuchten Bestimmungen des BPG der Interpretation, weshalb zu Beginn die Aufbereitung der Hintergründe bzw die Entstehung des Gesetzes sowie die Anliegen des Gesetzgebers und das Zusammenspiel mit anderen Gesetzen und Rechtsgebieten geboten ist.

Soweit nachstehend nichts anderes angeführt ist, beziehen sich die Verweise auf §§ des BPG, BGBl 282/1990 idF BGBl I 8/2005.

1.1.1. Hintergründe

Dollinger beschreibt vielfältige Gründe für die Neugestaltung der betrieblichen Altersvorsorge und damit auch für das Entstehen des BPG. Im Wesentlichen führt er an⁵:

- Finanzierungsprobleme in der staatlichen Altersversorgung und die damit verbundene Verschlechterung der Relation von Activeinkommen und Pension
- Druck in Richtung Harmonisierung der Pensionssysteme, die nur unter Berücksichtigung von Betriebspensionen politisch denkbar erscheint
- Koalitionsvereinbarung 1987, die eine „Überprüfung der Möglichkeiten für eine zusätzliche betriebliche Altersvorsorge“ vorsieht
- Bestrebungen im Zusammenhang mit dem EU-Beitritt, insbesondere die Änderungen der Vorschriften zur Bilanzwahrheit sowie
- das Unrechtsempfinden der Betroffenen über die Entscheidungen des OGH auf Basis geltender Rechtslage, in denen umfangreiche Einschränkungen und Widerrufe von betrieblichen Versorgungszusagen im Bereich der verstaatlichten Industrie Rechtfertigung fanden.

Letzteres war auf Grund des Zeitpunktes der Gesetzwerdung und der primären Anliegen des BPG-Gesetzgebers (siehe 1.1.3 unten) offensichtlich bestimmend für die umfassende Regelung der betrieblichen Altersvorsorge. Anzeichen dafür sind, dass die ÖIAG-

⁵ *Dollinger in Kapl, Leitfaden für die betriebliche Altersvorsorge*² (1990) 17.

Pensionskasse noch vor Inkrafttreten des Pensionskassengesetzes (PKG) bereits 1989 als VVaG gegründet wurde sowie die Aussage von *Stocker* in der Debatte des NR:

„Dass es letztlich zu dieser Einigung gekommen ist, ist leider auf einige sehr bedauerliche Vorkommnisse und Vorfälle zurückzuführen ... Durch die fatale Situation der verstaatlichten Industrie konnten Zusagen nicht mehr eingehalten werden.“⁶.

1.1.2. Entstehung des BPG

Neue steuerliche Rahmenbedingungen für die Betriebliche Altersvorsorge wurden mit der Steuerreform 1988 geschaffen. § 4 (4) Z2 lit a EStG 1988 hat in der Stamfassung erstmals die Rahmenbedingungen für abzugsfähige PK-Beiträge vorgesehen:

- staatliche Aufsicht
- Rechtsanspruch auf Leistungen
(Alters-/Hinterbliebenen- und allfällig Invaliditätsversorgung)
- Errichtung, Beitritt und Verwaltung der PK müssen durch Betriebsvereinbarung (BV) geregelt sein; diese BV muss eine Bestimmung beinhalten, die das Aussetzen oder Einschränken von **laufenden Beitragsleistungen** nur aus zwingenden wirtschaftlichen Gründen und nach Beratung mit dem BR zulässt
- Beiträge bloß für „Zugehörige“/„ehemalige Zugehörige“ der Betriebe und deren Ehegatten und Kinder
- Maximierung der Beitragssumme in Abhängigkeit von Teilen der Lohn- und Gehaltssumme
- unterschiedliche Leistungszusagen müssen in einem **ausgewogenen Verhältnis** zueinander stehen

Tomandl erläutert, dass der Steuergesetzgeber erst auf Drängen der Sozialpartner dem Pensionskassenrecht auch arbeitsrechtliche Vorgaben erteilte, insbesondere die erforderliche PK-BV als „Koordinationsinstrument zwischen Versicherungsrecht und Arbeitsrecht“⁷. Die versicherungs- und arbeitsrechtlichen Regelungen (PKG und BPG) sind erst im Anschluss (1990) entstanden. Für *Tomandl* ergibt sich daraus für den Rechtsanwender „..., dass viele Zweifelsfragen des Betriebspensionsgesetzes erst vor dem Hintergrund des

⁶ NR 17.GP 143.S 16618.

⁷ *Tomandl*, Ungereimtheiten und Unzulänglichkeiten im neuen Betriebspensionsrecht, ZAS 1991, 80.

Steuerrechts verständlich werden.“⁸ Die enge Verknüpfung dieser beiden Rechtsgebiete wird bereits an dieser Stelle sichtbar.

Die Gesetzwerdung des arbeitsrechtlichen Pendants hat erst im März 1990 mit einem Initiativantrag betreffend „...ein Bundesgesetz, mit dem betriebliche Leistungszusagen gesichert (Betriebspensionsgesetz – BPG) ...“ begonnen. Bereits im Mai 1990 kam es zur Beschlussfassung und mit 1. Juli 1990 sind das BPG sowie das mit diesem eng verbundene PKG in Kraft getreten.

In der Debatte des Nationalrates wurde mehrfach betont, dass dieser Gesetzwerdung ein zweijähriger Verhandlungsprozess vorangegangen war und der Gesetzesentwurf das Ergebnis der Einigung der Sozialpartner ist, die bei dieser Gesetzwerdung eine bedeutende Rolle gespielt haben.⁹ *Taus* berichtet in der Sitzung des Nationalrates¹⁰, dass man über den Kern sehr rasch Einigung erzielt habe, aber bei den vielen peripheren Gedanken, die Verhandlungen sehr schwierig gewesen seien und man letztendlich überall tragfähige Kompromisse gefunden habe.

Das BPG wird im Ergebnis auf Grund der sehr raschen Gesetzwerdung von *Schrammel* entsprechend kommentiert: „Letztlich ging es also doch sehr rasch, und so sehen die Gesetze auch aus. Vor allem das Betriebspensionsgesetz wirkt in vielen Punkten nicht als bahnbrechendes sozialpolitisches Reformwerk, sondern eher als eklatante Fehlleistung des Gesetzgebers – oder man müsste besser sagen, als Fehlleistung der Sozialpartner.“¹¹

Auf Grund der genannten Umstände erscheint es nahe liegend, dass Unklarheiten und Interpretationsbedarf auch bei den diversen in dieser Arbeit zu behandelnden Bestimmungen auf Zeitdruck und Kompromisse zurückzuführen sind.

1.1.3. Anliegen des Gesetzgebers

Interessant ist, dass der aus dem Jahr 1989 stammende Diskussionsvorschlag des BMAS (abgedruckt in *Kapl*, Das neue Recht der Betriebspension¹²) zwei von den drei in dieser

⁸ *Tomandl*, Ungereimtheiten und Unzulänglichkeiten im neuen Betriebspensionsrecht, ZAS 1991, 80.

⁹ NR 17.GP 143.S; vgl auch 1318 BlgNR 17.GP 1.

¹⁰ NR 17.GP 143.S 16585.

¹¹ *Schrammel*, Zum Anwendungsbereich des Betriebspensionsgesetzes, ZAS 1991, 73.

¹² *Kapl*, Das neue Recht der Betriebspension (1989) 44.

Arbeit näher zu untersuchenden Bestimmungen des BPG nicht enthalten hat. Es sind weder Vorschriften über die Beitragsgestaltung (heute: § 3 (1) Z2) noch über das Gleichbehandlungsgebot (heute: § 18) enthalten. Regelungen zur Gestaltung der Beitragsleistung sowie die adaptierte Übernahme der Ausgewogenheit der Leistungszusagen zueinander aus dem Steuerrecht sind offenbar erst in den Verhandlungen auf Sozialpartnerebene erfolgt. Auch *Dollinger* erwähnt im Zusammenhang mit seinen Erläuterungen zum BPG, dass sich die Endfassung deutlich vom Begutachtungsentwurf unterscheidet.¹³ Die endgültige Formulierung dieser beiden Bestimmungen dürfte daher ein Ergebnis des oft genannten Kompromisses und demzufolge nicht dem primären Anliegen des BPG zuzuordnen sein.

Passend zum Diskussionsvorschlag stellen die einleitenden Worte im Ausschussbericht (AB)¹⁴ die Unverfallbarkeit und die Limitierung der einseitigen Leistungseinschränkungen in den Mittelpunkt:

„Die Sicherung dieser Leistungszusagen soll im Wesentlichen durch zwei Maßnahmen erfolgen: Im Fall des Ausscheidens aus dem Unternehmen (Arbeitgeberwechsel) soll der Arbeitnehmer vor dem Verlust seiner Versorgungszusage geschützt werden (Unverfallbarkeit), wodurch auch die berufliche Mobilität der Arbeitnehmer gefördert wird. Überdies sollen die Möglichkeiten des Arbeitgebers, einmal zugesagte Leistungen zu widerrufen, zwar nicht ausgeschlossen, aber doch wesentlich eingeschränkt werden, da der Arbeitnehmer im Vertrauen auf die in Aussicht gestellte Altersvorsorge häufig längerfristig Dispositionen trifft und daher vor einem Widerruf umso mehr zu schützen ist, als er ja durch seine Tätigkeit für das Unternehmen Vorleistungen erbringt.“¹⁵

Ebenso war die Novellierung der Beitragsgestaltung in § 3 (1) Z2 nicht primäres Anliegen des BPG-Gesetzgebers, da im Allgemeinen Teil der Erläuterungen zur Novelle 1996 mehrere Punkte angeführt sind, die aus Sicht des Gesetzgebers besonders hervorzuheben sind, nicht jedoch die Änderung dieser Bestimmung.¹⁶

¹³ *Dollinger in Kapl, Leitfaden für die betriebliche Altersvorsorge*² (1990) 54.

¹⁴ 1318 BlgNR 17.GP.

¹⁵ 1318 BlgNR 17.GP 1.

¹⁶ 387 BlgNR 20.GP 3.

Das mangelnde primäre Anliegen sowie der Aspekt der zähen Kompromissfindung und raschen Gesetzgebung erklärt die undeutliche und unklare Formulierung insbesondere der §§ 3 (1) Z2 und 18. Unter diesen Gesichtspunkten ist auch die erforderliche Interpretation vorzunehmen.

Zum Gesamtverständnis des Willens des BPG-Gesetzgebers werden neben den beiden erwähnten primären Anliegen der Unverfallbarkeit und Limitierung der Leistungseinschränkungen (hier in beitragsorientierten Systemen als Beitragseinschränkungen bezeichnet) die wesentlichen Inhalte der Sitzungen des Nationalrates und des Bundesrates¹⁷ nachstehend kurz zusammengefasst:

- Gegenstand des BPG ist die Sicherung von Leistungsansprüchen, die die gesetzliche Sozialversicherung ergänzen und keinesfalls ersetzen sollen (Entschliebung des Nationalrates¹⁸).
- Betonung der Freiwilligkeit; Betriebspension ist keine „Zwangsbeglückung“, sondern Mittel moderner Lohngestaltung als erster Schritt in Richtung Pensionsharmonisierung.
- Mehrere gleichberechtigte Wege der betrieblichen Altersversorgung werden geschaffen.
- Bessere arbeitsrechtliche und wirtschaftliche Absicherung der Pensionszusagen; nicht nur AN-Bindung, sondern auch bessere Einschätzbarkeit der Finanzierung sind Ziele.
- Mobilität der AN durch Unverfallbarkeit und Limitierung der Möglichkeiten der Leistungseinschränkungen („man muss sich überlegen, ob man hineingeht, aber wenn man drinnen ist, muss das ohne Wenn und Aber gelten“¹⁹).
- Überwiegende Aussagen in den Debatten des Nationalrates und Bundesrates: Es werden nur die derzeit 10% von AN, die schon eine Betriebspensionszusage haben vom BPG profitieren. Es wird ein besonderer Anreiz für Besserverdienende gesehen.

Vereinzelte Aussagen in den Debatten: Die PK soll den Zugang auch für kleinere

¹⁷ NR 17.GP 143.S; BR 17.GP 530.S.

¹⁸ 1318 BlgNR 17.GP 18.

¹⁹ NR 17.GP 143.S 16599.

Betriebe ermöglichen (ausgelagerte, vom Insolvenzrisiko des AG befreite Zusagen sind wertvoller für gute Arbeitskräfte; die mögliche Beteiligung der AN kann eine Vorsorge in angemessener Höhe schaffen).

- Gleichbehandlungsgebot und keine weiteren steuerlichen Begünstigungen bei der direkten Leistungszusage sollen Minderheitenprogramm für Privilegierte vermeiden.
- Pensionszusagen sind vorenthaltene Lohnbestandteile, Teile der Lohnsumme und damit Gelder der AN. Die AN erbringen ihre Leistungen im Vertrauen auf die Pensionszusage, weshalb auch das Ziel der Mitbestimmung verfolgt wurde.
- Eine Aufsicht für PK ist insbesondere auf Grund der Veranlagung der Gelder erforderlich.

Die Stenographischen Protokolle zeigen, dass in der Debatte des Nationalrates – ebenso wie immer wieder in der Praxis – zwischen Aussagen über Direkte Leistungszusagen, die überwiegend leistungsorientiert (lo) gestaltet sind, und den PKS, die oft beitragsorientiert (bo) gestaltet sind, nicht klar differenziert wird. Erforderlich ist das mE insbesondere dann, wenn im Zusammenhang mit Betriebspensionen von vorenthaltenem, „thesauriertem Entgelt“ und einer Vorleistung des AN gesprochen wird. Beiträge in einem bo PKS sind idR Entgeltbestandteile, die zeitnahe für die erbrachten Leistungen geleistet werden. Eine Vorleistung des AN spielt dabei kaum eine Rolle (siehe dazu 1.6.1 unten).

1.1.4. Rolle des BPG in einem PKS

1.1.4.1. Arbeitsrechtlicher Rahmen für PKS

Tomandl beschreibt, dass das BPG die privatrechtlichen Rechtsverhältnisse zwischen dem AG (zT auch der PK) und den AN regelt.²⁰ Neben dem sachlichen und persönlichen Geltungsbereich (im Wesentlichen: Zusagen mit Rechtsanspruch für AN und Vertretungsorganen juristischer Personen des Privatrechts) gibt zunächst Abschnitt 2 des BPG arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen für ein PKS vor.

Dazu gehört die zwingend erforderliche Grundlagenvereinbarung²¹:

²⁰ *Tomandl*, Einige Bemerkungen zum Entwurf des Betriebspensionsgesetzes, RdW 1989, 394.

²¹ *Binder* hat in „Rechtsprobleme des Dreiecksverhältnisses zwischen Unternehmer, Pensionsbegünstigtem und Pensionskasse“, ZAS 1991, 106 diesen Begriff für die damaligen Möglichkeiten einer rechtlichen Basis für Pensionskassenlösungen (BV, VVM) verwendet. Dieser Begriff wird in mittlerweile um den

Gemäß § 3 (2) bedarf der Beitritt zur PK für Personen, die von keinem BR vertreten sind oder für die keine kollektivvertraglichen Vorschriften iSv § 3 (1) und (1a) zur Anwendung gelangen, des vorherigen Abschlusses einer Vereinbarung gemäß Vertragsmuster (VVM), die unter Berücksichtigung des § 18 zu gestalten ist und die jene in § 3 (1) Z1-3 genannten Angelegenheiten zu regeln hat.

Hat ein Kollektivvertrag (KV) bereits zum 1.1.1997 eine betriebliche Alters- (Hinterbliebenen)Versorgung vorgesehen oder soll ein PKS für einen Betrieb oder Unternehmen getroffen werden, das nicht dem II. Teil des ArbVG unterliegt, kann der KV direkt die Grundlagenvereinbarung bilden (§ 3 (1a)).

Im Übrigen ist zur Rechtswirksamkeit des Beitrittes zu einer PK eine BV erforderlich²², die die in § 3 (1) Z1-3 genannten Angelegenheiten zu regeln hat (notwendiger Mindestinhalt²³ einer PK-BV). Die arbeitsverfassungsrechtliche Grundlage für den möglichen Inhalt²⁴ einer derartigen BV findet sich in § 97 (1) Z18a ArbVG im Rahmen des Kataloges der fakultativen BV.²⁵ Diese Bestimmung definiert den äußersten rechtlichen Rahmen, in

KV sinnerweiterter Form der RV 387 BlgNR 20.GP 11, von *Stupar* in „Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen“ (2001) sowie von *Resch* in ZellKomm § 3 BPG Rz 16 verwendet.

²² *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 736: „Fehlt die Betriebsvereinbarung, so ist überdies der Pensionskassenvertrag fehlerhaft und wird nichtig (vgl hierzu § 15 Abs. 4 PKG)“ – siehe dazu 1.2.3.2.

²³ *Achitz/Krapf/Mayrhofer*, Leitfaden für Betriebsvereinbarungen (2001) 162; *Farny/Wöss*, Betriebspensionsgesetz Pensionskassengesetz (1992) [§3] [7]; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 737.

²⁴ *Achitz/Krapf/Mayrhofer*, Leitfaden für Betriebsvereinbarungen (2001) 162; *Farny/Wöss*, Betriebspensionsgesetz Pensionskassengesetz (1992) [§3] [7]; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 737; aA *Stupar*, Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen (2001) 124: „...beschreibt § 97 Abs 1 Z 18a ArbVG nur insoweit den fakultativen Inhalt einer PK-BV, als die aufgezählten Tatbestände nicht bereits durch § 3 Abs 1 BPG dem zwingenden Mindestinhalt der Grundlagenvereinbarung zugewiesen sind.“ Der dort angeführte Widerspruch besteht mE nur scheinbar, da § 3 (1) bloß die speziellere Norm im Verhältnis zu § 97 (1) Z 18a ArbVG ist, die betreffend der deckungsgleichen Inhalte Teile der Bestimmung des ArbVG verdrängen (vgl auch *Resch* in ZellKomm § 3 BPG Rz 18). Auch in der zeitlichen Entstehung betrachtet gesehen, wurde die Bestimmung des ArbVG gemeinsam mit den steuerrechtlichen Rahmenbedingungen 1988 bereits etabliert, während die Bestimmung des BPG erst 1990 dazugekommen ist.

²⁵ Vgl auch 1318 BlgNR 17.GP 2; *Posch* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap IV Rz 114; Die Literatur hält immer wieder zu Recht fest, dass der Betriebsvereinbarungstatbestand korrekterweise unter den Katalog der notwendig fakultativen BV des § 96 ArbVG hätte gereiht werden müssen; vgl ua *Stupar*, Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen (2001) 36;

Mekis/Capillari/Sturzlbaun/Petrovic, Betriebspensionsrecht (1991) 168.

Erwähnenswert ist, dass bereits das EStG 1988 für die Absetzbarkeit der Pensionskassenbeiträge die Notwendigkeit einer BV vorausgesetzt hat, es also aus steuerrechtlicher Sicht bereits eine notwendige Mitbestimmung gegeben war.

dem eine BV normativ wirken kann.²⁶ Auf Grund der Regelung des zwingenden Erfordernisses einer BV im BPG (sofern nicht eine Grundlagenvereinbarung gemäß § 3 (1a) oder (2) zulässig ist) ist die Mitbestimmung des BR letztlich eine notwendige.²⁷

Aus der Grundlagenvereinbarung ergibt sich die Pflicht des AG, einen Pensionskassenvertrag (PKV) mit entsprechendem Inhalt abzuschließen.²⁸

Hipsch sieht die primäre Aufgabe der Grundlagenvereinbarung darin, darüber Auskunft zu geben, was im PKV vereinbart wird²⁹. Zum Zweck der Auskunftserteilung gibt es mittlerweile umfassende Informationspflichten der PK (§ 19 PKG). Die Grundlagenvereinbarung dient mE vor allem dazu, den Konsens über den Inhalt des abzuschließenden PKV festzuhalten. Konkretisierungen, die im Rahmen der PKV-Verhandlungen erfolgen, sollten nicht nur aus Gründen der Rechtssicherheit jedenfalls in die Grundlagenvereinbarung aufgenommen werden, sondern auch dafür, dass die Grundlagenvereinbarung umfassende Auskunft über Inhalte der Zusage geben kann.³⁰

Darüber hinaus sind die Bestimmungen der §§ 4-6 (Verfügungs- und Exekutionsbeschränkungen, Unverfallbarkeit und Einstellen, Aussetzen und Einschränken der Beitragsleistung – zu Letzterem siehe 1.3 unten) sowie der Abschnitt 6 (Allgemeine Bestimmungen), konkret §§ 16-19 (Anrechnungs- und Auszehrungsverbot, Auskunftspflicht, Gleichbehandlungsgebot – siehe 1.4.5 unten und Unabdingbarkeit) von Bedeutung.

Adressaten der pensionskassenrelevanten Bestimmungen des BPG sind grundsätzlich die Parteien der Grundlagenvereinbarung. Die Beurteilung von Sachverhalten obliegt damit grundsätzlich den Arbeitsgerichten. Nachstehende Punkte zeigen einige Besonderheiten auf.

²⁶ *Eberhartinger* in *Eberhartinger*, Mehr Pension durch die Pensionskasse (1990) 121.

²⁷ *Reissner* in *ZellKomm* § 97 ArbVG Rz 88; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 736.

²⁸ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 3] [5.1]; *Hipsch*, Betriebspension (1996) 113.

²⁹ *Hipsch*, Betriebspension (1996) 113.

³⁰ Die geforderten Konkretisierungen sollten vom AG bzw. auch vom Berater ernsthaft geprüft werden. Einerseits können diese zu Ergebnissen führen, die nicht gewollt waren; andererseits basieren sie auf langjährigen Erfahrungen mit zu wenig konkretisierten Regelungen, die in der Vergangenheit für Unklarheiten gesorgt und zu Auseinandersetzungen geführt haben. Sie helfen daher in vielen Fällen Letzteres zu verhindern. Ein weiterer Aspekt ist, dass natürlich auch die PK genau wissen muss, welche Leistungen sie unter welchen Voraussetzungen zu erbringen hat.

1.1.4.2. Verknüpfung mit den pensionskassenrechtlichen Vorschriften (PKG)

Bezeichnend für diese Verknüpfung führte Staatssekretär im BMF *Stummvoll* in der Debatte des Bundesrates aus,,,...dass beide Gesetze [BPG, PKG] für sich Zwillinge darstellen, miteinander verkoppelt sind, ...“³¹.

Das zeigt sich insbesondere in § 15 (1) PKG. Diese Bestimmung schreibt vor, dass der PKV entsprechend der Grundlagenvereinbarung nach dem BPG die Ansprüche der Anwartschaftsberechtigten (AWB) und Leistungsberechtigten (LB) zu regeln hat. Der AB hält dazu fest:

„Die Betriebsvereinbarung kann nur die rechtlichen Beziehungen zwischen den Abschlussparteien (Betriebsinhaber – Arbeitnehmerschaft) regeln, daher ist ihr Inhalt für Dritte (zB die Pensionskasse) nicht unmittelbar rechtsverbindlich. ... Betriebsvereinbarung und Pensionskassenvertrag müssen daher hinsichtlich Mitwirkungsrechte der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten, Leistungsrecht und Auflösung der Rechtsbeziehung des Arbeitgebers zur Pensionskasse [Mindestinhalte gem § 3 (1)] übereinstimmen.“

In der Praxis ist zu beachten, dass in der Grundlagenvereinbarung PKS gestaltet werden, die von zumindest einer PK umsetzbar sein und rechtlich, insbesondere im Sinne der Bestimmungen des PKG, das die Beaufsichtigung durch den Staat regelt³², als vertretbar beurteilt werden müssen.

Schrammel verdeutlicht den Umstand, indem er darlegt, dass durch diese Verknüpfung auch das PKG der Gestaltung von PKS in der Grundlagenvereinbarung Einhalt gebietet.³³ Dazu muss festgehalten werden, dass im PKG ua die Genehmigung der Geschäftspläne der PK durch die FMA vorgesehen ist und diese daher auch die Gestaltungsmöglichkeiten weiter einschränken können. Das bedeutet, dass allein durch die konkreten Inhalte eines PKS - allenfalls sogar mit rechtlich nicht zweifelsfreien Inhalten - in der Grundlagenvereinbarung bereits die Wahlmöglichkeit des Vertragspartners (PK) massiv eingeschränkt, im schlimmsten Fall sogar verhindert werden kann. Spätestens vor Finalisierung der Grundla-

³¹ BR 17.GP 530.S 24060.

³² *Tomandl*, Einige Bemerkungen zum Entwurf des Betriebspensionsgesetzes, RdW 1989, 394.

³³ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 3] [5.2]; vgl auch *Schima* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap VII Rz 54; *Resch* in *ZellKomm* § 3 BPG Rz 2.

genvereinbarung ist deshalb die Beiziehung eines Sachverständigen, der „den Markt“ kennt oder einer bzw mehrerer PK zielführend.³⁴ Bei Letzteren ist bei öffentlicher Auftragsvergabe größte Vorsicht hinsichtlich der Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen geboten.

Das PKG schränkt mit seinen umfassenden inhaltlichen Mindestanforderungen an den PKV die Vertragsfreiheit deutlich ein, was *Binder* mit dem Schutz der Rechtspositionen Dritter und den damit verbundenen existenziellen Versorgungsfragen rechtfertigt.³⁵ In der Ursprungsfassung des PKG kann dieser Ansicht gefolgt werden, weil es um Inhalte ging, die § 3 ergänzen und für eine geordnete Abwicklung und Klarstellung auch für den Fall des Ausscheidens des AN sorgen.

Mit der Novelle 2005 sind Mindestinhalte aufgenommen worden (umfassende Kostenregelung im PKV), die gemäß den Erläuternden Bemerkungen (EB) zur Regierungsvorlage (RV)³⁶ nicht dem Schutz Dritter dienen sollen. Die Sinnhaftigkeit darf im nachstehenden Exkurs angezweifelt werden.

Exkurs Aufnahme der Kostenregelung in die Mindestinhalte des PKV gem § 15 (1) Z14 PKG

Die laufenden Kosten waren – mit Ausnahme für die ausgeschiedenen AN - bisher bloß Inhalt des Geschäftsplanes, der der Genehmigungspflicht der FMA und damit einer unabhängigen Kontrolle unterlag. Die Ursprungs konstruktion ermöglichte es auf Änderungen von Anforderungen zu reagieren, indem eine neuerliche Kalkulation der erforderlichen Kosten angestellt und der FMA für die Genehmigung dargelegt wurde. Die Fixierung der Kosten in derart langfristigen Verträgen gepaart mit nicht unbedeutenden wachsenden Anforderungen auf Grund laufender Novellierungen – wie sie vom Gesetzgeber bereits 1990 zu Recht erwartet wurden – bringt größte rechtliche Schwierigkeiten mit sich. Größere PK haben tausende langfristige Verträge geschlossen, die bei geänderten Anforderungen neu zu verhandeln wären, was de facto nicht möglich ist. Stattdessen müssen PK auf

³⁴ Vgl auch *Eberhartinger* in *Eberhartinger*, Mehr Pension durch die Pensionskasse (1990) 122.

³⁵ *Binder*, Rechtsprobleme des Dreiecksverhältnisses zwischen Unternehmer, Pensionsbegünstigten und Pensionskasse, ZAS 1991, 106; so auch *Stupar*, Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen (2001) 126.

³⁶ 707 BlgNR 22.GP 40.

Rechtsinstitute ausweichen (zB Anpassungsklauseln in den Verträgen, einseitige Vertragsänderungen [Änderungskündigung, Wegfall Geschäftsgrundlage]), die eher Rechtsunsicherheit bringen. Die EB zur RV³⁷ begründen den neuen Inhalt der Mindestanforderungen damit, dass es für die FMA schwierig sei, die Angemessenheit der Kosten zu beurteilen. Aber wer, wenn nicht die FMA, die laufend Kennzahlen der einzelnen PK erhält, Vor-Ort-Prüfungen vornimmt, Geschäftspläne genehmigt, etc, sollte dies beurteilen können?. Dabei hilft auch nicht die Regelung des § 49 Z16 PKG, dass diese Regelung zwingend bloß für Neuverträge anzuwenden ist. Einerseits werden laufend neue Verträge, auch bei den zahlreichen Umstrukturierungen abgeschlossen und andererseits werden für bestehende Verträge die geschäftsplanmäßigen Kosten eingefroren, womit die PK auch für diese Verträge zum Abschluss von Vereinbarungen mit zielgerichtet höchstmöglicher Flexibilität gezwungen werden (Kostenanpassungsklauseln). Wäre bloß Transparenz das Ziel gewesen, hätte die neue Informationspflicht (§ 19 PKG) – allenfalls in einer leicht adaptierten Form – auch genügt.

Im Ergebnis bedeutet die Verknüpfung des BPG mit pensionskassenrechtlichen Vorschriften, dass ein PKV eine Grundlagenvereinbarung voraussetzt und dieser zu entsprechen hat. „Weist eine BV bzw ein KV diesen angeführten zwingenden Mindestinhalt nicht auf, so wird auch der darauf beruhende Pensionskassenvertrag mangelhaft.“³⁸ Umgekehrt muss aber eine Grundlagenvereinbarung dem PKG und den genehmigten Geschäftsplänen entsprechen, damit sie Inhalt des PKV werden kann.³⁹

Ende Exkurs

Die Überwachung der Einhaltung der pensionskassenrechtlichen Vorschriften obliegt der FMA. Durch die Verknüpfung des BPG mit dem PKG überwacht die FMA de facto auch die Einhaltung von Bestimmungen des BPG und hat damit arbeitsrechtliche Regelungen zu interpretieren, arbeitsrechtliche Sachverhalte zu beurteilen und allenfalls mit Verbesserungsauftrag gem § 15 (4) PKG gegenüber der PK einzugreifen (näher dazu 1.2.3.2 unten). Damit wird in der Praxis von den Berechtigten lieber der Weg zur FMA als zum Arbeits-

³⁷ 707 BlgNR 22.GP 40.

³⁸ Stupar, Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen (2001) 35.

³⁹ Ähnlich Schrammel, BPG (1992) [§3] [5.2]; Stupar, Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen (2001) 65.

gericht beschritten und die arbeitsrechtliche „Entscheidung“ von der FMA, bei Rechtsstreitigkeiten vom VwGH getroffen. Die FMA ist zwar eine weisungsfreie Behörde, steht aber im Vergleich zu Gerichten mit ihren Entscheidungen unter Beobachtung, manchmal sogar unter dem Druck des Rechnungshofes oder der Öffentlichkeit.

1.1.4.3. Verknüpfung mit den steuerrechtlichen Vorschriften

Zur historischen Entwicklung von EStG und BPG und die sich daraus ergebenden Zusammenhänge vgl 1.1.2 oben.

Die aktuelle positivistische Verknüpfung findet sich in § 4 (4) Z2 lit a sublit aa EStG. Diese Bestimmung verlangt, dass der PKV dem BPG entspricht. Ist das nicht der Fall, ist die Absetzbarkeit der PK-Beiträge als Betriebsausgabe nicht gegeben.

Das bedeutet, dass neben der FMA auch der Steuerprüfer über die Einhaltung der interpretationsbedürftigen arbeitsrechtlichen Bestimmungen wacht und entscheidet. In der Praxis spielt dieser Aspekt bisher kaum eine Rolle.

1.1.4.4. Verknüpfung mit den sozialrechtlichen Vorschriften

Die am häufigsten anwendbare sozialrechtliche Bestimmung ist § 49 (1) Z18 lit b ASVG, die durch Verweis auf § 2 Z1 ua Beiträge an PK soweit sie steuerlich im Sinne von § 4 (4) Z2 lit a EStG als Betriebsausgaben absetzbar bzw im Sinne von § 26 Z7 EStG von der Lohnsteuer befreit sind, vom Entgeltbegriff und damit von der Beitragspflicht ausnimmt.

1.1.5. Rechtsnatur der Bestimmungen

Mit § 19 hat der Gesetzgeber die Unabdingbarkeit der §§ 2-18 in der Form angeordnet, dass diese Bestimmungen nicht zum Nachteil des AN abgeändert werden dürfen.⁴⁰ *Tomandl* erläutert, dass „... nur die Interessen des jeweils einzeln betroffenen AN, nicht aber Belegschaftsinteressen“⁴¹ geschützt werden.

Für den Günstigkeitsvergleich ist vom Gruppenvergleich des § 3 (2) ArbVG auszugehen (korrelierende Bestimmungen, die in einem rechtlichen und sachlichen Zusammenhang

⁴⁰ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 19] [1].

⁴¹ *Tomandl*, Einige Bemerkungen zum Entwurf des Betriebspensionsgesetzes, RdW 1989, 394; ähnlich auch *Schrammel*, BPG (1992) [§ 19] [2]: Dabei ist zu fragen, „...ob für den einzelnen Arbeitnehmer die mit ihm getroffene Vereinbarung besser als das gesetzliche Modell ist.“

stehen, werden zusammengefasst gegenübergestellt)⁴² und sind „...nach hA nach objektiven sozialpolitischen Wertungen durchzuführen...“.⁴³ Dafür kann lt *Schrammel* das spezifische Interesse des AN genauso relevant sein wie auch der Umstand, von wem die vertragliche Regelung ausgegangen ist. Letzteres wird vermutlich oft die Interessenlage widerspiegeln. Die Bestimmungen des BPG können auch durch gleich günstige Regelungen verdrängt werden.⁴⁴

Schrammel führt die Rechtsfolgen einer Verletzung wie folgt aus: „Widerspricht eine privatrechtliche Vereinbarung zwingenden Gesetzesvorschriften, so tritt insoweit Teilnichtigkeit ein. Handelt es sich bei der aufgehobenen bzw beschränkten gesetzlichen Regelung um ein Verbot, so wird die betreffende Vertragsbestimmung ersatzlos vernichtet; handelt es sich um ein Gebot, so tritt an die Stelle der teilnichtigen Regelung die zwingende Gesetzesvorschrift.“⁴⁵

Wie *Kuras* darlegt, bestimmt sich die Teil- oder Gesamtnichtigkeit nach dem Schutzzweck der Verbotsnorm und nicht nach dem Parteiwillen. „Grundsätzlich treten an die Stelle der nichtigen Vertragsabrede auch keine Ansprüche, die den Vertragsinhalt gültig gemacht hätten. Damit geht es auch um die Frage, inwieweit der Vertrag ohne die nichtigen Abreden bestehen kann. Wird eine Entgeltvereinbarung etwa unsachlich befristet eingeräumt, dann verbleibt dem AG wohl regelmäßig kein eingeschränktes Gestaltungsrecht; die Befristung ist vielmehr unwirksam.“ In einigen Entscheidungen, in denen die KV- bzw BV-Partner ihre Gestaltungsbefugnisse bei der Änderung betrieblicher Altersversorgungen überschritten hatten, ist der OGH auch von der gänzlichen Unwirksamkeit ausgegangen, weil dem Gericht kein Gestaltungsrecht zukomme. Eine solche Normsetzung wurde den Gerichten nicht zuerkannt.⁴⁶

⁴² *Stupar*, Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen (2001) 113; *Schrammel*, BPG (1992) [§ 19] [2].

⁴³ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 19] [2].

⁴⁴ *Stupar*, Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen (2001) 113; *Schrammel*, BPG (1992) [§ 19] [2].

⁴⁵ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 19] [1].

⁴⁶ *Kuras*, Möglichkeiten und Grenzen einzelvertraglicher Gestaltungen im aufrechten Arbeitsverhältnis, ZAS 2003, 19.

In einem Fall im Zusammenhang mit bo PKS ging der OGH allerdings anders vor. Er entschied, dass trotz Unwirksamkeit der KV-Bestimmung über das Erfordernis von AN-Beiträgen der „Rest“ des KV Gültigkeit behält, obwohl es um eine Überschreitung der Befugnisse der KV-Partner ging. Dabei stellte er auf den (hypothetischen) Parteiwillen über den „Vertragsrest“ ab, ob also dieser ohne die nichtigen Bestimmungen auch nicht geschlossen worden wäre.⁴⁷

Ein Verzicht auf unabdingbare Rechte ist während eines aufrechten Arbeitsverhältnisses unwirksam.⁴⁸ Im Übrigen gelten neben angeführten Einschränkungen durch das PKG (vgl 1.1.4.2 oben) für PKS allgemeine zivilrechtliche Grundsätze⁴⁹:

Für ein PKS besteht grundsätzlich Vertragsfreiheit mit Ausnahme der zwingenden Einschränkungen des BPG⁵⁰. Basiert das PKS auf einer VVM, ist diese nach den §§ 914, 915 zweiter Halbsatz ABGB auszulegen, wodurch der hypothetische Parteiwille stark betont wird.⁵¹ Gleiches gilt für den schuldrechtlichen Teil der BV bzw des KV.⁵²

Die normativen Teile der BV bzw des KV hingegen sind wie ein Gesetz, insbesondere daher nach den §§ 6, 7 ABGB auszulegen⁵³, wodurch eine stärkere Berücksichtigung des objektiven Wortlautes erfolgt und nach der Rspr kein Rückgriff auf die Materialien (zB Entwürfe, Verhandlungsprotokolle) zulässig ist. Folglich sind die Formulierungen unter Beachtung der Übung des redlichen Verkehrs und der Auslegungsregeln zu verstehen. Dabei ist aber nicht nur der Wortlaut von Bedeutung, sondern wesentlich, wie die Formulierung verstanden und gehandhabt wird.

Die Vertragsinterpretation kommt streng genommen nur bei VVM zur Anwendung. Es gibt Stimmen der Literatur, auch bei der Grundlagen-BV bzw beim Grundlagen-KV die Rege-

⁴⁷ OGH 13.2.2003, 8ObA98/02y.

⁴⁸ *Farny/Wöss*, Betriebspensionsgesetz Pensionskassengesetz (1992) [§19].

⁴⁹ Vgl auch OGH 30.4.1997, 9ObA15/97i mit einigen Verweisen auf die Lehre und weitere Judikatur.

⁵⁰ Nach Meinung von *Schima* hat insb das BPG „...der – im Bereich des Betriebspensionsrechtes bis dahin relativ weiten – Privatautonomie deutliche Grenzen gezogen.“ (*Schima* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap VII Rz 13).

⁵¹ AA *Schima*, der meint, dass eine stärker objektiv-textbezogene Auslegung auch bei für den flächendeckenden Einsatz im Unternehmen gedachten „Einzelvertragsschablonen“ (VVM) maßgebend sein müsste (*Schima* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap VII Rz 3).

⁵² OGH 18.10.1989, 9ObA520/88.

⁵³ OGH 18.10.1989, 9ObA520/88; 13.4.1988, 9ObA29/88.

lungen der §§ 914, 915 ABGB zur Anwendung zu bringen.⁵⁴ Obwohl das im Ergebnis oft vernünftig wäre, ist es aus Gründen der Rechtsdogmatik abzulehnen. Der Ablehnung ist in der Praxis in Anbetracht der Judikatur der Vorzug zu geben, weil sogar der PKV nach Meinung des OGH objektiv auszulegen ist und ein allfällig abweichender Parteiwille offenbar unbeachtlich sein soll.⁵⁵ Trotz der zum Teil nachvollziehbaren Argumentation des OGH halte ich auch diese Ansicht für bedenklich, wenn sie sich nicht nur auf mit der Grundlagenvereinbarung gleichlaute Bestimmungen bezieht.

1.1.6. Zusammenfassung

1988 war zeitnahe zu den umfangreichen Einschränkungen und Widerrufen von betrieblichen Versorgungszusagen im Bereich der verstaatlichten Industrie die Pensionskassenlösung mit arbeitsrechtlichen Vorgaben im Steuerrecht geboren. Lange Verhandlungen der Sozialpartner haben die Kompromisse in Form des BPG und PKG als arbeits- und pensionskassenrechtlichen Pendant Mitte 1990 in einem sehr raschen Gesetzgebungsverfahren hervorgebracht, wobei Unverfallbarkeit und Limitierung der Möglichkeiten der einseitigen Leistungseinschränkung primäre Anliegen des BPG waren.

Das BPG beinhaltet arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen für ein PKS, die zum Schutz des einzelnen AN relativ zwingend gestaltet sind. Die Einhaltung dieser Bestimmungen wird ua auf Grund der Verknüpfung mit dem PKG von der FMA und der Verknüpfung mit dem EStG sowie ASVG von der Betriebsprüfung überwacht. Die Interpretation der relevanten Bestimmungen des BPG obliegt daher nicht nur den Arbeitsgerichten und in letzter Instanz dem OGH, sondern auch dem VwGH.

⁵⁴ ZB *Welser*, Widerrufsvorbehalt und Teilkündigungsvereinbarung bei entgeltwerten Leistungen des Arbeitgebers, RdA 1991, 1; *Adamovic*, Kommentar zu OGH 13.4.1988, 9Ob29/88 bei einem besonderen Naheverhältnis der Beteiligten und der Einordnung einer freien BV als Vertrag zu Gunsten Dritter.

⁵⁵ OGH 1.2.2007, 9ObA18/06x.

1.2. Die Höhe der vom Arbeitgeber zu entrichtenden Beiträge (§ 3 (1) Z 2 2. und 3. Teilsatz)

1.2.1. Inhalt und Interpretationen

Entsprechend dem AB zeigt sich auch in der Praxis, dass das Leistungsrecht iW.S. das Kernstück der Grundlagenvereinbarung ist⁵⁶. Daraus erwirbt der AN „...einen klagbaren Anspruch gegen den AG auf Erbringung der zugesagten Beitragszahlung an die Pensionskasse“.⁵⁷ Bei bo PKS wird nicht die Leistung bestimmt, sondern ist insbesondere die Höhe der AG-Beiträge festzulegen. Die Höhe der Betriebspension ergibt sich „... aus den Beiträgen und den erzielten Beträgen ...“.⁵⁸

Zentrale Bestimmungen dafür sind § 3 (1) Z 2 2. und 3. Teilsatz (TS). Zusätzlich lässt die Zusammenschau der rechtlich relevanten Bestimmungen für bo PKS den Willen des Gesetzgebers erkennen, dass die Höhe der Beiträge jedenfalls so festzusetzen ist, dass grundsätzlich eine laufende Pensionszahlung ermöglicht wird, dh die Abfindungsgrenze des § 1 (2) und (2a) PKG von derzeit 9.900 Euro zum Pensionierungszeitpunkt aller Voraussicht nach überschritten wird. Ausdrücklich wird dies nur in den Einkommensteuerrichtlinien⁵⁹ sowie in den EB zur Novelle 1996⁶⁰ angeführt. *Felbinger* weist entsprechend diesen Ausführungen darauf hin, dass nur aus Beiträgen gem § 3 (1) Z 2 2. TS diese Grenze voraussichtlich überschritten werden sollte.⁶¹ In der Folge werden diese Beiträge als „Basisbeiträge“ bezeichnet.

Bei nachstehenden Meinungen über den Inhalt dieser Bestimmung muss bedacht werden, dass bloß *Felbinger*, *Bednar* und *Schima* nach Inkrafttreten der Novelle 1996 näher auf

⁵⁶ Vgl *Dollinger* in *Kapl*, Leitfaden für die betriebliche Altersvorsorge² (1990) 57: „§ 3 Abs. 1 Z 2 stellt gewissermaßen das Kernstück der Betriebsvereinbarung dar. Es geht hierbei einerseits um die Beiträge des Arbeitgebers, andererseits um die den Arbeitnehmern daraus gegenüber der Pensionskasse erwachsenden Leistungsansprüche.“; *Eberhartinger* in *Eberhartinger*, Mehr Pension durch die Pensionskasse (1990) 121.

⁵⁷ 1318 BlgNR 17.GP 3; *Schrammel*, BPG (1992) [§ 19] [1]; *Binder*, Rechtsprobleme des Dreiecksverhältnisses zwischen Unternehmer, Pensionsbegünstigtem und Pensionskasse, ZAS 1991, 106; *Hipsch*, Betriebspension (1996) 113; vgl auch das Erk VwGH 20.3.2006, 2005/17/0239, das von einer grundsätzlichen Beitragspflicht ausgeht.

⁵⁸ Vgl auch OGH 4.5.2005, 8ObA99/04y; 15.12.2004, 9ObA92/04a; 20.10.2004, 8ObA112/03h.

⁵⁹ EStR 2000 26.6.2006 Rz 1276.

⁶⁰ 387 BlgNR 20.GP 12.

⁶¹ *Felbinger*, Betriebliche Altersvorsorge³ (2006) 172.

diese Bestimmungen eingehen konnten. Alle anderen literarischen Aussagen beziehen sich auf eine Fassung vor dieser Novelle, d.h. ohne 3. TS.

1.2.1.1. § 3 (1) Z 2 2. TS (Basisbeiträge)

§ 3 (1) Z 2 2. TS gibt hinsichtlich der Beitragsgestaltung vor, dass die Höhe der Beiträge „betragsmäßig oder in fester Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen festzulegen“ ist. Nähere Erläuterungen dazu finden sich im AB⁶² nicht.

Die Zulässigkeit von regelmäßigen Beitragszahlungen, die mit einem Betrag, allenfalls mit einer üblichen Wertanpassung vorgesehen oder in Prozent von Entgeltbestandteilen wie zB Grundgehalt vereinbart sind, ist unumstritten. Diese Arbeit beschäftigt sich mit der in der Praxis viel diskutierten und umstrittenen Frage der Zulässigkeit von schwankenden Beitragshöhen, konkret mit der Beitragsgestaltung in Abhängigkeit von PZ und GBS. Zunächst zur Meinung der hL:

Dollinger leitet ohne nähere Erläuterungen aus der Formulierung des § 3 (1) Z 2 2. TS ab, dass für die Festlegung des Beitrages eine Relation zur wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens unzulässig ist, hält aber ein Offenhalten für Einmalzahlungen in einer Zusatzvereinbarung mit dem BR für zulässig.⁶³ Eine ähnliche Meinung vertreten *Farny/Wöss*. Eine Zuzahlung für den Fall des Vorliegens besonderer Voraussetzungen (bestimmter Jahresgewinn) soll möglich sein, wenn außer Zweifel steht, dass die stetige Beitragszahlung, die „das Wesen einer Pensionszusage gebietet“, die zentrale Komponente des PKS darstellt und damit der Schutzzweck des § 3 (1) Z 2 2. TS sowie § 6 erfüllt wird. Der Gesetzgeber hat nach deren Verständnis die Formulierung gewählt, um „die bestehende Gefahr des Abstellens der AG-Beiträge auf weitgehend unvorhersehbare Entwicklungen (etwa auf die jeweilige Ertragslage des Unternehmens)...“⁶⁴ und damit die Umgehung des § 6 hintanzuhalten. *Felbinger* schließt sich im Wesentlichen diesem Verständnis an. Gleich wie *Far-*

⁶² 1318 BlgNR 17.GP.

⁶³ *Dollinger* in *Kapl*, Leitfaden für die betriebliche Altersvorsorge² (1990) 57.

⁶⁴ *Farny/Wöss*, Betriebspensionsgesetz Pensionskassengesetz (1992) [§3] [11].

ny/Wöss⁶⁵ nennt er die Orientierung der Lebensplanung des AN als Grund für die Formulierung dieser Bestimmung (zur Planbarkeit siehe 1.7 unten).⁶⁶

Schima bezeichnet die Beiträge gem § 3 (1) Z 2 2. TS als „feste“ Beiträge. Die Formulierung erlaubt sE „keine Anknüpfung an erfolgsbezogene und damit naturgemäß variable Gehaltsbestandteile (zB Bonusregelungen in Abhängigkeit vom Jahresergebnis)“⁶⁷. Er stützt sich dabei auf die Meinung von *Schrammel*, dass entweder eine betragsmäßige Festlegung erfolgen oder ein Prozent- bzw Promillesatz eines für eine bestimmte Zeiteinheit gebührenden, regelmäßigen Entgeltes des AN festgelegt sein muss (vgl auch 1.2.1.1.1 unten).

Gerlach versteht den Willen des Gesetzgebers zu dieser Bestimmung anders. Die Bestimmung des § 3 Abs 1 Z 2 BPG will „... offensichtlich nur gewährleisten, daß die Höhe der AG-Beiträge einerseits auf nachvollziehbare Weise festgesetzt, andererseits aber vor willkürlichen Veränderungen geschützt wird.“⁶⁸

Wie unter 1.1.3 oben angeführt ist primäres Ziel des Gesetzgebers die Unverfallbarkeit und Limitierung der Möglichkeiten der Beitragseinschränkung. AN sollen das nicht verlieren, worauf sie berechtigterweise vertraut haben (bereits Erworbenes und für die Zukunft Versprochenes). Worauf AN vertrauen dürfen, soll sich aus der Grundlagenvereinbarung ergeben, in der die Höhe der Beiträge in der vorgegebenen Form festzulegen sind.

Offensichtlich ist die Vorgabe, wie die Festlegung der Beiträge in bo PKS vorgesehen werden kann, in Anlehnung an die bis dahin bekannten Vorsorgemodelle erfolgt. Die Höhe der Leistung war in lo Zusagen typischerweise betragsmäßig bestimmt oder in Relation zum im Pensionierungszeitpunkt aktuellen, laufenden Entgelt (bzw Entgeltbestandteilen) festgelegt. So sieht es § 3 (1) Z 2 2. TS nun auch vor.

Das von einigen Autoren genannte Ziel der Planbarkeit bzw Abschätzbarkeit der bo PK-Pension wird in der Praxis natürlich von den Anbietern bestmöglich verfolgt, doch kann ein kapitalmarktabhängiges System keine stetige oder vorhersehbare Entwicklung bieten.

⁶⁵ Farny/Wöss, Betriebspensionengesetz Pensionskassengesetz (1992) [§3] [11].

⁶⁶ Felbinger, Betriebliche Altersvorsorge³ (2006) 172.

⁶⁷ Schima in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht, Kap VII Rz 56.

⁶⁸ Gerlach, Zur „Höhe der Beiträge“ gem § 3 Abs 1 Z 2 BPG, ecolex 1991, 187.

Daran ändert auch eine stetige Beitragszahlung nichts. Weil Schwankungen der Pensionshöhe systemimmanent sind und – wie die letzten Jahre gezeigt haben – auch in massiven Ausmaß wirken können, halte ich die Ansicht, eine stetige Beitragszahlung wäre für eine Lebensplanung erforderlich und deshalb Ziel des Gesetzgebers, bloß für eine Wunschvorstellung, die falsche Erwartungshaltungen bei den Berechtigten weckt. Darüber hinaus gibt es noch eine Reihe anderer Umstände, die dieses Ziel eine Verwirklichung verwehren (siehe 1.7 unten).⁶⁹

Einige Autoren setzten sich näher mit der Wortfolge „in fester Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen“ sowie mit dem Begriff „betragsmäßig“ näher auseinander:

1.2.1.1.1. „in fester Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen“

Exkurs zum Entgeltbegriff

Eine allgemein gültige Legaldefinition gibt es nicht. Der OGH hält fest: „Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung wird unter Entgelt jede Art von Leistung verstanden die dem AN für die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft gewährt wird; der Begriff des Entgelt ist der allgemeinste und umfassendste Ausdruck für alle Lohnansprüche.“⁷⁰ Ähnlich definiert auch der EuGH den Begriff des Entgelts als „alle gegenwärtigen oder künftigen in bar oder in Sachleistungen gezahlten Vergütungen, vorausgesetzt, daß sie der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer wenigstens mittelbar aufgrund des Dienstverhältnisses zahlt“.⁷¹

Es wird deutlich, dass der Entgeltbegriff sehr weit gefasst ist. Karner hält allgemein zum Entgeltbegriff fest, dass aufgrund des weiten Entgeltbegriffes dieser „neben dem laufenden Gehalt/Lohn auch alle anderen fixen oder variablen, regelmäßig oder unregelmäßig, ordentlich oder außerordentlich gewährten Leistungen des Arbeitgebers, welche im Synallagma des Arbeitsvertrages stehen, umfasst, ...“⁷². Dabei kommt zum Ausdruck, dass „fix“

⁶⁹ In der Praxis wird stellenweise leider immer noch versucht, mit einem bo PKS die „Gleichwertigkeit“ mit bisherigen leistungsorientierten Systemen darzustellen, anstatt die Chancen und Risiken umfassend zu erläutern.

⁷⁰ OGH 27.11.1997, 8ObA2349/96a.

⁷¹ EuGH 13.05.1986, Rs C-170/84 (Bilka); EuGH 17.5.1990, Rs C-262/88 (Barber).

⁷² Karner in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht, Kap VI Rz 1.

und „regelmäßig“ im Zusammenhang mit Entgelt nicht gleichbedeutend sein müssen. Auch für Schwarz/Löschnigg ist die logische Konsequenz der modernen Auffassung ein weiter Entgeltbegriff (inklusive Prämien, Umsatzprovisionen, Gewinnbeteiligungen, Mitarbeiterbeteiligungen, etc.), der den Arbeitsvertrag nicht bloß als Tausch von Arbeit und Lohn sieht.⁷³

Die gedankliche Ordnung von Mazal/Engelbrecht⁷⁴ hilft beim „wording“. Sie verstehen „Entgelt“ bzw auch „Bezüge“ als weit gefasste Begriffe und „Lohn“ bzw „Gehalt“ entsprechend der Judikatur im Sinne eines Grundentgelts ohne Zulagen.

Es gibt die verschiedensten Entgeltformen. Das Gehalt wird typischerweise als monatlicher Zeitlohn⁷⁵ personenbezogen, in der Regel bedarfsorientiert oder anhand der Qualifikation des AN als zentrales Kriterium, festgelegt.⁷⁶

PZ werden typischerweise arbeitsbezogenen, zB in Abhängigkeit vom Arbeitsergebnis oder der Arbeitsmenge festgelegt⁷⁷ und dienen dem Ansporn⁷⁸ (zu PZ siehe 2 unten)

Gewinnbeteiligungen sind von der wirtschaftlichen Entwicklung des AG ieS oder bei konzernmäßig verbundenen Unternehmen iwS abhängig. Sie werden zB in Verbindung mit betriebswirtschaftlichen Kennziffern, wie Umsatz, Ertrag, Gewinn, Wertzuwachs an der Börse festgelegt.⁷⁹ (zu GBS siehe 2 unten)

Die Provision ist eine erfolgsbezogene Entlohnung, die vorwiegend vom persönlichen Geschick und Ausdauer des AN, aber auch von leistungsunabhängigen Elementen wie zB vom Kundenverhalten und wirtschaftlichen Situationen abhängig ist.⁸⁰ Manchmal wird sie als Mischform zwischen den Erfolgen des Innen- und Außendienstes gestaltet, womit Abhän-

⁷³ Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 278.

⁷⁴ Mazal/Engelbrecht, Der Angestelltdienstvertrag (1999) 35.

⁷⁵ Mazal/Engelbrecht, Der Angestelltdienstvertrag (1999) 37.

⁷⁶ Kolm in Resch, Leistungs- und erfolgsbezogene Entgeltfindung (2003) 16.

⁷⁷ Kolm in Resch, Leistungs- und erfolgsbezogene Entgeltfindung (2003) 16.

⁷⁸ Kuras, Möglichkeiten und Grenzen einzelvertraglicher Gestaltungen im aufrechten Arbeitsverhältnis, ZAS 2003, 19.

⁷⁹ Kolm in Resch, Leistungs- und erfolgsbezogene Entgeltfindung (2003) 16; Achitz/Krapf/Mayrhofer, Leitfaden für Betriebsvereinbarungen (2001) 151.

⁸⁰ OGH 30.1.1997, 8ObA2046/96g; Achitz/Krapf/Mayrhofer, Leitfaden für Betriebsvereinbarungen (2001) 59.

gigkeiten und Wechselwirkungen sichtbar werden.⁸¹ Auch die Umsatzprovision ist als Entgelt zu beurteilen.⁸²

Remunerationen werden typischerweise aus bestimmten Anlässen oder für bestimmte Zeiträume gewährt.⁸³

Sozialleistungen existieren in der Praxis in vielfältigster Natur: Betriebspensionen, Personenversicherungen, Familienzulagen, Dienstauto etc.⁸⁴

Seit einigen Jahren haben sich die Entgeltstrukturen deutlich verändert. Nicht mehr nur bei Managern auf höchster Ebene, sondern immer mehr auch von jedem AN wird Flexibilität bei der Erbringung der Leistung und noch mehr beim Ausmaß des Entgelts verlangt. Insbesondere PZ und GBS finden Eingang in das Entgelt großer Belegschaften. Die leistungs- und erfolgsbezogene Entgeltfindung dient dabei auch als Steuerungs- und Kontrollinstrument.⁸⁵

Inwieweit diese Entgeltbestandteile als laufend iSd § 3 (1) Z2 2. TS zu qualifizieren sind, wird nachstehend näher erörtert.

Eine Anlehnung an die Aussagen zur Einbeziehung in die Abfertigung kann hilfreich sein, weil dafür nach hA erforderlich ist, dass die Entgeltbestandteile mit gewisser Regelmäßigkeit gebühren: „Der Entgeltbegriff ist weit auszulegen und erfährt im Abfertigungsrecht insofern eine Einschränkung, als der Durchschnittsverdienst als "das für den letzten Monat gebührende Entgelt" sich aus den mit einer gewissen Regelmäßigkeit wenn auch nicht in jedem Monat wiederkehrenden Bezügen, aber auch aus den in größeren Zeitabschnitten oder nur einmal im Jahr zur Auszahlung gelangenden Entgeltbeträgen zusammensetzt (Arb 9942, 11.294, 11.338, 11.416; 9 ObA 20/99b). Gewinnbeteiligungen (Arb 11.294) und Erfolgsprämien (RdW 1991, 270) können unter dem Gesichtspunkt der Regelmäßigkeit betrachtet in die Berechnungsgrundlage der Abfertigung einbezogen werden. Gelegenheitsentgelt (RdW 1998, 700) aber auch einmalige Beträge, die im Hinblick auf die vom Arbeit-

⁸¹ Kolm in Resch, Leistungs- und erfolgsbezogene Entgeltfindung (2003) 19.

⁸² OGH 24.10.2001, 9ObA202/01y.

⁸³ Mazal/Engelbrecht, Der Angestelltendienstvertrag (1999) 38.

⁸⁴ Mazal/Engelbrecht, Der Angestelltendienstvertrag (1999) 40.

⁸⁵ Kolm in Resch, Leistungs- und erfolgsbezogene Entgeltfindung (2003) 15.

nehmer erbrachte Arbeitsleistung oder als Belohnung für einen besonderen Erfolg mangels einer regelmäßig wiederkehrenden Leistung bezogen werden.“⁸⁶ Darüber hinaus sieht der OGH in beiden Rechtsinstituten einen vergleichbaren Versorgungscharakter.⁸⁷

Ende Exkurs

Gerlach versteht unter „laufendem Entgelt“ iSd BPG jene Entgelte, auf deren regelmäßige Gewährung nach bestimmten Regeln ein Rechtsanspruch besteht. Gewinnabhängige Prämien fallen sE unter diesen Begriff, nicht aber Einmalzahlungen wie Abfertigung oder Jubiläumsgeld.

Schrammel bezeichnet als „laufendes Entgelt“ die „Gegenleistung für die erbrachten Dienste in einer bestimmten Zeiteinheit.“ Damit sind sE auch erfolgsorientierte Entlohnung (zB Akkordlohn) gemeint; nicht jedoch zB Jubiläumsgelder, Bilanzgelder, Gewinnbeteiligungen und Umsatzprovisionen, weil diese „nicht unmittelbar mit Arbeitsleistungen in einer bestimmten Zeiteinheit verknüpft sind“, obwohl diese den Beitrag des AN zum Geschäftserfolg abgelten.⁸⁸ Im Anwendungsbereich des BPG versteht *Schrammel* ein „regelmäßig wiederkehrendes Entgelt“, so zB auch Remunerationen, sofern diese in regelmäßigen Abständen gewährt werden (wenn auch aus bestimmten Anlass).

Felbinger gibt das Ergebnis von *Schrammel* wieder und ergänzt dies mit dem Hinweis auf die Orientierung der Lebensplanung (vgl 1.2.1.1 oben).⁸⁹

Schrammel erklärt nicht näher, was unter „unmittelbar mit Arbeitsleistungen ... verknüpft“ zu verstehen ist. Offenbar meint er einen Zusammenhang zwischen der ausschließlichen persönlichen Arbeitsleistung und dem Entgelt.⁹⁰ Warum er diesen (vermuteten) engen Zusammenhang verlangt, lässt sich den Ausführungen nicht entnehmen. Gewinnbeteiligungen und Umsatzprovisionen sind auch (aber nicht nur) von der persönlichen Arbeitsleistung abhängig und gebühren als Gegenleistung für erbrachte Dienste, weil sie ohne diese nicht

⁸⁶ OGH 11.7.2007, 9ObA125/01z.

⁸⁷ OGH 27.11.1997, 8ObA2349/96s (Dabei verneint der OGH wegen des Versorgungscharakters der Betriebspension und einer sonstigen „Doppelleistungspflicht“ die Einrechnung der Betriebspension in die Abfertigung).

⁸⁸ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 3] [6.2.2.2].

⁸⁹ *Felbinger*, Betriebliche Altersvorsorge³ (2006) 172.

⁹⁰ *Schrammel* wird auch von der FMA so verstanden (vgl VwGH 20.3.2006, 2005/17/0239).

gebühren würden. Darüber hinaus ist die Gewinnbeteiligung bzw Umsatzprovision idR der Arbeitsleistung während einer bestimmten Zeiteinheit zuordenbar. Die Höhe dieser Entgeltbestandteile ist nicht nur von der eigenen Arbeitsleistung abhängig, doch ist das bei individuellen Gehaltserhöhungen und Akkordlöhnen ebenso wenig immer der Fall wie bei individualzielabhängigen Entgeltbestandteilen. ME sind immer Abhängigkeiten von anderen Personen (unternehmensintern bzw -extern) oder Umständen (zB Arbeitsbedingungen, wirtschaftliche Situation des Unternehmens) gegeben. Natürlich sind manche Entgeltbestandteile deutlich stärker von der persönlichen Arbeitsleistung abhängig als andere.

Für das Erfordernis der Abhängigkeit eines laufenden Entgeltbestandteiles bloß von der persönlichen Leistung, würde allenfalls eine Zusammenschau mit § 6 sprechen, der gem AB die Erwartbarkeit der Zusage schützen möchte. Der Gesetzgeber hat aber an eine bestimmte Bemessungsgrundlage angeknüpft und Änderungen in der Bemessungsgrundlage, die der Gesetzgeber im übrigen Arbeitsrecht zulässt, wirken sich an dieser Stelle aus. Nimmt die Vorhersehbarkeit der Bemessungsgrundlage ab, nimmt auch die Vorhersehbarkeit der davon abhängigen PK-Zusage ab. Wenn AN mit der Höhe nach variablen Entgeltbestandteilen zurecht kommen müssen, wird ihnen das auch im Bereich der Betriebspension zumutbar sein, die entsprechend der Entschließung des Nationalrates nur die gesetzliche Altersvorsorge ergänzt und nicht ersetzen soll. Was unter laufend zu verstehen ist, kann mE nur von der Verpflichtung zur gewissen Regelmäßigkeit bzw Wiederkehr abhängen.

Zu diesen Anmerkungen ist festzuhalten, dass zwischen der Darstellung von *Schrammel* und den vorliegenden Ausführungen ca 15 Jahre liegen und sich in dieser Zeit die Entgeltstrukturen deutlich verändert haben (siehe 1.7 unten).

Schindler hält im Zusammenhang mit der Abfertigung fest, dass es in Lehre und Rspr unstrittig ist, dass jede Leistung für die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft Entgelt und nicht ein „Geschenk“ ist. Damit ist sE die wirtschaftliche Betrachtungsweise auch für diesen Begriff entscheidend und der Entgeltcharakter einer vereinbarten Unternehmensbeteiligung offenkundig. Er deklariert eine jährlich wiederkehrende eingeräumte Unternehmensbeteiligung in sinngemäßer Anwendung der für Naturalleistungen unstrittigen Auffassung als Bestandteil des regelmäßigen Entgeltes.⁹¹ Gerade auch auf Grund der regelmäßig

⁹¹ *Schindler*, „Deferred compensations“, insb Betriebspensionszusagen als abfertigungsrelevante Entgelte, RdA 1999, 187.

gebührenden Beteiligungsergebnisse tritt *Schindler* klar für die Einbeziehung in die Abfertigung ein.⁹²

Der OGH hat dargelegt, dass eine vereinbarte Gewinnprämie als regelmäßiger (wenn auch von einem bestimmten Unternehmenserfolg abhängiger) Bezug einen Bestandteil der Bemessungsgrundlage für die Abfertigung bildet.⁹³ In diesem Zusammenhang ist auch eine Entscheidung des ASG Wien zu erwähnen, in der eine Gewinnbeteiligung, die keine direkte Zuordnung einer konkreten Leistung des AN zulässt und auf die durch regelmäßige Gewährung ohne weiterer Vorbehalte ein Anspruch erwachsen ist, in die Abfertigung einzu beziehen ist.⁹⁴ Damit kommt mE zum Ausdruck, dass eine Gewinnbeteiligung mit Rechtsanspruch als Entgelt zu qualifizieren ist, das mit gewisser Regelmäßigkeit gebührt, weil es ansonsten nicht Eingang in die Abfertigung finden würde. Auf die Verknüpfung mit der unmittelbaren Leistungserbringung kommt es dabei offenbar nicht an.

Wie schon ausgeführt, erlaubt der BPG-Gesetzgeber die Anknüpfung an „laufendes Entgelt“ sowie „laufende Entgeltbestandteile“, worunter mE alle Leistungen zu verstehen sind, die dem AN für die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft in einer bestimmten Zeiteinheit mit einer gewissen Regelmäßigkeit gewährt werden. Da der Gesetzgeber die „laufenden“, und nicht „der Höhe nach im Wesentlichen gleich bleibenden“ oder sogar „steigenden“ Entgelte oder Entgeltbestandteilen verlangt⁹⁵, können der Höhe nach variable Entgelte oder Entgeltbestandteile bei gewisser Regelmäßigkeit auch als Grundlage für einen PK-Beitrag geeignet sein. Die Variabilität des laufenden Entgelts oder Entgeltbestandteiles der Höhe nach geht soweit, wie der Gesetzgeber im Allgemeinen die Variabilität von laufendem Entgelt bzw Entgeltbestandteilen der Höhe nach zulässt. Dazu gehört ua Entgelt überwiegend in Abhängigkeit vom eigenen Arbeitserfolg (zB PZ) ebenso wie Entgelt in Abhängigkeit vom Verhalten anderer Personen und äußerer Umstände (zB Provisionen), wie auch Entgelt in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens

⁹² *Schindler*, „Deferred compensations“, insb Betriebspensionszusagen als abfertigungsrelevante Entgelte, RdA 1999, 187.

⁹³ OGH 27.6.1990, 9ObA145/90.

⁹⁴ ASG Wien 11.5.2001, 3Cga163/00m.

⁹⁵ Vgl dazu auch die Ausführungen von *Bednar* in Zusammenhang mit § 3 (1) Z2 3. TS unter 0.

(zB Gewinnbeteiligungen⁹⁶). Letztere waren vermutlich bei Gesetzwerdung nicht im zentralen Fokus, weil sie zum damaligen Zeitpunkt in Österreich noch nicht weit verbreitet waren.⁹⁷ Das kann aber nicht der Grund für eine einschränkende Interpretation des Gesetzes sein, wenn mittlerweile der Höhe nach variable, aber laufende Entgeltbestandteile in vielen Branchen Eingang gefunden haben.

Für die Qualifikation von PZ oder GBS als laufender Entgeltbestandteil ist zu beurteilen, ob es auf Grund der Gestaltung sehr wahrscheinlich ist, dass der Entgeltbestandteil mit einer gewissen Regelmäßigkeit gebührt; ME könnte dieser im Ausnahmefall Null sein. Dabei kann ein Rückblick auf die Vergangenheit die Beurteilung unterstützen.

Durch die Anknüpfung an „laufende Entgelte oder Entgeltbestandteile“ setzt der BPG-Gesetzgeber diese voraus und akzeptiert diese, sofern sie den sonstigen arbeitsrechtlichen Regelungen entsprechen. Dabei muss zur Kenntnis genommen werden, dass im Zusammenhang mit der Höhe von laufenden Entgeltbestandteilen der AG immer deutlicher Einflüsse hat und diese bei daraus abgeleiteten Beiträgen sichtbar werden. Auch die außerordentlichen Erhöhungen von Lohn und Gehalt geben einen Gestaltungsspielraum und werden von der wirtschaftlichen Situation des AG abhängig sein. Daher stört die mögliche Einflussnahme des AG auf die Höhe des laufenden Entgeltbestandteiles in Form einer PZ oder Zahlungen aus einem GBS nicht, insoweit diese aus vertretbaren unternehmenspolitischen oder personalpolitischen Gründen erfolgt. Typischerweise hat der AG bei derartigen Entgeltbestandteilen einen größeren Spielraum; diesen Gestaltungsspielraum wird er aber schon aus allgemeinen arbeitsrechtlichen Überlegungen nicht ausschließlich zum Zweck der Verringerung des Entgeltbestandteiles nutzen dürfen.

Eine Unterscheidung dahingehend, dass bestimmte wirtschaftliche Kennzahlen einer Basis für einen laufenden Entgeltbestandteil iSd BPG zugänglich sind und andere, „leichter manipulierbare“ Kennzahlen nicht, ist wenig zielführend, weil fast für jede unternehmerische Aktion mehrere Alternativen zur Wahl stehen (Zeitpunkt, Ausmaß, Art, Ausgestaltung etc). Die Annahme, dass ein Unternehmen ausschließlich in Hinblick auf diesen, von wirt-

⁹⁶ AA VwGH 20.3.2006, 2005/17/0239 (vgl 1.2.2), der sich aber nicht einmal mit der Möglichkeit auseinandersetzt, dass die Gewinnbeteiligung ein laufender Entgeltbestandteil sein könnte.

⁹⁷ Die Bedeutung der Höhe nach variablen Entgelten hat offenbar gerade Anfang der 90iger zugenommen. Der BV-Tatbestand der Z 16 in § 97 (1) ArbVG wurde mit 1.1.1993 aufgenommen.

schaftlichen Kennzahlen abhängigen Entgeltbestandteil agiert, halte ich für unzutreffend. Sollte dies dennoch der Fall sein, dann wird dem AG vorzuhalten sein, dass er seine Gestaltungsrechte in verpönter Weise ausübt. Der Maßstab muss nach der hier vertretenen Auffassung aber nicht so eng gesetzt werden, wie in den höchstgerichtlichen Entscheidungen zur Ausübung der Gestaltungsrechte im Rahmen der Betriebspensionen, weil dort regelmäßig von der Vernichtung von bereits erworbenen Anwartschaften bzw Leistungsansprüchen die Rede ist. Das ist in einem bo PKS schon auf Grund der übrigen rechtlichen Rahmenbedingungen nicht möglich.

Problematisch ist der laufende Entgeltbestandteil der PZ bzw Zahlungen aus einem GBS als Grundlage für einen Basisbeitrag immer dann, wenn aller Voraussicht nach (auf Grund der getroffenen diesbezüglichen Regelungen und Gestaltung) der Entgeltbestandteil nicht mit einer gewissen Regelmäßigkeit gebühren wird. Wichtig ist darüber hinaus, dass die Einräumung von Ansprüchen auf eine Prämiengewährung oder Gewinnbeteiligung dem Grunde und der Höhe nach nach festgesetzten Regeln folgt, weil andernfalls die Qualifikation als laufender Entgeltbestandteil nicht gesichert ist.

Die für die Festlegung der Beiträge erforderliche Tauglichkeitsprüfung eines Entgeltbestandes als Grundlage für einen PK-Beitrag hat ex ante zu erfolgen⁹⁸. Stellt sich zu einem späteren Zeitpunkt heraus, dass die ex ante Einschätzung unzutreffend ist, würde die Grundlagenvereinbarung nicht dem Mindestinhalt des § 3 (1) Z 2 2. TS erfüllen und die Grundlagenvereinbarung wäre anpassungsbedürftig. Der AG muss eine neuerliche Einigung mit allen Vertragspartnern finden, widrigenfalls der PKV gem § 15 (4) PKG potenziell mit Nichtigkeit bedroht ist. Zu den Rechtsfolgen siehe 1.2.3 unten. Die Verhandlungsposition des AG ist in dieser Situation nicht günstig, doch weiß er (bzw sollte er) bei Beitragsfestlegung über dieses Risiko Bescheid (wissen).

Die Rechtsansicht, dass eine Gestaltung eines PKS von vorneherein unzulässig sei, weil es denkbar ist, dass der laufende Entgeltbestandteil irgendwann einmal vielleicht nicht mehr als laufend zu qualifizieren ist, halte ich jedenfalls für verfehlt. Gerade im Bereich von

⁹⁸ In Anlehnung an die Prüfung der Grundrechtskonformität des ermittelten Deckungskapitals für eine Übertragung in die Pensionskasse, die entsprechend den Verhältnissen im Übertragungszeitpunkt erfolgt.

Entgeltsstrukturen kann sich bereits in einem Jahrzehnt vieles ändern; das PKS ist aber auf viele Jahrzehnte ausgerichtet und bedarf in der Praxis immer wieder einer Anpassung.

Klar ist jedenfalls, dass es sich bei Beiträgen in fester Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen gezwungenermaßen auch um eine laufende Beitragszahlung handelt und eine Einschränkung der festen Relation bzw ein Aussetzen oder ein Widerruf nur unter den in § 6 genannten Voraussetzungen zulässig sind. Die Veränderung der Beitragsgrundlage, des laufenden Entgeltbestandes der Höhe nach, ist nicht Inhalt des § 6 (vgl 1.3.1.2 unten).

Zur Frage der Zulässigkeit von Bedingungen siehe 1.6 unten.

1.2.1.1.2. „betragsmäßig“

Freissmuth sieht nur den Fixbeitrag in Form eines statischen Modells.⁹⁹ *Felbinger* versteht darunter eine fixe Größe, die mit oder ohne Wertanpassung festgelegt werden kann. Die Wertanpassung könnte fix sein, in Anbindung an einen VPI oder in einer Verknüpfung mit kollektivvertraglichen Lohnerhöhungen bestehen. Ebenso könnten die Beitragsanpassungen auch in Abhängigkeit von Umsatzsteigerungen, Gewinnzuwächsen im Unternehmen, etc vorgenommen werden.¹⁰⁰ Letzteres läuft mE auch auf die von *Gerlach* erwähnte „Bestimmbarkeit“ hinaus, die er am Beispiel einer Kombination mit einem GBS für zulässig erachtet.¹⁰¹

ME bedeutet „betragsmäßig“, dass ein konkreter Betrag festgelegt werden muss. Eine gewisse, für den Berechtigten einfach nachvollziehbare Wertanpassungsklausel für laufende Beiträge, wie sie auch in Gesetzen und AGBs manchmal vorgesehen ist, erachte ich auch vom Wortlaut gedeckt. Nicht aber die „Bestimmbarkeit“, die nicht im kurzen Wege für den Berechtigten nachvollziehbar ist.

Der Gesetzgeber ermöglicht mit der betragsmäßigen Festlegung nicht nur laufende Beiträge, sondern auch einmalige Beiträge. *Freissmuth* hingegen meint, dass die Finanzierung der betrieblichen Altersvorsorge im Rahmen von PK grundsätzlich durch laufende Beiträge erfolgt. Einmalbeiträge seien lediglich in Ausnahmefällen zulässig (zB Übertragung oder

⁹⁹ *Freissmuth* in *Eberhartinger*, Mehr Pension durch die Pensionskasse (1990) 205.

¹⁰⁰ *Felbinger*, Betriebliche Altersvorsorge³ (2006) 172.

¹⁰¹ *Gerlach*, Zur „Höhe der Beiträge“ gem § 3 Abs 1 Z 2 BPG, *ecolex* 1991, 187.

Nachschusszahlungen).¹⁰² Diese Einschränkung kann dem Gesetzestext nicht entnommen werden. Der Gesetzgeber verlangt die Festlegung der Höhe der zu leistenden Beiträge, die betragsmäßig oder in fester Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen zu vereinbaren sind und erwähnt auch noch die allfällige Anpassung der Beiträge bei auftreten von zusätzlichen Deckungserfordernissen. Einmalbeiträge können der betragsmäßigen Festlegung ohne weiteres gerecht werden; wenn sogar Übertragungen gem § 48 PKG (die man als „Beitrag“ sui generis betrachten könnte) nach Meinung des OGH gemäß § 3 (1) Z 2 2. TS betragsmäßig festzulegen sind¹⁰³, muss diese Bestimmung umso mehr Einmalbeiträge unabhängig von einer Übertragung zulassen. Die Nachschüsse sind gem § 5 Z 3 lit b) PKG grundsätzlich Einmalbeiträge. Hätte der Gesetzgeber ausschließlich laufende Beiträge mit Ausnahme von Übertragung und Nachschuss zulassen wollen, hätte er das unzweifelhaft zum Ausdruck bringen müssen.¹⁰⁴ Vielmehr gibt es Sonderbestimmungen für die Fälle der Übertragung und des Nachschusses im PKG und EStG.

Bei ausschließlich einmaligen Beiträgen müsste selbstverständlich die Höhe dergestalt sein, dass mit dem einmaligen Beitrag grundsätzlich eine Pensionsleistung zu erwarten ist. Außer im Fall der Übertragung von bereits bestehenden Anwartschaften aus direkten Leistungszusagen spielen ausschließliche Einmalbeiträge in der notwendigen Größenordnung auf Grund der Regelungen der Unverfallbarkeit in der Praxis eine eher geringe Rolle, weil bei Leistung „vorab“ damit die oft erwünschte Bindungswirkung wegfällt und bei Leistung „im Nachhinein“ zwar ein Belohnungseffekt gegeben ist, der Effekt der Motivation aber nur gegeben ist, wenn der Beitrag vorab versprochen ist. Vorstellbar ist daher, dass zB nach Erreichen einer bestimmten Anzahl von Dienstjahren ein Einmalbeitrag geleistet wird und zu einem späteren Zeitpunkt nochmals ein Einmalbeitrag vereinbart wird, der die Anwartschaft auf eine Pensionsleistung dann sprunghaft erhöht. Die weit verbreitete Ansicht in der Praxis, dass es jedenfalls laufende Beiträge geben muss¹⁰⁵, kann ich dem Gesetz

¹⁰² *Freissmuth in Eberhartinger*, Mehr Pension durch die Pensionskasse (1990) 204.

¹⁰³ OGH 4.5.2005, 8ObA99/04y; 15.12.2004, 9ObA92/04a; 20.10.2004, 8ObA112/03h.

¹⁰⁴ Erweitert man den Blick auch auf die anderen Durchführungsformen der betrieblichen Altersvorsorge, würde niemand daran zweifeln, dass zB eine Direktversicherung auch gegen einen einmaligen Beitrag zulässig wäre oder einer direkte Leistungszusage zu einem Zeitpunkt unmittelbar vor Pensionsantritt erteilt werden könnte.

¹⁰⁵ ZB *Schrammel*, BPG (1992) [§ 3] [6.2.2.2]; *Freissmuth in Eberhartinger*, Mehr Pension durch die Pensionskasse (1990) 204.

nicht entnehmen. Die geringe praktische Bedeutung kann auch kein Grund für die Unzulässigkeit sein.

Eine größere Bedeutung in der Praxis haben „betragsmäßige“ Einmalbeiträge, die zusätzlich zu laufenden Beiträgen in Relation von laufenden Entgelten und Entgeltbestandteilen geleistet werden. Diese sind aus arbeitsrechtlicher Sicht auch in jeglicher Höhe zulässig, sofern sie im Vorhinein oder im Anlassfall in der Grundlagenvereinbarung vereinbart werden. Der Einwand der mangelnden Stetigkeit der Beitragszahlung greift mE nicht, weil die Vorhersehbarkeit mit einem Einmalbeitrag sogar deutlich verbessert wird.

Zur Zusammenschau mit § 6 siehe 1.3 unten.

Zur Frage der Zulässigkeit von Bedingungen siehe 1.6 unten.

1.2.1.2. § 3 (1) Z 3. TS (variable Beiträge)

Der 3. TS wurde erst mit der Novelle 1996 angefügt: „zusätzlich können variable Beiträge bis zur Höhe der vom Arbeitgeber verpflichtend zu entrichtenden Beiträgen vorgesehen werden“. Hierzu halten die EB zur RV¹⁰⁶ fest:

„In der Z 2 des Abs. 1 wurde klargestellt, dass zusätzlich zu den entsprechend der bisherigen Rechtslage geleisteten fixen Beiträgen auch so genannte variable Beiträge (etwa in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers) geleistet werden können. Die betragsmäßige Beschränkung der variablen Beiträge bis zur Höhe der Fixbeiträge ist deshalb geboten, weil diese Regelung in einem Spannungsverhältnis (Einstellen, Aussetzen und Einschränken) steht und im Hinblick darauf keine exzessiven Gestaltungsmöglichkeiten zulässig sein dürfen, um die Bestimmung des § 6 nicht ins Leere laufen zu lassen. Grundsätzlich sollte schon alleine auf Grund der Finanzierung der Leistungszusage durch fixe Beiträge der Kapitalwert den Abfindungsbetrag übersteigen.“

Felbinger meint dazu, dass lediglich im Rahmen des § 3 (1) Z 3. TS („neben einem Sockelbetrag“, maximal in dessen Höhe) die Möglichkeit besteht, Beitragszahlungen in Abhängigkeit von bestimmten unternehmensbezogenen Zielen festzulegen¹⁰⁷.

¹⁰⁶ 387 BlgNR 20.GP 12.

¹⁰⁷ *Felbinger*, Betriebliche Altersvorsorge³ (2006) 172; vgl auch VwGH 20.3.2006, 2005/17/0239.

Bednar bezweifelt mE zu Recht, dass der in den EB¹⁰⁸ auf den ersten Blick entstehende Eindruck, Beiträge in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Lage des AG wären ausschließlich im Rahmen von Beiträgen gem § 3 (1) Z 2 3. TS zulässig, tatsächlich Deckung im Gesetz findet.¹⁰⁹ Doch bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass die EB¹¹⁰ Beiträge in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Lage des AG nur beispielsweise anführen („...etwa ...“). Der Gesetzgeber hatte offenbar einen häufigen Praxisfall vor Augen, weil es sich bei Beiträgen in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Lage des AG oft (aber nicht immer) um nicht mit einer gewissen Regelmäßigkeit gebührende Entgeltbestandteile und damit um variable Beitragszahlungen handelt.

Zu beachten ist, dass es sich um eine Formulierung in den EB¹¹¹ handelt, die praxisnah die Überlegungen für diese Bestimmung wiedergibt und nicht um einen Gesetzestext, dessen Wortlaut eine Beitragsleistung in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens im Rahmen des § 3 (1) Z 2 2. TS ausschließt.

Bednar führt zu den EB weiters passend aus, dass „laufende“ und „fixe“ Beiträge nicht unbedingt Synonyme sind.¹¹² ME wählen die EB bloß für Beiträge iSv § 3 (1) Z 2 2. TS die Bezeichnung „fixe“ Beiträge, für die selbstverständlich § 6 Anwendung findet. Die EB führen deshalb auch den Willen aus, variable Beiträge iSv § 3 (1) Z 2 3. TS der Höhe nach zu beschränken, um § 6 nicht den Anwendungsbereich zu nehmen.

In diesem Zusammenhang empfiehlt *Bednar* den AG eine Klarstellung, dass variable Beiträge „jederzeit ohne Angabe von Gründen und ohne Konsequenzen eingestellt usw werden dürfen, ...“.¹¹³ Dieser Meinung kann ich nicht folgen. Gem § 3 (1) Z 2 3. TS können im Rahmen des Mindestinhaltes einer Grundlagenvereinbarung variable Beiträge vorgesehen werden. Hätte der Gesetzgeber gemeint, dass das bloße Vorsehen in der Grundlagenvereinbarung ohne weiteres genügt, ist nicht verständlich, weshalb dafür eine Regelung in der

¹⁰⁸ 387 BlgNR 20.GP 12.

¹⁰⁹ *Bednar*, Die Betriebspension² (1997) 221 sowie die Ausführungen unter 1.2.1.1.1..

¹¹⁰ 387 BlgNR 20.GP 12.

¹¹¹ 387 BlgNR 20.GP 12.

¹¹² *Bednar*, Die Betriebspension² (1997) 221; vgl auch die Ausführungen von *Karner* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap VI Rz 1.

¹¹³ *Bednar*, Die Betriebspension² (1997) 221.

Grundlagenvereinbarung vorzusehen ist und nicht die gesetzliche Bestimmung selbst genügt. Aus dem systematischen Zusammenhang ergibt sich daher, dass variable Beiträge in der Grundlagenvereinbarung näher zu konkretisieren sind. Das Vorsehen von variablen Beiträgen ist zwar freiwillig („...können ... vorgesehen werden.“), doch wenn variable Beiträge gewünscht sind, muss deren Festlegung in der Grundlagenvereinbarung erfolgen. Das erfordert auch der Wille nach Transparenz und Nachvollziehbarkeit.¹¹⁴ Natürlich muss es sich dabei nicht um Beiträge handeln, die mit gewisser Regelmäßigkeit geleistet werden.

Variable Beiträge iSv § 3 (1) Z 2 3. TS sind solche, die die Anforderungen des § 3 (1) Z 2 2. TS nicht erfüllen, dh weder betragsmäßig noch in Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen festgelegt werden (1.2.1.1 oben). Das Vorsehen von derartigen Beiträgen ist an keinerlei besondere Vorgaben geknüpft. Bedingungen sind in einem weiteren Ausmaß möglich als das für die Vereinbarung von Beiträgen iSv § 3 (1) Z 2 2. TS möglich ist (vgl 1.5 unten).

Derartige Beiträge können nur zusätzlich und maximal im Ausmaß jener Beiträge geleistet werden, wie jene die gemäß § 3 (1) Z 2 2. TS festgelegt wurden. Welcher Vergleichszeitraum dafür angedacht ist, bleibt offen. In Frage käme mE der Zeitraum der gesamten personenbezogenen Beitragszahlungsdauer. Diese ist aus Gründen der Unkenntnis über die Zukunft nicht greifbar. Die Anlehnung an die Regelung für die Maximierung der zulässigen AN-Beiträge gem § 3 (4) liegt nahe („Die Beiträge des AN dürfen die Summe der jährlichen Beiträge des Arbeitgebers nicht übersteigen...“). ME schadet es aber nicht, wenn nicht in jedem einzelnen Kalenderjahr isoliert betrachtet das Erfordernis erfüllt wird bzw können auch die bereits geleisteten Basis-Beiträge in Summe den variablen Beiträgen in Summe gegenüberstehen.

Die Maximierung ist mE individuell pro AWB und nicht im Kollektiv aller Berechtigten eines AG zu verstehen. Andernfalls würde das in den EB¹¹⁵ als zentrale Begründung für die Beschränkung angeführte Spannungsverhältnis zu § 6 individuell für manche AWB stärker wirken als für andere.

¹¹⁴ AA VwGH 20.3.2006, 2005/17/0239, der meint, dass in diesem Rahmen der AG selbst den Umfang der Leistung bestimmen kann.

¹¹⁵ 387 BlgNR 20.GP 12.

Der Anspruch an die Finanzierung einer Pensionsleistung wird an die variablen Beiträge nicht gestellt, da sie nur zusätzlich zu den Basis-Beiträgen zulässig sind, aus denen die Finanzierung einer Pensionsleistung gefordert wird.

1.2.2. Erkenntnis des VwGH über die Festlegung der Beiträge

Die höchstgerichtliche Entscheidung handelt von der Beitragsgestaltung in Abhängigkeit von GBS.¹¹⁶ Diese arbeitsrechtliche Beurteilung hat der VwGH vorgenommen, weil die PK von der FMA einen Verbesserungsauftrag gem § 15 (4) PKG erhalten (vgl 1.2.3.1 unten) und diesen bekämpft hat.

In dem der Entscheidung des VwGH zu Grunde liegenden Fall sah die Grundlagenvereinbarung einen Beitrag ausschließlich auf Grundlage eines GBS des Konzerns vor (Punktesystem in Abhängigkeit von Unternehmenskennzahlen, Bruttojahresgehalt und Dauer der Firmenzugehörigkeit). Nach Meinung der FMA erfülle das nicht die Anforderungen des § 3. Der VwGH vermochte „... dem der Finanzmarktaufsichtsbehörde (als belangte Behörde) gewonnenen Auslegungsergebnis nicht entgegenzutreten...“¹¹⁷.

Der VwGH bedient sich bei der Begründung primär der historischen Interpretation (de facto nur der in 1.2.1.2 oben angeführten EB¹¹⁸), aus denen er folgert, dass eine variable Beitragsleistung einer „fixen“ Beitragsleistung nur hinzugefügt werden könne und daher Beiträge ausschließlich in Relation zu variablen Entgelten nicht dem Gesetz entsprechen würden. Die wirtschaftliche Lage des AG, die für die „Variabilität“ der „freiwilligen“ Beiträge ausschlaggebend war, könne nach dem Willen des Gesetzgebers bei Beiträgen aus laufendem Entgelt nur im Umfang der in § 6 aufgestellten Kriterien erfolgen.

Der VwGH geht ohne nähere Auseinandersetzung davon aus, dass in dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Fall variable Entgelte die Grundlage für den Beitrag bilden. Eine Differenzierung zwischen der Variabilität dem Grunde und der Höhe nach unterbleibt. Folgt man den Ausführungen in den Punkten 1.2.1.1.1 oben und 1.2.1.1.2 oben, kann dem VwGH nur zugestimmt werden, wenn die Entgeltbestandteile nicht mit einer gewissen Regelmäßigkeit gebühren.

¹¹⁶ VwGH 20.3.2006, 2005/17/0239.

¹¹⁷ VwGH 20.3.2006, 2005/17/0239.

¹¹⁸ 387 BlgNR 20.GP 12.

Die Schlussfolgerung, dass die wirtschaftliche Lage des AG bei Beiträgen aus laufendem Entgelt nur im Umfang der im § 6 aufgestellten Kriterien erfolgen kann, ist mE nicht zutreffend, wenn es sich dabei um laufende Entgeltbestandteile handelt, die vom wirtschaftlichen Ergebnis des AG abhängig sind (siehe 1.2.1.1.1 oben). Wenn auch in den EB zunächst dieser Eindruck entsteht, lässt sich dem Gesetzestext nicht entnehmen, dass Beiträge in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Lage des AG ausschließlich im Rahmen von § 3 (1) Z 2 3. TS zulässig sind (siehe 1.2.1.2 oben).¹¹⁹

Andererseits überrascht die weite Auslegung des § 3 (1) Z 2 3. TS durch den VwGH. Er hält lapidar fest, dass der Unternehmer im Rahmen der variablen Beiträge in die Lage versetzt werden soll, seine Beitragsleistung selbst zu bestimmen. Dieses Selbstbestimmungsrecht kann mE dem Gesetz nicht entnommen werden (siehe dazu 1.2.1.2 oben).

Aus der kryptischen Formulierung „vermag dem der Finanzmarktaufsichtsbehörde (als belangte Behörde) gewonnenen Auslegungsergebnis nicht entgegenzutreten...“ geht nicht klar hervor, ob sich der VwGH nur dem Auslegungsergebnis der FMA anschließt und nur die Ausführungen des VwGH Relevanz für die Beurteilung vergleichbarer Fälle haben, oder ob er sich auch den Argumenten der FMA anschließt. Jedenfalls wird die Meinung der FMA für Anwender in der Praxis eine bedeutende Rolle spielen. Die Argumentation der FMA lautete im Wesentlichen wie folgt:

Unter laufendem Entgelt oder Entgeltbestandteilen wären nach Meinung der FMA zu verstehen:

- von vorneherein bestimmte Geldbezüge,
- die nach bestimmten Zeiträumen bemessen sind (auch erfolgsorientierte Entlohnungen wie Akkordlöhne) und
- im Laufe des Arbeitsverhältnisses „normalerweise“, mit einer gewissen Regelmäßigkeit zu leisten sind

Unter laufendem Entgelt bzw Entgeltbestandteile wären nicht zu verstehen:

- Entgelte aus besonderem Anlass,

¹¹⁹ Im Gegensatz zu diesem Erkenntnis hat sich der VfGH mit seiner Entscheidung 1994 zu § 18 (VfGH 6.12.1994, B204/94) sehr bewusst mit dem Gesetzestext auseinandergesetzt und geprüft, ob die einschränkende Formulierung der EB überhaupt Deckung finden kann.

- Entgelte, die nicht mit der Arbeitsleistung des AN in unmittelbaren Zusammenhang stehen, wie Gewinnbeteiligungen (Einfluss von Bilanzpolitik) oder Umsatzprovisionen

Darüber hinaus wird die stetige Beitragszahlung für die Vorhersehbarkeit, Abschätzbarkeit der Ansprüche für die Lebensplanung verlangt, was nach Ansicht der FMA nur durch der Höhe nach fixierte Beiträge möglich ist. Die Berücksichtigung von Einkommensveränderungen in der üblichen Form der Einkommenserhöhungen sei sachgerecht. Eine Minderung oder das Aussetzen der AG-Beiträge ohne nachhaltig schlechte wirtschaftliche Lage im Sinne des § 6 verhindere die annähernde Abschätzung der Ansprüche. Im Ergebnis widerspräche nach Auffassung der FMA ein Beitragssystem, das ausschließlich gewinnabhängig gestaltet ist, dem Grundgedanken der betrieblichen Altersvorsorge.

Warum laufende Entgeltbestandteile, die nicht mit der Arbeitsleistung des AN in unmittelbaren Zusammenhang stehen kein laufendes Entgelt sein können, ist nicht nachvollziehbar (siehe 1.2.1.1.1 oben). Ebenso wenig nachvollziehbar ist, weshalb Einkommensanpassungen in Form von Erhöhungen zulässig sein sollen, Reduktionen jedoch nicht.¹²⁰ Auch dem Argument der Abschätzbarkeit ist in mehrfacher Hinsicht entgegenzutreten (siehe 1.7 unten).

Der VwGH leitet sein Verständnis auch aus der Regelung der AN-Beiträge ab, deren Anpassung – neben dem allgemeinen Recht der Reduzierung – nur bei einer Beitragseinschränkung des AG gem § 6 zulässig ist. Diese Argumentation ist auch nicht nachvollziehbar. Sind AG-Beiträge in Relation zu laufenden Entgelten bzw Entgeltbestandteilen festgelegt, wird das idR ebenso für AN-Beiträge vereinbart. Im Übrigen bestehen auch gegenüber der in der Praxis weit verbreiteten Art der Gestaltung der AN-Beiträge in Relation zu den AG-Beiträgen keine Bedenken entgegen. In beiden Fällen stört eine Änderung des laufenden Entgelts der Höhe nach nicht.

Zuletzt begründet der VwGH seine Entscheidung damit, dass § 20 PKG eine abschätzbare Entwicklung der AG-Beiträge erfordere, um seitens der PK einen Geschäftsplan erstellen zu können, der die Belange der Berechtigten im Sinne einer dauernden Erfüllbarkeit der

¹²⁰ Vgl auch *Schrank*, Zur Zulässigkeit von „Verschlechterungsvereinbarungen“ bei aufrechter Arbeitsverhältnis (1983) 12: „Der sozialpolitische Trend allein kann ein solches „Einbahnprinzip“, das sich gedanklich da und dort eingeschlichen hat, keineswegs juristisch fundamentieren, ...“.

Verpflichtungen zu wahren hat. Auch dieses Argument ist im kapitalgedeckten bo PKS nicht verständlich. Geschäftspläne sind Tarifwerke, für die es gewöhnlich sein muss, dass die Beitragsleistung nicht laufend im gleichen Ausmaß – aus welchen Gründen und in welche Richtung auch immer – erfolgt. Die Abschätzbarkeit der Beitragszahlungen der AG ist aus vielen Gründen deutlich eingeschränkt (personalpolitische, firmenpolitische, strategische Veränderungen; Lohnpolitik, KV-Abschlüsse, wirtschaftliche Entwicklung, Beendigung von Arbeitsverhältnissen etc) und darf durch der Höhe nach variable Beiträge nicht beeinträchtigt werden. Darüber hinaus ist auch die Beitragsleistung der AN bei gleich bleibender AG-Beitragsleistung nicht abschätzbar, weil dieser jederzeit ohne Angabe von Gründen seine Beitragsleistung reduzieren, aussetzen oder einstellen kann.

Auffällig ist, dass sich der VwGH weder mit den Argumenten der FMA noch mit den Gegenargumenten auseinandersetzt.

1.2.3. Rechtsfolgen einer Verletzung dieser Bestimmungen

1.2.3.1. Verbesserungsauftrag der FMA

§ 15 (4) PKG normiert eine Inhaltskontrolle der FMA für den PKV (die die FMA nicht lückenlos, sondern stichprobenartig vornimmt). Entspricht der PKV nicht dem PKG oder § 3 hat die FMA eine Verbesserung des PKV zu verlangen. Der Verbesserungsauftrag der FMA wird an die PK erteilt, die ihrerseits binnen 6 Monaten ein Einvernehmen über eine Adaption des PKV mit dem AG herzustellen hat. Dabei ist zu bedenken, dass § 15 (1) PKG fordert, dass der PKV der Grundlagenvereinbarung entspricht. Das bedeutet, dass sich der AG zunächst mit dem Partner der Grundlagenvereinbarung einigen muss, damit die PK den PKV entsprechend verbessern kann.

§ 3 richtet sich zwar klar an die Partner der Grundlagenvereinbarung und nicht an die PK, aber § 15 (1) PKG legt für die PK fest, dass der PKV der Grundlagenvereinbarung nach dem BPG zu entsprechen hat. Jedenfalls wird die PK daher diese Grundlagenvereinbarung kennen müssen, um den PKV entsprechend gestalten zu können. Verlässt sie sich dabei ausschließlich auf Angaben des AG (ohne die Grundlagenvereinbarung zu kennen), geht sie ein gewisses Risiko ein.

Sollte in der Grundlagenvereinbarung eine Bestimmung enthalten sein, die § 3 widersprechen könnte, wird einerseits der Fachexperte „PK“ entsprechende Hinweise gegenüber

dem AG abzugeben haben und wird die PK auf Grund der angedrohten Nichtigkeit und allfälliger Schadenersatzforderungen diese Risiken vor Übernahme einer solchen Grundlagenvereinbarung einschätzen und die Übernahme ablehnen.

Die Regelung des § 15 (3) Z 18 PKG (Verpflichtung des AG, im PKV zu bestätigen, dass § 3 eingehalten wurde) verliert durch diese Sichtweise nicht ihren Anwendungsbereich. Die Bestimmung ist notwendig, weil es der PK nicht möglich ist, zu prüfen, welche Form der Grundlagenvereinbarung (BV, VVM, KV) für den einzelnen AN zur Anwendung gelangt;¹²¹ zumutbar scheint jedoch die inhaltliche Kontrolle für die Übernahme in den PKV¹²² sowie die Behandlung von (möglichen) Widersprüchen zu § 3.

Kurzer Exkurs zum Wandel der Pensionskassenaufsicht

Bei Einführung des BPG und PKG wurden PK vom Bundesminister für Finanzen beauftragt. Das Ziel wurde vom Berichterstatler im Bundesrat wie folgt beschrieben: „Angestrebt werden ... eine Beschränkung der behördlichen Aufsichtstätigkeit auf das notwendigste Minimum und eine möglichst Kosten sparende Organisation der Pensionskassen...“¹²³

Gemäß § 33 (2) PKG sind die beiden zentralen Ziele der staatlichen Pensionskassenaufsicht der Funktionsschutz (volkswirtschaftliches Interesse an der Funktionsfähigkeit der PK) und der Schutz der Interessen der AWB und LB. Diese Ziele können natürlich widersprechend sein.

2002 wurde die FMA mit dem FMABG als Anstalt öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit errichtet. Sie ist Aufsichtsbehörde mit Berichtspflichten an den Finanzausschuss des Nationalrates und hat die Aufsicht über die Banken, Versicherungen, PK sowie den gesamten Bereich Wertpapiere mit Verwaltungsstraßkompetenz, Verordnungserlassungsrecht und Kompetenz zur Vollstreckung der von ihr zu erlassenen Bescheide.¹²⁴ Die Kernrechtsbereiche der FMA liegen damit im Verwaltungsrecht. Die Besonderheit der Überwachung der Einhaltung von arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften mittels In-

¹²¹ Farny/Wöss, Betriebspensionsgesetz Pensionskassengesetz (1992) [§15] [17].

¹²² Farny/Wöss, Betriebspensionsgesetz Pensionskassengesetz (1992) [§15] [17].

¹²³ BR 17.GP 530.S 24048.

¹²⁴ Vgl FMABG.

haltskontrolle des § 15 (4) PKG durch eine Aufsichtsbehörde ist aber nicht österreichspezifisch. Diese Struktur ist auch in der Pensionsrichtlinie vorgesehen.¹²⁵

In der jüngsten Vergangenheit ist ein Wandel feststellbar, weil die FMA das in der Ursprungsidee enthaltene „notwendige Minimum“ immer umfassender versteht. Zum Thema Kontrolle im Allgemeinen teilt die FMA im Jahresbericht 2005 mit:

“Im historisch bewährten stufenweise Aufbau der Aufsicht auf Mikroebene nach dem Motto „So viel Freiheit wie möglich, so viel Aufsicht wie nötig“ ist aber eine Schwachstelle zu Tag getreten: Das Aufsichtsgefüge über Interne Revision – Aufsichtsrat – Wirtschafts-(und Bank-)prüfer – Aufsichtsbehörde baut sehr stark auf Vertrauen auf. Vertrauen, dass die Interne Revision ordnungsgemäß arbeiten kann; Vertrauen, dass der Aufsichtsrat ordnungsgemäß informiert wird und ordnungsgemäß hinterfragt; Vertrauen, dass der Wirtschaftsprüfer selbst ordnungsgemäß informiert wird und wiederum die Aufsichtsbehörde ordnungsgemäß informiert; Vertrauen, dass die an die Aufsicht zu meldenden Daten ziel führend und korrekt sind, denn nur so kann ihre Off-Site-Analyse Schwachstellen rasch erkennen. Dieses so stark auf Vertrauen aufbauende Gefüge bedarf daher einer intensivieren – immer stichprobenartigen – Kontrolle durch Vor-Ort-Prüfungen. Vor allem muss die Umsetzung verhängter Maßnahmen zeitnah und lückenlos überprüft werden. Nur so kann Missbrauch von Vertrauen rechtzeitig aufgedeckt werden.“¹²⁶

Mittlerweile zeigt die Rechtsanwendung der FMA, dass ein allfälliger rechtlicher Spielraum möglichst eng gezogen wird, um allfälligen Angriffen der Öffentlichkeit aus dem Weg zu gehen. Diese Sorge führt sehr oft zu einer Gesetzesinterpretation in dem Sinn, dass alles verboten wird, was das Gesetz nicht ausdrücklich und zweifelsfrei ermöglicht. Das sollte der Praktiker bei Gestaltung von PKS bedenken.

Ende Exkurs

1.2.3.2. Nichtigkeitsdrohung des § 15 (4) PKG

Zu den Folgen der Nichtigkeit gibt es unterschiedliche Ansätze. Weitgehende Einigkeit herrscht in der Literatur dahingehend, dass der Wortlaut bei Verletzung von Bestimmun-

¹²⁵ Art 20 (9) RL 2003/41/EG über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung v 3.6.2003.

¹²⁶ Jahresbericht 2005 der Finanzmarkt-Aufsichtsbehörde, V.

gen des PKG oder § 3 die Nichtigkeit des gesamten PKV verlangt, dies aber bei unbedeutenden Gesetzesverletzungen eine überzogene Konsequenz darstellt.

Binder führt es als erwägenswert an, „...vorrangig die Ausfüllung der Vertraglücke aus ergänzendem Gesetzesrecht zuzulassen.“¹²⁷. Damit würde dem faktisch unterschiedlichen Gewicht der Mindestinhalte der Grundlagenvereinbarung sowie PKV Rechnung getragen und die Annäherung an den zivilrechtlichen Grundsatz der weitest möglichen Aufrechterhaltung der gültigen Vertragsteile Rechnung getragen. Weiters würde einer allfälligen Verschlechterungs- oder Aufhebungsvereinbarung der Grundlagenvereinbarung sowie einem für die Versorgungslücke höchst unzulänglichen Schadenersatzanspruch des von einer rückwirkenden Vertragsauflösung betroffenen AN entgegengewirkt.

Farny/Wöss begründen mit dem Schutzzweck der Norm, dass der Gesetzgeber nicht generell von absoluter Nichtigkeit ausgegangen ist. Auch sie erwägen die Teilnichtigkeit sowie die ergänzende/korrigierende Interpretation, um überzogene Rechtskonsequenzen zu verhindern.¹²⁸

Die Ansätze der ergänzenden/korrigierenden Vertraginterpretation würde ich gerne befürworten, doch würde dies bei nicht eindeutigen Gesetzesverletzungen zu einem Ergebnis führen, dass der Gesetzgeber so nicht gemeint haben kann. Die FMA kommt anders als die PK bzw die Vertragspartner zum Ergebnis, dass Bestimmungen des PKG bzw § 3 verletzt sind. Die FMA erteilt einen Verbesserungsauftrag, wobei es bei ungenutztem verstreichen der Frist zur Vertraginterpretation käme. Selbstverständlich sollte aber die FMA, bevor sie einen Verbesserungsauftrag erteilt, eine gesetzeskonforme Interpretation des Vertrages in Betracht ziehen.

Bednar weist darauf hin, dass die Nichtigkeit des Vertrages eine „unerfreuliche Rückabwicklung“ zur Folge hat¹²⁹ und *Eberhartinger* empfiehlt daher, großes Augenmerk auf die Mindestinhalte des PKV (§ 15 (3) PKG) zu richten, um nicht in eine administrativ fast unlösbare Situation zu kommen.¹³⁰ Beide Hinweise ergeben sich aus den EB¹³¹ zum

¹²⁷ *Binder*, Rechtsprobleme des Dreiecksverhältnisses zwischen Unternehmer, Pensionsbegünstigten und Pensionskasse, ZAS 1991, 112.

¹²⁸ *Farny/Wöss*, Betriebspensionengesetz Pensionskassengesetz (1992) [§15] [18].

¹²⁹ *Bednar*, Die Betriebspension² (1997) 197.

¹³⁰ *Eberhartinger*, Mehr Pension durch die Pensionskasse (1990) 142.

§ 15 (4) PKG, die dem Gesetzestext aber so nicht zu entnehmen sind. Hinsichtlich des Umfanges der Inhaltkontrolle der FMA lautet der Gesetzestext (abgesehen von § 3 BPG) auf die Nichteinhaltung der „Vorschriften dieses Bundesgesetzes“ während die EB¹³² (neben § 3 BPG) nur den Absatz 3 des § 15 PKG erwähnen, der die Mindestinhalte des PKV regelt. Ebenso lässt sich eine Abweichung zwischen EB¹³³ und Gesetzestext bei der Wirkung der Nichtigkeit feststellen. Während der Gesetzestext „einfach“ die Nichtigkeit des PKV vorsieht, führen die EB die „Nichtigkeit ex tunc“ aus. Aus dem Gesetzestext ergibt sich die ex tunc-Wirkung der Nichtigkeit nicht zwingend.

Dollinger führt auch im Sinne der EB aus, dass für den Fall einer erforderlichen, aber nicht vorhandenen BV, AN gegenüber der PK keinen Leistungsanspruch haben und der AG einen Rechtsanspruch auf Rückzahlung der geleisteten Beiträge hat.¹³⁴ Doch was passiert mit bereits erbrachten Leistungen gegenüber den LB bzw mit erwirtschafteten Erträgen?

ME kommt es im Fall der Nichtigkeit nicht zu einer Rückabwicklung, sondern bloß zur Beendigung des PKV ex nunc. Dieses Ergebnis ist vom Gesetzestext ebenso gedeckt und wird in nachstehendem Exkurs kurz erläutert.

Exkurs Wirkung der Nichtigkeit des PKV gem § 15 (4) PKG

Der PKV stellt einen Vertrag zu Gunsten Dritter dar, aus dem die (ehemaligen) AN unmittelbar berechtigt werden.¹³⁵ Der AG leistet Beiträge an die PK, die ihrerseits Leistungen an den ehemaligen AN erbringt. Nur der ehemalige AN kann die Leistungen fordern und zwar nur von der PK.

¹³¹ 1328 BlgNR 17.GP 4.

¹³² 1328 BlgNR 17.GP 4.

¹³³ 1328 BlgNR 17. GP 4.

¹³⁴ *Dollinger* in *Kapl*, Leitfaden für die betriebliche Altersvorsorge² (1990) 57.

¹³⁵ 1328 BlgNR 17. GP 4; *Resch* in *ZellKomm* § 3 BPG Rz 7; *Schima* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap VII Rz 52; *Hipsch*, Betriebspension (1996) 113; *Stupar*, Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen (2001) 123; *Eberhartinger/Ratkovic*, Mehr Pension durch die Pensionskasse (1990) 141; *Binder*, Rechtsprobleme des Dreiecksverhältnisses zwischen Unternehmer, Pensionsbegünstigtem und Pensionskasse, ZAS 1991, 108; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 296; *Schrammel*, BPG (1992) [§3] [5.2]; *Gröhs*, Die rechtliche Neuorganisation der Pensionskassen, *ecolex* 1990, 375.

Dabei handelt es sich um Dauerschuldverhältnisse¹³⁶, zu deren Rückabwicklung bereits in der Literatur Überlegungen angestellt und Entscheidungen des OGH getroffen wurden.

Rummel führt zur Rückabwicklung von Dauerschuldverhältnissen im Zusammenhang mit dem Bereicherungsrecht (§ 1431 ABGB) aus, dass die Rückabwicklung in Vollzug gesetzter Dauerschuldverhältnisse erhebliche praktische Schwierigkeiten bereitet und Rspr und Lehre daher die Tendenz verfolgen, deren Rückabwicklungen einzuschränken.¹³⁷ Noch konkreter sind die Ausführungen zur Irrtumsanfechtung. Die hM geht von einer ex nunc-Wirkung aus, wenn Dauerschuldverhältnisse in das Erfüllungsstadium getreten sind und besonders große Schwierigkeiten bei der Rückabwicklung bestehen.¹³⁸ So bejaht der OGH die Auflösung von bereits in Vollzug getretenen Dauerschuldverhältnissen mit Wirkung ex tunc nur bei Arglist und in jenen Fällen, in welchen keine Rückabwicklungsschwierigkeiten bestehen.¹³⁹ Der OGH bringt bei seiner Betrachtung auch den Aspekt ein, dass übertdies durch eine Anfechtung ex tunc in Rechte Dritter eingegriffen werden und dadurch die Verkehrssicherheit beeinträchtigt werden könnte.¹⁴⁰

Ein gleiches Bild zeigt sich bei der Nichtigkeit gem § 879 ABGB. Krejci weist auch auf die Problematik der grundsätzlichen ex tunc Wirkung der Nichtigkeit bei Dauerschuldverhältnissen hin, die bereits ins Erfüllungsstadium getreten sind. Das Festhalten an der ex tunc Wirkung kann aber, trotz Schwierigkeiten bei der Rückabwicklung, aufgrund des Normzwecks geboten sein. Krejci führt als Beispiel dafür eine Gesellschaft an, die den Zweck der Organisation von Bankeinbrüchen verfolgt. „Bei Verstößen von Dauerschuldverhältnissen gegen minder gravierende Normzwecke kann die Lehre von der Nichtigkeit ex nunc ... eher greifen.“ Die ex nunc-Wirkung greift sE bei Gesellschaftsverträgen jedenfalls gegenüber Dritten aus Gründen des Vertrauensschutzes.¹⁴¹ Koziol/Welser erwähnen auch die ex nunc Wirkung bei Gesellschaftsverträgen wegen ihrer Außenwirkung.¹⁴²

¹³⁶ Vgl auch Farny/Wöss, Betriebspensionsgesetz Pensionskassengesetz (1992) [§15] [18].

¹³⁷ Rummel in Rummel³, Vor § 1431. [27].

¹³⁸ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³I (2006) [159]; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³II (2006) [10]; vgl auch Strasser in Rummel³, Vor § 1112 [1]; OGH 26.6.1997, 2Ob131/97x.

¹³⁹ OGH 26.6.1997, 2Ob131/97x.

¹⁴⁰ OGH 28.1.1986, 4Ob141/84.

¹⁴¹ Krejci in Rummel³, § 879 [251].

¹⁴² Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³I (2006) [159].

PKV, die in das Erfüllungsstadium getreten sind, gehören spätestens nach der ersten Pensionsauszahlung zu den schwer rückabwickelbaren Dauerschuldverhältnissen und würden zum faktisch unmöglichen Eingriff in Rechte Dritter führen. Aber auch die bereits veranlagten Gelder sowie Jahresabschlüsse der PK erschweren die Rückabwicklung, weil die Ergebnisermittlung und unmittelbare Ergebnisverteilung innerhalb der Veranlagungs- und Risikogemeinschaft erfolgt. Darüber hinaus müsste auch eine Rückabwicklung sämtlicher steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Vorgänge erfolgen, die neben den Vertragspartnern auch die Berechtigten unmittelbar treffen würden.

Selbstverständlich will der offenbar pönale Zweck des § 15 (4) PKG grundsätzlich eine ex tunc Wirkung, doch sind PKV, die gegen das PKG bzw BPG verstoßen, eher mit sittenwidrigen und nichtigen Gesellschaftsverträgen mit Außenwirkung vergleichbar als mit sittenwidrigen Gesellschaftsverträgen, die den Zweck der Organisation von Bankeinbrüchen verfolgen. Die dadurch entstehende Rechtsunsicherheit für viele Berechtigte steht mE in keiner Relation zum Strafcharakter.

Auch Farny/Wöss können sich eine Rückabwicklung („gem § 1431 ABGB“) nicht vorstellen.¹⁴³ Sie sehen – wie auch Binder – die massiven Nachteile für die Berechtigten.¹⁴⁴ Neben der Problematik der bereits ausbezahlten und gutgläubig verbrauchten Pensionszahlungen führt Binder richtigerweise aus, dass bei Nichtigkeit des PKV erst nach geraumer Zeit für die Berechtigten eine schwer schließbare Lücke entstehen würde.¹⁴⁵ Wie allfällige Bereichungsansprüche hinsichtlich Veranlagungserfolgen und versicherungstechnischer Ergebnisse gegenüber der Veranlagungs- und Risikogemeinschaften aussehen würden, müsste auch erst näher analysiert werden. Die PK Aktiengesellschaft selbst hätte keine Vorteile, die Berechtigte fordern könnten.

Weiters erläutert Binder, dass die ex tunc Nichtigkeit in Zusammenschau mit anderen Bestimmungen für PKS nicht harmoniert, weil dem Gesetzgeber in diesem Zusammenhang rückwirkende Verringerungen und Beseitigungen von Anwartschaften und Leistungen fern

¹⁴³ Farny/Wöss, Betriebspensionsgesetz Pensionskassengesetz (1992) [§15] [18].

¹⁴⁴ Farny/Wöss, Betriebspensionsgesetz Pensionskassengesetz (1992) [§15] [18]; Binder, Rechtsprobleme des Dreiecksverhältnisses zwischen Unternehmer, Pensionsbegünstigtem und Pensionskasse, ZAS 1991, 106.

¹⁴⁵ Binder, Rechtsprobleme des Dreiecksverhältnisses zwischen Unternehmer, Pensionsbegünstigtem und Pensionskasse, ZAS 1991, 106.

liegen (kein Widerruf von bereits erworbenen Anwartschaften oder Leistungen, Angleichungsansprüche nach oben bei der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes, Wirkung der Kündigung einer BV nur für neu eintretende AN, etc).

Anders als Farny/Wöss¹⁴⁶ meine ich, dass das Vermögen der Berechtigten bei Nichtigkeit des PKV jedenfalls aus der PK abfließen muss, weil ansonsten der pönale Charakter des § 15 (4) PKG völlig verloren geht, wenngleich ich die Nichtigkeit des gesamten PKV bei geringfügigen Verstößen auch für überzogen halte. Es ist darauf zu hoffen, dass die Rechtsanwender mit solchen Verstößen im Sinne der Gesamtheit der Berechtigten einen vernünftigen Umgang finden.

Konsequenz der hier vertretenen Auffassung wäre jedenfalls die Beendigung des PKV ex nunc. Dritte (Berechtigte) können nach hA bei Verträgen zugunsten Dritter direkt ihre Rückforderung geltend machen. Aus steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Gründen wäre vermutlich die Rückabwicklung im Wege des AG praktikabler. Nur bei schlechten Veranlagungsergebnissen (die bei kurzer Vertragsdauer wahrscheinlicher sind) kann die ex nunc Rückabwicklung auch nachteilig für die Berechtigten sein; dieser Zustand zu diesem Zeitpunkt würde aber auch bei Fortbestand der Verträge bestehen und benachteiligen den Berechtigten daher nicht zusätzlich. Bei längerer Vertragslaufzeit sollten die Berechtigten auf Grund des Risikoausgleiches Vorteile ziehen können.

Ende Exkurs

1.2.3.3. Schadenersatzansprüche der Berechtigten

Einige Autoren haben Überlegungen zu Schadenersatzansprüchen auf Grund der Nichtigkeit eines PKV angestellt. Dabei ist es mE auf Grund der interpretationsbedürftigen Bestimmungen (insbes §§ 3, 18) und den oft unterschiedlichen Literaturstimmen nicht sehr wahrscheinlich, dass es auf Grund einer Verletzung der Bestimmungen zu einem vorwerfbaren Verhalten kommt.

Binder führt dazu vor Augen, dass die Parteien der Grundlagenvereinbarung Schadenersatzforderungen treffen könnten.¹⁴⁷ *Farny/Wöss* gehen davon aus, dass die PK schadener-

¹⁴⁶ *Farny/Wöss*, Betriebspensionengesetz Pensionskassengesetz (1992) [§15] [18].

¹⁴⁷ *Binder*, Rechtsprobleme des Dreiecksverhältnisses zwischen Unternehmer, Pensionsbegünstigten und Pensionskasse, ZAS 1991, 106.

satzrechtlich belangt werden könnte, weil sie dafür Sorge zu tragen hat, dass der PKV nicht gegen einzelne Bestimmungen des PKG und BPG verstößt.¹⁴⁸ ME besagt § 15 (1) Z1 PKG aber nicht unzweifelhaft, dass die PK für sämtliche Verstöße der Grundlagenvereinbarung gegen das BPG verantwortlich ist. Auf diese Frage wird hier aber nicht näher eingegangen.

Selbstverständlich ist Normadressat des PKG die PK, doch das begründet nicht die alleinige Verantwortung. Beide Vertragsparteien (AG und PK) verletzen gesetzliche Bestimmungen und werden sich Schadenersatzforderungen stellen müssen, wenn ein Sorgfaltsverstoß vorliegt. Der PK als Sachverständiger wird uU leichter ein Sorgfaltsverstoß vorzuwerfen sein als dem AG. Dabei darf nicht vergessen werden, dass eine Verletzung des BPG typischerweise nicht nur den PKV, sondern auch die Grundlagenvereinbarung trifft. Für alle Parteien wird es auf Grund der Menge an interpretationsbedürftigen Normen schwierig sein, einen allfälligen Sorgfaltsverstoß vorab richtig einzuschätzen. Selbstverständlich sollte die PK auf sämtliche erkennbare Risiken aufmerksam machen und entsprechende Haftungsfragen mit dem AG und Partner der Grundlagenvereinbarung vorab klären.

1.2.3.4. Weitere Folgen für die PK

Darüber hinaus kann die FMA der PK entsprechende Zwangsstrafen androhen bzw verhängen und im Wiederholungsfall den Mitgliedern des Vorstandes der PK die Geschäftsführung ganz oder teilweise untersagen. Letztlich ist auch der Konzessionsentzug denkbar (§ 33 Abs 5 Z2, 3 PKG).¹⁴⁹

1.2.3.5. Weitere Folgen für die Arbeitgeber

Wie unter 1.1.4.3 oben sowie 1.1.4.4 oben ausgeführt, hängt auch die steuerrechtliche und damit sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der AG-Beiträge (Absetzbarkeit, steuerliche und abgabenmäßige Befreiung) an der Einhaltung des BPG.

1.2.4. Zusammenfassung

In einem bo PKS sind die Beiträge entsprechend § 3 (1) Z2 2. und 3. TS festzulegen. Darüber hinaus ergibt die Zusammenschau sämtlicher pensionskassenrelevanten Bestimmungen, dass die Beiträge in einem bo PKS grundsätzlich zu einer laufenden

¹⁴⁸ Farny/Wöss, Betriebspensionsgesetz Pensionskassengesetz (1992) [§15] [18].

¹⁴⁹ Farny/Wöss, Betriebspensionsgesetz Pensionskassengesetz (1992) [§3] [7].

Pensionsleistung führen sollten. Dabei ist die Beurteilung, inwieweit Beiträge der Höhe nach schwanken dürfen, auf Grund der interpretationsbedürftigen Bestimmungen umstritten.

Die hA und die einzige höchstgerichtliche Entscheidung dazu gehen davon aus, dass eine ausschließliche Beitragsleistung in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Entwicklung des AG nicht zulässig ist. ME sind der Höhe nach schwankende Beitragszahlungen denkbar, wenn der Beitrag in fester Relation zu einer – allenfalls auch von wirtschaftlichen Ergebnissen abhängigen - Grundlage festgelegt wird, die als laufender Entgeltbestandteil zu qualifizieren ist, weil sie mit einer gewissen Regelmäßigkeit gebührt. Diese Beurteilung hat ex ante zu erfolgen. Stellt sich die Einschätzung im Verlauf als unrichtig heraus, haben die Vertragspartner eine Adaption der Grundlagenvereinbarung sowie des PKV herbeizuführen, widrigenfalls der PKV potenziell mit Nichtigkeit bedroht ist.

Betragsmäßig festgesetzte Basis-Beiträge müssen bestimmt und nicht nur bestimmbar sein; eine einfach ableitbare Bestimmung des Betrages erfüllt auch die Anforderungen von Transparenz und Nachvollziehbarkeit. Auch Einmalbeiträge können vereinbart werden; Einmalbeiträge ohne laufende Beiträge nur dann, wenn das Ausmaß grundsätzlich eine Pensionsleistung erwarten lässt.

Darüber hinaus gibt es zusätzliche variable Beiträge, die die Anforderungen an die Basis-Beiträge (Beiträge in Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen oder an die betragsmäßig fixierten Beiträge) nicht erfüllen. Diese sind zu vereinbaren und maximal in Höhe der Basis-Beiträge möglich.

Eine Verletzung dieser Bestimmung kann einen Verbesserungsauftrag der FMA gegenüber der PK zu Folge haben, die Ihrerseits die Partner der Grundlagenvereinbarung zur Anpassung bewegen muss. Kann diesem Auftrag binnen 6 Monaten nicht gefolgt werden, ist der PKV mit Wirkung ex nunc nichtig. Unabhängig davon sind Beiträge, die dem BPG widersprechen, nicht als Betriebsausgaben absetzbar, nicht lohnsteuerbefreit und daher auch sozialversicherungspflichtig.

1.3. Die Voraussetzungen des Widerrufs, Aussetzens oder Einschränkung der AG-Beiträge (§ 6 (1) und (6))

1.3.1. Inhalt und Interpretationen

§ 6 (1) und (6) beschreiben die Voraussetzungen für das Einstellen, Aussetzen oder Einschränken der AG-Beiträge (Beitragseinschränkungen). Der AG kann durch einseitige Erklärung seine Verpflichtungen verändern, durch Willenserklärung an geänderte Umstände anpassen. Er macht dabei von einem ihm eingeräumten Gestaltungsrecht Gebrauch (eine Form der Leistungsbestimmung durch den Leistungsverpflichteten).¹⁵⁰

Dollinger erklärt die Notwendigkeit dieser Bestimmung mit der Jahrzehnte langen Dotierung eines PKS und damit, dass die wirtschaftliche Entwicklung bei Abgabe der Leistungszusage naturgemäß nicht auf einen so langen Zeitraum prognostiziert werden kann.¹⁵¹

Farny/Wöss erläutern einen rechtspolitischen Hintergrund. Ein generelles gesetzliches Verbot von Widerrufs klauseln wäre nicht zielführend, weil die Zusagen betrieblicher Pensionsleistungen an sich nicht erzwingbar sind und ein derartiges Verbot unter Umständen zufolge hätte, dass kaum Betriebspensionszusagen gegeben werden würden.¹⁵²

Allen Arten von Beitragseinschränkungen ist gemeinsam, dass diese nur dann zulässig sind, wenn die Einräumung des Gestaltungsrechtes gem § 6 in der Grundlagenvereinbarung erfolgt ist und in Betrieben, in denen ein zuständiger BR besteht, mindestens drei Monate davor eine Beratung erfolgt ist (zu der der BR eine fachkundige Person beiziehen kann, die über alle ihr bekannt gewordenen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse Verschwiegenheit zu bewahren hat). Ein Einvernehmen ist nicht herzustellen.

Die Notwendigkeit der Vereinbarung von Widerrufsrechten war bereits vor dem BPG gegeben¹⁵³. „Die Einräumung des Gestaltungsrechtes muss gem § 869 ABGB bestimmt er-

¹⁵⁰ *Runggaldier* in FS Schwarz, Der Widerruf betrieblicher Sozialleistungen (1991) 145; *Schrammel*, BPG (1992) [§ 6] [2.1]; *Farny/Wöss*, Betriebspensionsgesetz Pensionskassengesetz (1992) [§6] [1]; *Runggaldier/Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987) 160.

¹⁵¹ *Dollinger* in *Kapl*, Leitfaden für die betriebliche Altersvorsorge² (1990) 61.

¹⁵² *Farny/Wöss*, Betriebspensionsgesetz Pensionskassengesetz (1992) [§6] [2].

¹⁵³ AA *Welser*, Widerrufsvorbehalt und Teilkündigungsvereinbarung bei entgeltwerten Leistungen des Arbeitgebers, RdA 1991, 1.

folgen. Die Gestaltung (Ermessensausübung) ist eine Konkretisierung, die eines sachlichen Rahmens bedarf.“¹⁵⁴

Für die Möglichkeit des AG, die laufenden Beitragsleistungen einzustellen (Widerruf), verlangt § 6 (1) darüber hinaus, „dass sich die wirtschaftliche Lage des Unternehmens nachhaltig so wesentlich verschlechtert, dass die Aufrechterhaltung der zugesagten Leistung eine Gefährdung des Weiterbestandes des Unternehmens zufolge hätte“. Diese Formulierung entspricht den bis dahin von der Finanzbehörde akzeptierten Widerrufsklauseln von Pensionszusagen, die für die Rückstellungsbildung nicht steuerschädlich waren.¹⁵⁵ Für das zeitlich befristete Aussetzen und Einschränken müssen gemäß § 6 (6) „zwingende wirtschaftliche Gründe“ vorliegen. Unter welchen Umständen die angeführten Voraussetzungen vorliegen, lässt der Gesetzgeber bewusst offen.¹⁵⁶ Der AG hat zu beurteilen, wann diese Voraussetzungen erfüllt sind und diese allenfalls objektiv nachvollziehbar darzulegen. Eine gesetzliche Nachzahlungsverpflichtung für die reduzierten oder ausgesetzten Beiträge gibt es nicht.¹⁵⁷

Das Gestaltungsrecht erlaubt es dem AG, bei Vorliegen der Voraussetzungen von der Zusage abzugehen, verpflichtet ihn aber nicht dazu. Auch die Entscheidung, wie weit er davon abgeht, obliegt dem AG. Ob, wann und wie viel sich die gegebene Zusage zum Nachteil des Berechtigten ändert, ist ungewiss. Bei Ausübung des Gestaltungsrechtes hat sicherlich eine Anlehnung an die Judikatur im Zusammenhang mit direkten Leistungszusagen, im Besonderen auf Eingriffe auf Grund von Widerrufsvorbehalten entsprechend billigem Ermessen auf und die Verhältnismäßigkeit (je stärker der Eingriff umso intensiver die Gründe) zu erfolgen.¹⁵⁸ Diese Erkenntnisse werden in dieser Arbeit aber nicht intensiver betrachtet. Wie bereits erwähnt, ist bei Beitragseinschränkungen idR der Eingriff nicht so massiv wie bei einem Eingriff in laufende Pensionsleistungen von direkten Leistungszusa-

¹⁵⁴ Kuras, Möglichkeiten und Grenzen einzelvertraglicher Gestaltungen im aufrechten Arbeitsverhältnis, ZAS 2003, 19.

¹⁵⁵ Dollinger in Kapl, Leitfaden für die betriebliche Altersvorsorge² (1990) 61.

¹⁵⁶ Dollinger in Kapl, Leitfaden für die betriebliche Altersvorsorge² (1990) 62.

¹⁵⁷ Felbinger, Betriebliche Altersvorsorge³ (2006), 190; Farny/Wöss, Betriebspensionsgesetz Pensionskassengesetz (1992) [§6] [17].

¹⁵⁸ Kuras, Möglichkeiten und Grenzen einzelvertraglicher Gestaltungen im aufrechten Arbeitsverhältnis, ZAS 2003, 19.

gen, bei denen der AN schon vorgeleistet hat, weil ein Verlust bereits erworbener Anwartschaften aus AG-Beiträgen in PKS ist überhaupt nur im Ausnahmefall denkbar (Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Eintritt des Leistungsfalles innerhalb einer allfällig vereinbarten Unverfallbarkeitsfrist).

Der Widerruf von Beitragsleistungen wirkt ex nunc¹⁵⁹, das Aussetzen und Einschränken solange die wirtschaftlichen Gründe vorliegen. Die Beitragseinschränkung bleibt generell auf die künftige Beitragsentrichtung beschränkt.¹⁶⁰ Damit werden die Ausführungen unter 1.1.3 oben, dass Berechtigte nicht das verlieren sollen, worauf sie berechtigterweise vertraut haben (bereits Erworbenes und für die Zukunft Versprochenes), bestätigt.

Bereits ausgeschiedene AN haben Ansprüche gegenüber der PK. Die Leistungen der PK sind von der wirtschaftlichen Situation des AG unabhängig;¹⁶¹ ein einseitiger Eingriff in Anwartschaften oder laufenden Leistungen bereits ausgeschiedener AN durch den AG ist daher auch nicht denkbar.¹⁶²

Zu den zentralen Inhalten des § 6 gibt es aktuell noch keine relevanten Entscheidungen (§ 6 wird bloß bei manchen Entscheidungen in einem Nebensatz erwähnt¹⁶³). Nachstehend werden nur jene Teilbereiche der Beitragseinschränkung gem § 6 näher untersucht, die für PK-Beiträge in Abhängigkeit von PZ und GBS in bo PKS von besonderer Bedeutung sind.

1.3.1.1. Aussetzen und Einschränken von Beiträgen in Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen

Während bei betragsmäßig festgelegten Basis-Beiträgen klar ist, wann Beiträge ausgesetzt oder eingeschränkt werden (nämlich wenn die Beträge nicht oder nur in reduziertem Ausmaß geleistet werden), ist das bei Basis-Beiträgen in Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen näher zu betrachten. Nicht jede Reduktion der Beitragshöhe ist ein Einschränken im Sinne des § 6.

¹⁵⁹ Schrammel, BPG (1992) [§ 6] [2.2].

¹⁶⁰ Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 301; Farny/Wöss, Betriebspensionsgesetz Pensionskassengesetz (1992) [§6] [2]; Runggaldier in FS Schwarz, Der Widerruf betrieblicher Sozialleistungen (1991) 145.

¹⁶¹ Hipsch, Betriebspension (1996) 124.

¹⁶² Vgl auch Runggaldier in FS Schwarz, Der Widerruf betrieblicher Sozialleistungen (1991) 145.

¹⁶³ VwGH 20.4.1995, 95/13/0077; OGH 18.12.2002, 9ObA138/02p; 26.6.2002, 9ObA2/02p; 6.9.2000, 9ObA159/00y; 17.3.1999, 9ObA16/99i; 5.3.1997, 9ObA2223/96v.

Die laufenden Entgelte oder Entgeltbestandteile selbst können sich der Höhe nach – auch nach unten – verändern. Sie sind vom BPG-Gesetzgeber anerkannte Beitragsgrundlage und unterliegen selbst nicht den Regelungen des BPG und damit auch nicht § 6. Verändern sich laufende Entgelte oder Entgeltbestandteile in der Höhe nach unten, liegt kein Einschränken der Beitragsleistung vor. Da die Beitragsfestlegung durch die feste Relation erfolgt, liegt ein Einschränken der Beitragsleistung dann vor, wenn die betriebspensionsrechtlich relevante Vereinbarung der festen Relation einseitig reduziert wird (zB statt bisher 3% werden nur noch 2% der laufenden Entgeltbestandteile geleistet). Dafür müssen die Voraussetzungen des § 6 (1) bzw (6) vorliegen. Ein Aussetzen bzw Widerruf liegt vor, wenn die Relation vorübergehend bzw auf Dauer mit 0% festgelegt wird. Handelt es sich bei der herangezogenen Beitragsgrundlage nicht um laufende Entgelte oder Entgeltbestandteile und entfällt deswegen die Beitragsleistung nicht nur ausnahmsweise, ist bereits die Beitragsfestlegung unzulässig. Es liegen keine laufenden Entgelte oder Entgeltbestandteile vor und damit auch keine gültige Beitragsgrundlage für die Form der Basis-Beiträge. Zum laufenden Entgeltbestandteil siehe 1.2.1.1.1 oben.

Allein die betragsmäßige Reduktion des Beitrages ist im Sinne des § 6 nur dann relevant, wenn auch der Beitrag betragsmäßig festgelegt ist.

In der Praxis stellt sich in diesem Zusammenhang öfters die Frage, warum bei einem bo PKS mit laufender Beitragsleistung ein Ruhen der Beitragsleistung für die Fälle der Eltern-Karenz, Präsenz-/Zivildienst, sonstiger Karenzen und für Zeiten der Krankheit über den Entgeltfortzahlungszeitraum hinaus, etc vereinbart werden kann. Der Gesetzgeber erlaubt doch nur die Vorwegvereinbarung des Aussetzens der laufenden Beitragsleistung bei zwingenden wirtschaftlichen Gründen. Die Begründung liegt in der Anerkennung von laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen durch das BPG. Wird ein als laufender zu qualifizierender Entgeltbestandteil zulässigerweise ausgesetzt (wie in den oben angeführten Beispielen), verlieren diese Entgelte oder Entgeltbestandteile nicht die Eigenschaft des laufenden Entgelts oder Entgeltbestandteils, sondern sie gebühren auf Grund des Ruhens des Arbeitsverhältnisses unter Suspension der Hauptpflichten vorübergehend nicht. Die Relation von zB 3% von Null ergibt Null. Es liegt eben gerade deshalb kein Aussetzen vor, weil die Relation nicht von zB 3% auf 0% reduziert wird, sondern der laufende Entgeltbestandteil auf Grund des Aussetzens der arbeitsvertraglichen Hauptpflichten zulässigerweise

Null beträgt. Andererseits ist zu argumentieren, dass gerade in einem bo PKS der Beitrag selbst einen Entgeltbestandteil darstellt (siehe dazu 1.6.1 unten), der auch dann nicht gebührt, wenn das Entgelt an sich nicht gebührt.¹⁶⁴ In der Zeit der Suspension werden keine weiteren Anwartschaften erworben. Daher ist ein Ruhen der Beiträge auch bei betragsmäßiger Festlegung einer Beitragszahlung zulässig, nicht aber ein Ruhen der Beiträge während Zeiten der Schutzfrist für Mütter; dafür spricht auch, dass während dessen Entgelt gebührt.

Gruber meint weiters, dass der Gesetzgeber mit den in der Novelle 1998 (ASRÄG 1997) eingefügten Regelungen für die Fälle der Karenzierung oder Arbeitszeitreduktion im § 3 (4) zum Ausdruck bringt, dass er das Ruhen der Beiträge in Fällen der Kranzierung oder Arbeitszeitreduktion voraussetzt, sofern das in der Grundlagenvereinbarung vorgesehen ist.¹⁶⁵

1.3.1.2. Anwendungsbereich des § 6

Es fällt auf, dass § 6 nur auf die „laufenden Beitragsleistungen“ Bezug nimmt. Fraglich ist, ob der Gesetzgeber damit Beitragseinschränkungen nur für laufende Beiträge ieS vorsehen wollte oder auch einmalige (gem § 3 (1) Z2 2. TS) oder variable (gem § 3 (1) Z2 3. TS) Beiträge erfassen wollte.

Unter laufenden Beitragsleistungen sind laufende Basis-Beiträge gem § 3 (1) Z2 2. TS zu verstehen. Das ergibt sich aus der historischen Entwicklung und Zusammenschau von § 3 (1) Z2 2. und 3. TS sowie § 6. Erst mit der Novelle 1996 ist die Möglichkeit eröffnet worden, variable Beiträge vorzusehen. Diese können nur „zusätzlich“ zu den „vom Arbeitgeber verpflichtend zu entrichtenden Beiträgen“ (Basis-Beiträgen) vorgesehen werden. Mit Einführung der Möglichkeit für variable Beiträge hat der Gesetzgeber in den EB zur RV¹⁶⁶ zum Ausdruck gebracht, dass variable Beiträge wegen des Spannungsverhältnisses beschränkt werden müssen, weil ansonsten § 6 ins Leere laufen würde. Der Anwendungsbereich von § 6 auf Basisbeiträge gem § 3 (1) Z2 2. TS sollte daher nicht verändert werden.

¹⁶⁴ *Binder*, Rechtsprobleme des Dreiecksverhältnisses zwischen Unternehmer, Pensionsbegünstigtem und Pensionskasse, ZAS 1991, 106; *Gruber*, Betriebspensionsrechtliche Auswirkungen von Karenz und Arbeitszeitreduktion, ZAS 1999, 97.

¹⁶⁵ *Gruber*, Betriebspensionsrechtliche Auswirkungen von Karenz und Arbeitszeitreduktion, ZAS 1999, 97.

¹⁶⁶ 387 BlgNR 20.GP 12.

Der Gesetzgeber geht offenbar davon aus, dass bei variablen Beiträgen das „Ob“, „Wann“ und „Wieviel“ für den AN nicht von vorneherein einschätzbar sein muss („... zusätzlich zu den entsprechend der bisherigen Rechtslage geleisteten fixen Beiträgen [können] auch so genannte variable Beiträge (etwa in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Lage des AG) geleistet werden...“)¹⁶⁷. Diese Eigenschaft müssen die Basis-Beiträge gem § 3 (2) 2. TS schon erfüllen, und das wird offenbar auch durch § 6 geschützt. Für variable Beiträge gem § 3 (1) Z2 3. TS findet hingegen § 6 keine zwingende Anwendung.¹⁶⁸ Selbstverständlich können die im § 6 vorgesehenen Voraussetzungen, insbesondere die massiven wirtschaftlichen Gründe, auch für Beitragseinschränkungen von vorgesehenen variablen Beiträgen vereinbart werden, aber es können auch andere Gründe, zB weniger gravierende wirtschaftliche Umstände vereinbart werden.

Hinsichtlich der Einmalbeiträge erscheint auf den ersten Blick eine Regelung für eine Beitragseinschränkung gar nicht notwendig, da die Zusage und Leistung eines Einmalbeitrages idR eng beieinander liegen und das Instrument der Beitragseinschränkung mangels Unvorhersehbarkeit der Entwicklungen in ferner Zukunft nicht gegeben ist. Wie sieht es aber aus, wenn die Leistung eines Einmalbeitrages für die ferne Zukunft versprochen ist?

Mit „laufende Beitragsleistungen“¹⁶⁹ sind die „vom Arbeitgeber verpflichtend zu entrichtenden“ Beiträge¹⁷⁰, „fixen“ Beiträge¹⁷¹ iSd § 3 (1) Z2 2. TS gemeint. Daher sind betragsmäßig festgelegte Einmalbeiträge im Sinne dieser Bestimmung auch erfasst und sind die „laufenden Beitragsleistung“ daher nicht wörtlich zu verstehen. Es sind die vom AG jedenfalls zu leistenden Basis-Beiträge gemeint.

Das bestätigt auch die nachfolgende Überlegung: Im Fall der Zusage eines Einmalbeitrages nach Erfüllen bestimmter Voraussetzungen in ferner Zukunft ist die Situation gleich gelagert wie bei einem AN, dessen Anwartschaftserwerb noch nicht gleich, sondern erst in Zukunft (zB nach einigen Dienstjahren) beginnt. Es erfolgt für die Individualperson keine laufende Beitragsleistung, die im Sinne des § 6 eingeschränkt werden könnte. Sind laufen-

¹⁶⁷ 387 BlgNR 20.GP 12.

¹⁶⁸ *Bednar*, Die Betriebspension² (1997) 221.

¹⁶⁹ § 6 (1).

¹⁷⁰ § 3 (1) Z2 3. TS.

¹⁷¹ EB zur RV zu § 3 (1) Z2 3. TS (387 BlgNR 20.GP 12).

de Beiträge zum individuellen Zeitpunkt des Beginns der individuellen Beitragsleistung eingeschränkt, ist gleich der Erstbeitrag des konkreten AN von der Beitragseinschränkung betroffen. Da es keinen Grund für eine unterschiedliche Behandlung dieser beiden Situationen gibt, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit „laufenden Beitragsleistungen“ ganz allgemein von der Erfüllung der auf Grund des PKS zu erfüllenden Basis-Beitragsverpflichtungen ausgegangen ist. Der Zweck des § 6 besteht primär im Schutz des Vertrauens auf bereits Versprochenes¹⁷² und soll das Erreichen einer Pensionsleistung mit den „verpflichtend“ zu leistenden Beiträgen nach Möglichkeit gewährleisten.¹⁷³

Die Ansicht, § 6 zum Ausdruck bringe, dass überhaupt nur eine laufende Beitragsleistungen in bo PKS zulässig sei, erachte ich nicht als zutreffend. Dagegen ist die Bestimmung der Beitragsfestsetzung im § 3 (1) Z 2 2. TS anzuführen, die nicht jedenfalls die laufende Beitragsleistung verlangt („...die Höhe der vom Arbeitgeber zu entrichtenden Beiträge...“, die ua betragsmäßig festgelegt werden können). Für dieses Verständnis ist auch anzuführen, dass der OGH Einmalbeiträge iSd § 3 (1) Z 2 2. TS kennt und Übertragungsbeträge als solche qualifiziert hat.¹⁷⁴

Betrachtet man ausschließlich den Wortlaut des § 6 (1) bzw (6), erlauben diese Bestimmungen den Partnern der Grundlagenvereinbarung nur einen Grund, Beitragseinschränkungen vorzusehen, nämlich „nur dann“, wenn diese vereinbart sind „und“ massive wirtschaftliche Schwierigkeiten bestehen (und eine Beratung mit einem allfälligen BR und eventuell Sachverständigen erfolgt ist). Die Vereinbarung anderer Gründe würde nur jeweils die Z1 der § 6 (1) bzw (6) in unzulässiger Weise erfüllen und wäre auf Grund von § 19 unwirksam.¹⁷⁵

An dieser Stelle drängt sich die Überlegung auf, ob dieses wörtliche Verständnis so korrekt ist bzw ob nicht damit über das Ziel hinausgeschossen wird und diese Bestimmung teleologisch zu reduzieren ist. Einem der beiden primären Anliegen (siehe 1.1.3 oben) folgend,

¹⁷² 1318 BlgNR 17.GP 1.

¹⁷³ 387 BlgNR 20.GP 12.

¹⁷⁴ OGH 15.12.2004, 9ObA92/04a.

¹⁷⁵ AA *Schrammel* und *Csillag/Eberhartinger*, die auch andere auflösende Bedingungen für die Beitragsleistung für zulässig erachtet; *Csillag/Eberhartinger* halten auch den Wortlaut von § 6 für unbedenklich (*Schrammel*, BPG (1992) [§ 19] [5]; *Csillag/Eberhartinger*, Bedingte Beitragsleistungen des Arbeitgebers an eine Pensionskasse?, *ecolex* 1991, 407); siehe dazu 1.5.

wollte der Gesetzgeber gem AB den AN „...nur gegen den Widerruf einer gegebenen Zusage oder gegen eine Reduktion der erwarteten oder zugesagten Versorgungsleistung seitens des Arbeitgebers...“ schützen. Das bedeutet, dass der AN nur insoweit schutzwürdig ist, als die Zusage reicht¹⁷⁶ und er diese berechtigterweise erwarten darf. Die Überlegungen dazu sind unter 1.6.2 unten ausgeführt.

1.3.1.3. Zur Widerruflichkeit außerhalb des Anwendungsbereiches von § 6

Von den bisherigen Ausführungen ist die grundsätzliche Frage zu unterscheiden, ob die Verpflichtung des AG zur Beitragsleistung auf einer verbindlichen Zusage beruht.

Gewährt der AG Beiträge gegen allfälligen Widerruf (unter den Voraussetzungen des § 6), geht er damit eine unbefristete Verpflichtung ein, die durch Erklärung des Widerrufs beendet werden kann. Gewährt der AG Leistungen freiwillig und unpräjudiziell, erwirbt der AN gar keinen Rechtsanspruch).¹⁷⁷ Entscheidend für die Unterscheidung sind die gewählten Worte¹⁷⁸, aber auch der wahre Wille, wobei der OGH im Zweifel auf eine gesicherte Rechtsposition abstellt¹⁷⁹. „Wollen die Parteien der Betriebsvereinbarung einen Rechtsanspruch tatsächlich ausschließen, so müssten sie diesen Willen auch in zweifelsfreier Weise zum Ausdruck bringen.“¹⁸⁰

Runggaldier und *Welser* treten im Ergebnis überhaupt gegen diese Differenzierung im Sinne einer gesicherten Rechtsposition für den AN ein. *Welser* tritt auf Basis der Vertragsinterpretation für die Gleichbehandlung beider Konstruktionen ein, wenn der berechtigte Eindruck eines rechtlichen Gefüges, einer rechtlichen Relevanz und gewisser Bestandsfestigkeit gegeben ist („rechtlich relevante Ordnung“)¹⁸¹. *Runggaldier* vertritt die Ansicht,

¹⁷⁶ So auch *Gerlach*, Zur „Höhe der Beiträge“ gem § 3 Abs 1 Z 2 BPG, *ecolex* 1991, 187.

¹⁷⁷ Zu dieser Unterscheidung siehe auch *Strasser*, Zum Geltungsbereich und zur Rückwirkung des Betriebspensionsgesetz, *RdA* 1990, 313.

¹⁷⁸ OGH 23.10.1991, 9ObA206/91; *Schwarz/Löschnigg*, *Arbeitsrecht*¹⁰ (2003) 297.

¹⁷⁹ *Stupar*, Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen (2001) 28; OGH 11.1.1989, 9ObA513/88.

¹⁸⁰ OGH 23.10.1991, 9ObA206/91.

¹⁸¹ *Welser*, Widerrufsvorbehalt und Teilkündigungsvereinbarung bei entgeltwerten Leistungen des Arbeitgebers, *RdA* 1991, 1.

dass die Unpräjudizialität nahe dem wahren Willen der Parteien idR ein Widerrufsrecht beinhaltet.¹⁸²

Die eigenen Erfahrungen haben eher das Gegenteil gezeigt: Der wahre Wille einer jederzeitigen Widerruflichkeit einer Leistung liegt idR in der Unverbindlichkeit. Der AG will die Leistungen erbringen, solange es ihm angemessen erscheint. Er will idR ohne Angabe von Gründen und Rechtfertigung, in freier Entscheidung die Leistung wieder einstellen können und nicht einen Rechtsanspruch erzeugen, um diesen später wieder zu vernichten. Will der AG eine Verbindlichkeit, einen Rechtsanspruch einräumen und diesen allenfalls später vernichten können, dann formuliert er idR nähere Voraussetzungen, unter denen er den Widerruf vornehmen können möchte. Insofern kann ich mich nur der Meinung anschließen, dass es auf den wahren Willen der Parteien ankommt.

In der Praxis läuft der Gedanke in Bezug auf bo PKS oft umgekehrt. Damit der Durchführungsweg PK gangbar wird (oder zB die direkte Leistungszusage rückstellbar wird), ist ein Rechtsanspruch (im bo PKS auf die Beiträge) einzuräumen, weil ansonsten die Betriebsausgabenfähigkeit nicht gegeben ist. Die geforderte BPG-Konformität des PKV zwingt zu einer Grundlagenvereinbarung, die zumindest verpflichtend zu leistende Basisbeiträge iSv § 3 (1) Z2 2. TS unabdingbar verlangt und durch § 6 die Widerruflichkeit limitiert wird. Eine Bedeutung kann diese Unterscheidung allenfalls im Zusammenhang mit den variablen Beiträgen erlangen. Wie unter 1.2.1.2 oben ausgeführt, geht der Gesetzgeber dabei nicht von Beiträgen aus, die verpflichtend zu leisten sind. Nach der hier vertretenen Auffassung sind aber jedenfalls die vorgesehenen variablen Beiträge zu konkretisieren. Dabei können die Rahmenbedingungen für die Beitragsleistung auch außerhalb von § 6 festgelegt werden. Die Beitragsgrundlagen für variable Beiträge können aber „unverbindlich“ sein (siehe 1.6.2.1.3 unten).

1.3.1.4. Einvernehmliche Veränderung der Grundlagenvereinbarung

Selbstverständlich ist eine Abänderung des Beitragsrechtes im Einvernehmen der Partner der Grundlagenvereinbarung grundsätzlich möglich.¹⁸³ Der AB erklärt zu § 97 (4) ArbVG (Kündigung der Grundlagenvereinbarung in Form einer BV):

¹⁸² *Runggaldier/Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987) 161.

Die Möglichkeit der einvernehmlichen Auflösung bzw. Abänderung durch Betriebsvereinbarung wird nicht ausgeschlossen.“

Ist die einvernehmliche Auflösung einer PK-BV zulässig, muss dies auch für die Abänderung im Sinne einer Verschlechterung gelten. Es gibt keine Verfassungsvorschrift, die den Schutz wohl erworbener Rechte gewährleistet¹⁸⁴ und es existiert auch kein Verschlechterungsverbot.¹⁸⁵ BV- bzw KV-Partner haben aber bei „einmal geschaffenen Rechtspositionen“ zu berücksichtigen, dass „...der Gestaltungsspielraum unter der Einschränkung der sachlichen Begründbarkeit und Verhältnismäßigkeit steht...“¹⁸⁶ Beachtliche Wertungen dafür seien die im ASVG und im Pensionsrecht der Beamten vorgenommenen Änderungen, weil der Gesetzgeber unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist. Bei einem Eingriff sind daher „...die Gründe für den Eingriff ebenso zu berücksichtigen, wie die Dauer der Berufsausübung und die damit verbundene Vertrauensposition.“¹⁸⁷ Eine schematische Gleichbehandlung ohne Rücksicht auf die Dauer der Berufsausübung und die dadurch bedingte unterschiedliche Vertrauensposition bei der Kürzung von Ruhegeldanwartschaften verstößt gegen den Gleichheitsgrundsatz.¹⁸⁸

Im Zusammenhang mit VVM kann eine Verschlechterung auch im Wege eines dynamischen Verweises erfolgen. Ein Änderungsvorbehalt auf die jeweilige Fassung von Richtlinien oder Dienstordnungen sind zulässig, doch können Änderungen nur im Rahmen des billigen Ermessens vorgenommen werden.¹⁸⁹

¹⁸³ *Binder*, Zur Sicherung und Erhaltung von Ansprüchen gegenüber der Pensionskasse, RdA 1991, 417 (Verzicht des Aufbaus von Anwartschaften für die Zukunft).

¹⁸⁴ OGH 26.4.2000, 9ObA110/00t; 24.6.1999, 8ObA20/99w.

¹⁸⁵ *Schrank*, Zur Zulässigkeit von „Verschlechterungsvereinbarungen“ bei aufrehtem Arbeitsverhältnis (1983) 12; OGH 24.6.1999, 8ObA20/99w: „... gilt auch für Betriebsvereinbarungen ..., daß grundsätzlich auch Verschlechterungen des Entgelts und der Pensionsanwartschaft wirksam vorgenommen werden können ...“.

¹⁸⁶ OGH 21.12.2000, 8ObA170/00h; vgl auch OGH 24.6.1999, 8ObA20/99w; vgl auch OGH 6.7.1998, 8ObA161/98d (‘‘eine maßvolle Änderung (Verschlechterung) des kollektivvertraglichen Pensionssystems ist rechtlich zulässig...’’); im Ergebnis vgl auch OGH 16.12.1992, 9ObA602/92.

¹⁸⁷ OGH 21.12.2000, 8ObA170/00h; vgl auch OGH 24.6.1999, 8ObA20/99w; 6.7.1998, 8ObA161/98d; 16.12.1992, 9ObA602/92.

¹⁸⁸ VfGH 18.3.1987, G255/86, G3-9/87.

¹⁸⁹ OGH 21.12.2000, 8ObA170/00h.

Bei Verschlechterungen im Einvernehmen ist zu beachten, dass nur jene Grundlagenpartner maximal das, was sie einmal gegeben haben auch wieder nehmen können (dies nur im Rahmen der guten Sitten).¹⁹⁰ Das gilt bei der BV aber nicht für mittlerweile ausgeschiedene AN, weil die nicht mehr vom BR vertreten werden.¹⁹¹

Entsprechend der Möglichkeit die Grundlagenvereinbarung im Einvernehmen abzuändern, kann der Widerrufsvorbehalt auch erst nach Erteilung der Zusage festgesetzt werden, wobei der AG auf einen ausreichend deutlichen Hinweis auf diese Änderung in der Grundlagenvereinbarung gegenüber den Berechtigten achten muss¹⁹². Der Ansicht von *Stupar*, die Aufklärungspflicht sei auch gegenüber bereits ausgeschiedenen AN relevant, gilt mE nur für eine Änderung der Grundlagenvereinbarung in Form eines KV. Nach hA und Rspr sind ausgeschiedene AN nicht mehr von Änderungen einer Grundlagenvereinbarung in Form einer BV erfasst und es wäre jedenfalls eine Einzelvereinbarung über die Änderung abzuschließen. Bei Änderungen von Grundlagenvereinbarungen ist darauf zu achten, dass die Änderung auch entsprechende Wirkung im Verhältnis zur PK hat.¹⁹³

1.3.2. Rechtsfolgen einer Verletzung dieser Bestimmungen

Die Rechte des AN, die sich aus § 6 ergeben, können gem § 19 weder aufgehoben noch beschränkt werden. Bei Verletzung dieser Bestimmung tritt daher die unter 1.1.5 oben näher ausgeführte Rechtsfolge der Teilnichtigkeit ein.

Vereinbarungen über Beitragseinschränkungen von Basis-Beiträgen, die über die Möglichkeiten des § 6 in unzulässiger Weise hinausgehen, sind daher unwirksam. In Bezug auf die Beitragsgestaltung bedeutet das, dass allfällige Bedingungen für die Beitragsleistung, die einer einseitigen Einschränkung oder dem einseitigen Aussetzen der Beitragsleistung

¹⁹⁰ Zum Kollektivvertrag vgl OGH 12.3.1998, 8ObA2052/96i.

¹⁹¹ *Hipsch*, Betriebspension (1996) 130; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 738 (auch mit zahlreichen Nachweisen); OGH 12.3.1998, 8ObA2052/96i; 21.12.2000, 8ObA170/00h: „... dass dem Arbeitnehmer - der von Änderungen der Betriebsvereinbarung ja nur während seiner Zugehörigkeit zum Betrieb betroffen sein kann... Dies ergibt sich schon daraus, dass der Oberste Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung davon ausgeht, dass die Betriebsvereinbarungsparteien auf Grund der ihnen nach dem ArbVG zukommenden Kompetenz nicht mehr in die ausgeschiedenen Arbeitnehmern kraft einer Betriebsvereinbarung zustehenden Ruhegeldansprüche eingreifen können (...). Trotz verschiedener Kritik an dieser Rechtsprechung... hat der Oberste Gerichtshof ... daran festgehalten.“.

¹⁹² *Stupar*, Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen (2001) 103.

¹⁹³ Vgl auch *Hipsch*, Betriebspension (1996) 119; *Farny/Wöss*, Betriebspensionsgesetz Pensionskassengesetz (1992) [§6] [4].

gleichkommen, als nicht vereinbart gelten, die Beiträge also unabhängig vom Eintritt dieser Bedingungen, gebühren (siehe dazu 1.6.2.1 unten).

1.3.3. Zusammenfassung

Einschränkungen der Basis-Beiträge (Beiträge gem § 3 (1) Z2 2. TS) haben die Regelungen des § 6 (1) bzw (6) einzuhalten. § 6 gibt daher Schranken für die Gestaltung dieser Beiträge vor: keine Beitragseinschränkungen im Ermessen des Arbeitgebers, außer bei Existenzgefährdung bzw zwingender wirtschaftlicher Gründe. Wie weit das Verbot der Vereinbarung anderer Gestaltungsrechte oder auflösender Bedingungen reicht, wird unter 1.6 unten erörtert. Ein Einschränken der Beitragsleistungen iSv § 6 liegt bei Beiträgen in Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen dann vor, wenn die Relation reduziert wird, nicht aber, wenn die Beitragsgrundlage (laufende Entgelte oder Entgeltbestandteile) der Höhe nach sinkt.

1.4. Die Gleichbehandlung im Hinblick auf beitragsorientierte Pensionskassensysteme

Das Thema Gleichbehandlung ist sehr umfangreich; auch wenn man nur die betriebspensionsrechtlich relevanten Aspekte beleuchtet. Eine umfassende Darstellung würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. In der Praxis sind jedoch die Fragen nach der Zulässigkeit von Differenzierungen bei der Ausgestaltung von bo PKS derart häufig und vielfältig, dass in der Folge zumindest der Versuch unternommen wird, einen Überblick zum Thema Gleichbehandlung in Hinblick auf bo PKS zu geben. Damit wird nicht nur auf Spezialitäten speziell für PK-Beiträge in Abhängigkeit von PZ und GBS relevanten Inhalte Bezug genommen, sondern der Kreis bewusst etwas weiter gezogen und auch bedeutende Aspekte für die Gestaltung von PZ und GBS (Entgelt) selbst angeführt. Bei der Beitragsgestaltung jedes bo PKS, auch in Abhängigkeit von PZ und GBS ist es wichtig, auch die Einhaltung dieses Rahmens zu überprüfen. Derzeit wird das in der Praxis oft mangels Bewusstsein vernachlässigt, doch die Rechtsfolgen einer Verletzung dieser Bestimmungen sind nicht zu unterschätzen.

1.4.1. Relevanter Europarechtlicher Rahmen

1.4.1.1. Bedeutendste Bestimmungen des EG-Vertrages

Art 13 EG-Vertrag (ex Art 6a) erlaubt dem Rat auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen zu treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen. Die wesentlichsten Richtlinien für das Thema dieser Arbeit sind unter Punkt 1.4.1.2 unten angeführt.

Für Betriebspensionen ist Art 141 EG-Vertrag (ex Art 119) mit seinem Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertige Arbeit von Bedeutung, weil Betriebspensionen vom EuGH als Entgelt qualifiziert werden.¹⁹⁴ Die Bedeutung ist für die Praxis besonders groß, weil der EuGH von der unmittelbaren Anwendbarkeit dieser Bestimmung ausgeht (siehe 1.4.1.3 unten).

¹⁹⁴ zahlreiche Entscheidungen des EuGH, zT ausgeführt unter 1.4.1.3..

Auf Grund des Auslegungsmonopols des EuGH für das EU-Recht¹⁹⁵ sind die meisten inhaltlichen Erläuterungen des EU-Rechts auf die Judikatur des EuGH gestützt.

Werden im Folgenden Artikel (Art) ohne weitere Angabe genannt, ist der EG-Vertrag als Rechtsquelle gemeint. Zur weiteren Vereinfachung wird nur noch die aktuelle Artikelnummerierung des Art 141 angeführt, auch wenn in Originalen auf Grund der zeitlichen Entstehung auf Art 119 Bezug genommen wird.

1.4.1.2. Wichtigste Richtlinien

Gem Art 249 (ex Art 189) sind Richtlinien für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet werden, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Ohne Anpassung des nationalen Rechtes haben Richtlinien daher grundsätzlich keine unmittelbare Wirkung. Für den Fall, dass die Richtlinie nicht innerhalb der vorgesehenen Frist oder nicht vollständig umgesetzt wird, kann sich der AN unmittelbar auf diese berufen, „...wenn sie inhaltlich präzise genug sind, um wie ein Gesetz angewandt zu werden, und die Inanspruchnahme des Rechts an keine Bedingung oder Auflage geknüpft ist.“¹⁹⁶ Damit können die Richtlinien für den Betroffenen unmittelbare Bedeutung erlangen und werden daher nachstehend die für das vorliegende Thema bedeutendsten Richtlinien im Überblick dargestellt.

1.4.1.2.1. Gleichbehandlungsrichtlinie (Neufassung)

Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2006 zur Verwirklichung der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung)¹⁹⁷:

Diese Neufassung ersetzt nachstehende Richtlinien:

- Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10.2.1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen¹⁹⁸

¹⁹⁵ Lindmayr, Gleichbehandlungsrecht (2002) 91.

¹⁹⁶ Lindmayr, Gleichbehandlungsrecht (2002) 108.

¹⁹⁷ RL 2006/54/EG 5.7.2006, ABI 26.7.2006 L 204/23.

¹⁹⁸ RL 75/117/EWG 10.2.1975, ABI 19.2.1975 L 45/19.

- Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, geändert durch die RL 2002/73/EG¹⁹⁹
- Richtlinie 86/378/EWG des Rates vom 24.7.1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit, geändert durch die RL 96/97/EG²⁰⁰
- Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15.12.1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, geändert durch die RL 98/52/EG²⁰¹

Zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen enthält diese Richtlinie ua Bestimmungen in Bezug das Entgelt sowie auf betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit.

Art 2 der Richtlinie erklärt, dass der Begriff „Entgelt“ neben den üblichen Grund- oder Mindestlöhnen und –gehälter alle sonstigen Vergütungen, die der AG auf Grund des Arbeitsverhältnisses dem AN mittelbar oder unmittelbar als Geld- oder Sachleistung zahlt, erfasst. Im Sinne des weiten Entgeltbegriffs erfasst die Gleichbehandlungsrichtlinie (Neufassung) bo PKS.

Hinsichtlich der betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit geht es gem Art 2 lit f) dieser Richtlinie um Systeme, die als Zusatz- oder Ersatzleistungen der gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit gewähren, unabhängig davon, ob der Beitritt zu diesem Systemen verpflichtend ist oder nicht. Die Richtlinie ist nicht anwendbar auf betriebliche Systeme, insoweit die Leistungen durch freiwillige Beiträge der AN finanziert werden²⁰² Wichtig ist daher, dass der AG Vertragspartei ist und durch Beiträge finanziert. Der Geltungsbereich der Richtlinie in Bezug auf betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit umfasst gem Art 6 neben AN ausdrücklich auch im Ruhestand befindliche oder arbeitsunfähige AN und ihre anspruchsberechtigten Angehörigen.

¹⁹⁹ RL 76/207/EWG 9.2.1976, Abl 14.2.1976 L 39/40 idF RL 2002/73/EG 23.9.2002, ABI 5.10.2002 L 269/15.

²⁰⁰ RL 86/378/EWG 24.7.1986, ABI 12.8.1986 L 225/40 idF RL 96/97/EG 20.12.1996, ABI 17.2.1997 L 46/20.

²⁰¹ RL 97/80/EG 15.12.1997, ABI 20.1.1998 L 14/6 idF RL 98/52/EG 13.7.1998, ABI 22.7.1998 L 205/66.

²⁰² vgl Art 8 (1) lit c) und e) der Gleichbehandlungsrichtlinie (Neufassung)

Die Neufassung der Gleichbehandlungsrichtlinie nimmt im Besonderen Bezug auf Art 141 (3) und erklärt in ihrem Art 4 ein Diskriminierungsverbot, das die Beseitigung jeder mittelbaren und unmittelbaren Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes in Bezug auf sämtliche Entgeltbestandteile und -bedingungen bei gleicher Arbeit oder bei Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, anordnet. Wenn zur Festlegung des Entgelts ein System beruflicher Einstufung verwendet wird, so hat dieses auf für männliche und weibliche AN gemeinsamen Kriterien zu beruhen und ist so zu beschaffen, dass Diskriminierungen aufgrund des Geschlechtes ausgeschlossen sind.

Von Bedeutung im Zusammenhang mit Betriebspensionen ist die Erläuterung der Begriffe der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung auf Grund des Geschlechts im Art 2 der Richtlinie, die Eingang in das nationale Gleichbehandlungsgesetz (GlBG) und Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GlBG) gefunden haben (siehe Punkt 1.4.3 unten und 1.4.4 unten). Die unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person auf Grund ihres Geschlechts in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, erfahren hat oder erfahren würde als eine andere Person; die mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, Personen eines Geschlechts benachteiligen können, es sei denn

- diese sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und (Grundsatz der Legitimität);
- die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) und
- erforderlich (Grundsatz der Erforderlichkeit).

Klarstellend wird festgehalten, dass eine ungünstigere Behandlung einer Frau im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft oder Mutterschaftsurlaub (im Sinne der RL 92/85EWG) als Diskriminierung im Sinne dieser Richtlinie gilt. Ein genereller vorübergehender Ausschluss von Schwangeren bzw Frauen im Mutterschaftsurlaub (im Sinne dieser Richtlinie) von einem bo PKS würde dieser Richtlinie widersprechen.

In Bezug auf die betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit verlangt Art 5 den Fortfall jeglicher unmittelbarer oder mittelbarer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes, insbesondere hinsichtlich

- des Anwendungsbereiches solcher Systeme und die Bedingungen für den Zugang,
- der Beitragspflicht und der Berechnung der Beiträge,
- der Berechnung der Leistungen (einschließlich der Zuschläge für Ehegatten und unterhaltspflichtige Personen) sowie der Bedingungen betreffend die Geltungsdauer und die Aufrechterhaltung des Leistungsanspruches.

Art 9 der Richtlinie führt einige Beispiele für Diskriminierung an. Bezogen auf bo PKS sind Bestimmungen, die dem Grundsatz der Gleichbehandlung entgegenstehen solche, die sich unmittelbar oder mittelbar auf das Geschlecht stützen und ua Folgendes bewirken:

- in Bezug auf die Einbeziehung in das betriebliche System:
 - Festlegung der einbezogenen Personen
 - Festlegung freiwilliger oder Zwangsmitgliedschaft
 - unterschiedliches Alter für die Einbeziehung
 - unterschiedliche Beschäftigungs- oder Zugehörigkeitsdauer, um einen Anspruch zu erwerben
- in Bezug auf die Beiträge:
 - unterschiedliche Höhe der Beiträge der AG (außer es wird beabsichtigt, die Höhe der Rentenleistungen für Männer und Frauen auszugleichen oder anzunähern)
 - unterschiedliche Höhe der AN-Beiträge
- in Bezug auf die Unverfallbarkeit:
 - unterschiedliche Regeln für die Garantie oder Aufrechterhaltung des Anspruchs auf spätere Leistungen, wenn AN aus dem System ausscheidet
 - unterschiedliche Regeln für die Erstattung von Beiträgen, wenn AN ohne Anspruch aus dem System ausscheiden ohne Erfüllung der Bedingungen für einen aufgeschobenen Anspruch auf langfristige Leistungen (Unterschiede aufgrund versicherungsmathematischer Berechnungsfaktoren sind ausdrücklich zulässig)
- in Bezug auf die Leistungsansprüche:
 - unterschiedliche Leistungsvoraussetzungen, insbesondere hinsichtlich des Alters, oder Beschränkung auf ein Geschlecht

- unterschiedliche Höhe der Leistungen (Unterschiede aufgrund versicherungsmathematischer Berechnungsfaktoren in bo Systemen sind ausdrücklich zulässig) oder Beschränkung auf ein Geschlecht
- Unterbrechung der Aufrechterhaltung oder des Erwerbs von Ansprüchen während eines gesetzlich oder tarifvertraglich festgelegten Mutterschaftsurlaub oder Urlaubs aus familiären Gründen, der vom AG bezahlt wird

Auf Grund des letztgenannten Punktes ist ein Ruhen der Beiträge während eines Mutterschaftsurlaubes daher nur bei Karenzen mit Entfall der Bezüge möglich. Diese Schutzbestimmung ist natürlich auch für von PZ oder aus GBS abgeleistete Beiträge zu beachten.

Gem Art 8 (2) dieser Richtlinie können Betriebspensionen Lücken schließen, die auf Grund des unterschiedlichen Eintrittsalters in der gesetzlichen Pensionsvorsorge entstehen. Damit kann zB ein Mann zu einem Zeitpunkt, zu dem ihm mangels Erreichen eines bestimmten Mindestalters noch keine gesetzliche Alterspension gebührt, eine höhere Betriebspension erhalten, damit er bis zum Einsetzen der gesetzlichen Alterspension im Ergebnis die ähnliche Pension bezieht wie eine Frau, die mit dem gleichen Alter bereits eine gesetzliche Alterspension erhält. Einerseits bringt das zum Ausdruck, dass Betriebspensionen unabhängig von der gesetzlichen Pensionsleistung gebühren können und andererseits, dass ein für Männer und Frauen gleiches Versorgungsziel Anerkennung findet.

Art 9 (1) lit h) und j) dieser Richtlinie ist für bo PKS von besonderer Bedeutung. Es werden unterschiedliche Leistungsniveaus zugelassen, wenn dies notwendig ist, „...um versicherungstechnischen Berechnungsfaktoren Rechnung zu tragen, die im Fall von Systemen mit Beitragszusage je nach Geschlecht unterschiedlich sind.“ Bei gleicher Höhe der Beiträge für Männer und Frauen dürfen auf Grund von versicherungstechnischen Berechnungsfaktoren unterschiedliche Leistungen gebühren.

Für bo PKS bedeutet das, dass weder gleiche Beiträge, die je nach Geschlecht zu unterschiedlichen Leistungen führen, noch unterschiedliche Beiträge, die dazu dienen die Leistungsniveaus zwischen den Geschlechtern anzugleichen, dem Grundsatz der Gleichbehandlung widersprechen, sofern diese jeweils auf die nach Geschlecht unterschiedlichen versicherungsmathematischen Berechnungsfaktoren zurückzuführen sind. Ersteres ist in Österreich bei nahezu allen PKS der Fall; so genannte „unisex-Tafeln“, die eine vom Geschlecht unabhängige Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts vorsehen und damit bei glei-

chem Beitrag in der gleichen Periode zu gleichen Leistungen für Männer und Frauen führen, sind derzeit noch auf wenige Fälle beschränkt.

Werden Leistungen im Ermessen der für das betriebliche System der sozialen Sicherheit Verwaltungsstellen gewährt, haben auch diese den Grundsatz der Gleichbehandlung einzuhalten.

Art 23 lit b) und c) dieser Richtlinie verlangen Maßnahmen der Mitgliedstaaten, dass mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbare Bestimmungen in Grundlagenvereinbarungen nichtig sind, für nichtig erklärt werden können oder geändert werden sowie betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit, die solche unvereinbaren Bestimmungen enthalten, nicht durch Verwaltungsmaßnahmen genehmigt oder für allgemeinverbindlich erklärt werden können.

Die Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit finden sich in einer gesonderten Richtlinie (RL 79/7/EWG²⁰³).

Kurzer Exkurs – Gleichbehandlung im Bereich der gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit (RL 79/7/EWG)

Diese Richtlinie sieht in Art 7 ua vor, dass die Mitgliedstaaten die Festsetzung des Rentenalters für die Gewährung der Altersrente vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausschließen dürfen. Sie müssen jedoch in regelmäßigen Abständen überprüfen, ob es nach wie vor gerechtfertigt ist, die Ausnahmen aufrecht zu erhalten. Dazu ist festzuhalten, dass in Österreich mittlerweile die schrittweise Angleichung des gesetzlichen Pensionsantrittsalters vorgesehen ist.

Ende Exkurs

1.4.1.2.2. Mutterschutzrichtlinie

Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren AN, Wöchnerinnen und stillenden AN am Arbeitsplatz²⁰⁴:

²⁰³ RL 79/7/EWG 19.12.1978, ABI 10.1.1979 L 6/24.

²⁰⁴ RL 92/85/EWG 19.10.1992, ABI 28.11.1992 L 348/1.

Im Zusammenhang mit bo PKS ist Art 8 iVm Art 11 dieser Richtlinie von Bedeutung. Von den Mitgliedstaaten wird die Sicherstellung verlangt, dass ein Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen ohne Unterbrechung gewährt wird; dieser muss einen obligatorischen Mutterschaftsurlaub von mindestens zwei Wochen umfassen. Für diese Fälle müssen die Fortzahlung eines Arbeitsentgeltes und/oder der Anspruch auf eine angemessene Sozialleistung gewährleistet sein. Letztere gilt als angemessen, wenn sie mindestens den Bezügen entspricht, die die betreffende AN im Falle einer Unterbrechung ihrer Erwerbstätigkeit aus gesundheitlichen Gründen erhalten würde, wobei es gegebenenfalls eine Obergrenze gibt.

Für bo PKS bedeutet das, dass ein Ruhen der Beiträge in der Zeit des obligatorischen Mutterschaftsurlaubes dieser Richtlinie widerspricht. Der EuGH verlangt für diese Zeit nicht das volle Entgelt, aber eine Reduktion darf den Zweck des Mutterschaftsurlaubes (Schutz der AN vor und nach der Niederkunft) nicht vereiteln.²⁰⁵

1.4.1.2.3. **Rahmen-Gleichbehandlungsrichtlinie**

Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, die Diskriminierungen aufgrund der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung verbietet²⁰⁶:

Wie die Gleichbehandlungsrichtlinie findet auch diese Richtlinie für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen Anwendung.²⁰⁷ Die Richtlinie basiert auf Art 13.²⁰⁸

Wie auch in der Gleichbehandlungsrichtlinie für das Diskriminierungsverbot hinsichtlich des Geschlechts sind auch in dieser Richtlinie das Verbot der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf geregelt, insbesondere bei den Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt und damit auch für Betriebspen-

²⁰⁵ EuGH 13.02.1996, Rs C-342/92 (Gillespie).

²⁰⁶ RL 2000/78/EG 27.11.2000, ABI 2.12.2000 L 303/16.

²⁰⁷ Vgl Art 3 der Rahmen-Gleichbehandlungsrichtlinie.

²⁰⁸ Vgl auch *Thomasberger*, Neues Gleichbehandlungsgesetz, RdA 2004, 285.

sionen und PK-Beiträge in Abhängigkeit von PZ und GBS in bo PKS. Mittelbare Diskriminierungen können bei Einhaltung der Grundsätze der Legitimität, Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit rechtfertigbar sein.

Anders als in der Gleichbehandlungsrichtlinie liegen keine Diskriminierungen vor, wenn das betreffende Merkmal auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt.

Betreffend die Diskriminierung wegen des Alters und wegen der Religion oder Weltanschauung bestehen weitere, differenzierte Ausnahmetatbestände²⁰⁹, wobei Erstere für das hier behandelte Thema von Bedeutung ist. *Tomandl* sieht keine „dramatische Konsequenzen“ für die österreichische Rechtsordnung, weil die typischen altersbezogenen Differenzierungen wie dienstzeitbezogene Leistungen eine Entsprechung des Alterungsprozesses einer Person im Arbeitsverhältnis darstellen (Verlaufskriterium im Vergleich zu den sonst statischen Kriterien wie Geschlecht) oder durch sozialpolitische Zielsetzungen und sachliche Gründe gerechtfertigt sind.²¹⁰ Würde man die Verlaufsbezogenheit des Alters nicht akzeptieren, wären Betriebspensionszusagen unzulässig, weil diese regelmäßig an ein relativ hohes Alter anknüpfen²¹¹ oder zumindest durch ein legitimes Ziel (wie zB Anreizsystem für Betriebstreue) rechtfertigbar.²¹² Gem Art 6 (1) kann nämlich eine Rechtfertigung in Bezug auf das Alter auch für unmittelbare Diskriminierungen möglich sein (im Sinne der Grundsätze der Legitimität, Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit).

Für betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit sieht Art 6 (2) dieser Richtlinie auch spezielle Ausnahmetatbestände für die Diskriminierung auf Grund des Alters vor und ist daher die relevanteste Bestimmung für bo PKS. Im Sinne dieser Ausnahmebestimmung liegt keine Diskriminierung vor bei

Festsetzung von Altersgrenzen

- für die Einbeziehung in das System oder

²⁰⁹ Vgl auch *Thomasberger*, Neues Gleichbehandlungsgesetz, RdA 2004, 285.

²¹⁰ *Marhold* in *Tomandl*, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005) 92.

²¹¹ *Marhold* in *Tomandl*, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005) 86.

²¹² *Marhold* in *Tomandl*, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005) 89.

- als Voraussetzung für den Bezug von Leistungen (Alters- oder Berufsunfähigkeitspension)

wie auch der unterschiedlichen Festsetzung von Altersgrenzen

- für bestimmte Beschäftigte oder
- Gruppen bzw Kategorien von Beschäftigten

sowie Verwendung von Alterskriterien

- für versicherungsmathematische Berechnungen

jeweils, solange dies nicht zu Diskriminierungen wegen des Geschlechts führt.

Differenzierungen hinsichtlich des Alters können daher - abgesehen von Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts - bei Betriebspensionen zulässig sein.

Exkurs Betriebspensionen und Diskriminierung auf Grund der sexuellen Orientierung

In der Entscheidung Grant hat der EuGH 1998 keine unmittelbare Diskriminierung gem Art 141 auf Grund des Geschlechts erkannt, wenn ein AG Fahrtbegünstigungen nur dann erteilt hat, wenn ein AN mit seinem Ehepartner oder mit einer Person des anderen Geschlechts in fester Beziehung lebt. Grund dafür ist, dass Gleiches gilt, unabhängig davon, ob der AN weiblich oder männlich ist; damit liegt keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts vor.²¹³ Der EuGH nannte nur eine Erklärung seitens des Europäischen Parlaments, dass jede Art von Diskriminierung auf Grund der sexuellen Neigung eines Menschen bedauert wird und keine Vorschriften, die eine solche Gleichstellung vornehmen, existieren. Mittlerweile gibt es die Rahmen-Gleichbehandlungsrichtlinie, die Diskriminierungen auf Grund der sexuellen Orientierung ua bei den Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt verbietet. Spezielle Ausnahmen in der Rahmen-Gleichbehandlungsrichtlinie für Betriebspensionen, wie zB bei der Diskriminierung des Alters, sind nicht vorgesehen. Die diesbezüglichen Bestimmungen der Rahmen-Gleichbehandlungsrichtlinie haben bereits in das GIBG ebenso wie in das B-GIBG Eingang gefunden (siehe 1.4.3 unten und 1.4.4 unten).

²¹³ EuGH 17.02.1998, Rs C-249/96 (Grant).

ME zieht das die Konsequenz nach sich, dass allfällige Ansprüche auf Hinterbliebenenleistungen für Lebenspartner nicht nur mehr auf Partner unterschiedlichen Geschlechts beschränkt werden dürfen, weil ansonsten eine unmittelbare Diskriminierung vorliegen würde.²¹⁴ Doch wie sieht es mit der Anknüpfung von Entgelt (Betriebspensionen, Pensionskassenbeiträge iRv bo PKS) an die Ehe aus? Darf der AG unterschiedliches Entgelt (zB Hinterbliebenen-Versorgungsleistungen aus einem Betriebspensionssystem) nur in Abhängigkeit davon leisten, ob der AN verheiratet ist oder nicht, ohne AN mit gleichgeschlechtlichem Lebenspartner zu diskriminieren?

Ein Blick zu den Regelungen der gesetzlichen Pensionsvorsorge hilft nicht weiter, weil die Rahmen-Gleichbehandlungsrichtlinie die Geltung für Systeme der sozialen Sicherheit ausnimmt. Der EuGH hat jedenfalls ausgesprochen, dass Hinterbliebenen-Versorgungsleistungen im Rahmen von betrieblichen Vorsorgesystemen als Entgelt zu qualifizieren sind.²¹⁵ Knüpft die Hinterbliebenen-Versorgung an die Ehe an, ist es gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern mangels der Möglichkeit, eine Ehe zu schließen, verwehrt, an diese Leistung zu gelangen. Tomandl hat eine Reihe von Argumenten dagegen angeführt²¹⁶ und meint, dass dabei die Gewährung einer Leistung „... nicht vom Geschlecht des Partners abhängt, sondern von der Rechtsnatur der Bindungen, die zwischen ihm und dem Arbeitnehmer bestehen.“²¹⁷

Ende Exkurs

1.4.1.2.4. Antirassismusrichtlinie

Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse und der ethnischen Herkunft²¹⁸:

Für die für bo PKS relevanten Bestimmungen kann auf Grund der ähnlichen Struktur auf die allgemeinen Ausführungen der Rahmen-Gleichbehandlungsrichtlinie verwiesen werden (Geltungsbereich, Verbot der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung - hier auf-

²¹⁴ Karl in Tomandl, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005) 52.

²¹⁵ EuGH 09.10.2001, Rs C-379/99 (Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten); EuGH 28.09.1994, Rs C-200/91 (Coloroll).

²¹⁶ Marhold in Tomandl, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005) 86.

²¹⁷ Karl in Tomandl, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005) 58.

²¹⁸ RL 2000/43/EG 29.06.2000, ABI 19.7.2000 L 180/22.

grund der Rasse und der ethnischen Herkunft, Rechtfertigungsmöglichkeit für mittelbare Diskriminierungen).

1.4.1.2.5. Überblick Diskriminierungsverbote auf Grund der genannten Richtlinien

Es hat sich gezeigt, dass es viele Diskriminierungsverbote mit unterschiedlichen Möglichkeiten hinsichtlich der Rechtfertigung und Ausnahmen für betriebliche Systeme sozialer Sicherheit gibt. Nachstehend ein Gesamtüberblick:

Diskriminierungsverbot in Bezug auf das Geschlecht (Männer und Frauen)

Die Gleichbehandlungsrichtlinie verbietet unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen in Hinblick auf das Entgelt, wobei mittelbare Diskriminierungen mit den Grundsätzen der Legitimität, Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit rechtfertigbar sind; bezüglich des Entgelts, nimmt diese Richtlinie auf die Lohngleichheitsrichtlinie Bezug. Hinsichtlich der betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit führt diese Richtlinie ergänzend einige konkrete Beispiele für Diskriminierungen an.

Spezialbestimmungen hinsichtlich des Mutterschaftsurlaubes sind in den genannten Richtlinien sowie in der Mutterschaftsrichtlinie enthalten.

Diskriminierungsverbot in Bezug auf das Alter

Die Rahmen-Gleichbehandlungsrichtlinie betrifft ua das Entgelt, bezieht sich nicht nur auf das Verhältnis Männer und Frauen und beinhaltet ebenfalls das Verbot unmittelbarer Diskriminierungen und mittelbarer Diskriminierungen, wobei letztere mit den Grundsätzen der Legitimität, Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit rechtfertigbar sind.

Es liegt aber keine Diskriminierung vor, wenn das betreffende Merkmal auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Weiters sind spezielle Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot hinsichtlich des Alters für Betriebspensionen vorgesehen, sofern sie nicht zur Diskriminierung des Geschlechts führen.

Diskriminierungsverbot in Bezug auf Rasse, ethnische Herkunft, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, sexuelle Orientierung

Von den Diskriminierungen in Bezug auf das Alter abgesehen betrifft die Rahmen-Gleichbehandlungsrichtlinie sowie die Antirassismusrichtlinie ua das Entgelt, bezieht sich

nicht nur auf das Verhältnis Männer und Frauen und beschreibt das Verbot unmittelbarer Diskriminierungen und mittelbarer Diskriminierungen, wobei letztere mit den Grundsätzen der Legitimität, Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit rechtfertigbar sind. Einige Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot sind in Bezug auf Religion oder Weltanschauung für dahin ausgerichtete Organisationen vorgesehen.

1.4.1.3. Gleiches Entgelt für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit (Art 141 EG-Vertrag – ex Art 119 EG-Vertrag)

Dem Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit wird aufgrund der umfangreichen Judikatur des EuGH ein eigener Punkt gewidmet. Da der Entgeltbegriff weit zu verstehen ist, hat der Großteil dieser Judikatur Relevanz für Betriebspensionen, auch für PK-Beiträge in Abhängigkeit von PZ und GBS in bo PKS. Dieser Grundsatz ist für alle Beteiligten eines PKS von Bedeutung, weil sich jeder Betroffene vor Behörden und Gerichten auf diese Bestimmung unmittelbar berufen kann.²¹⁹

1.4.1.3.1. Zeitliche Geltung

In der Entscheidung Defrenne II²²⁰ hat der EUGH festgehalten, dass aus Rechtssicherheitsgründen Ansprüche aus der unmittelbaren Geltung von Art 141 erst für die ab dem 8.4.1976 (Verkündung des Urteils Defrenne II) liegende Lohn- oder Gehaltsperioden geltend gemacht werden können²²¹. Im zeitlichen Zusammenhang mit dem Urteil Barber²²² ist gem Art 311 dem Art 141 ein Protokoll²²³ beigefügt worden, das klarstellt, dass Leistungen aufgrund eines betrieblichen Systems der sozialen Sicherheit nicht als Entgelt zu verstehen sind, sofern und soweit diese auf Beschäftigungszeiten vor dem 17.5.1990 zurückgeführt

²¹⁹ EuGH 08.04.1976, Rs C-43/75 (Defrenne II).

²²⁰ EuGH 08.04.1976, Rs C-43/75 (Defrenne II).

²²¹ außer der Betroffene hat bereits das vor Klage erhoben oder einen entsprechenden Rechtsbehelf eingelegt.

²²² EuGH 17.5.1990, Rs C-262/88 (Barber).

²²³ Dieses Protokoll ist gem Art 311 EG-Vertrag Inhalt des EG-Vertrages; das Urteil Barber hat aus Rechtssicherheitsgründen seine „Wirkung“ im Wesentlichen auch auf Zeiten ab dem 17.5.1990 = Erlass dieses Urteils beschränkt. Allerdings handelte es sich um betriebliche Versorgungssysteme, die zum Teil an Stelle gesetzlicher Versorgungssysteme getreten sind und sich nach Meinung des EuGH der AG über den genauen Umfang seiner Verpflichtungen auf Grund der Gleichbehandlungsrichtlinie-soziale Sicherheit in Zusammenschau mit der Betriebspensionsrichtlinie irren konnte.

werden können²²⁴. Inhaltlich ist dieses nicht ganz nachvollziehbar, weil es in der Entscheidung Barber um entschuldbare Unsicherheiten des AG über die rechtliche Qualifikation von Betriebspensionssystemen geht, die zum Teil gesetzliche Vorsorgesysteme ersetzen („opting-out“). Der EuGH erläuterte, dass es in diesem Fall zweifelhaft sein kann, ob diese Betriebspensionssysteme der sozialen Sicherheit zuzuordnen sind (keine Anwendung des Art 141) oder die Leistungen daraus als Entgelt zu sehen sind. Letzteres führt dazu, dass der AG verpflichtet ist, den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher/gleichwertiger Arbeit zu berücksichtigen. In der Folge hat der EuGH dann einige zur gemeinsamen Entscheidung zusammengefasste Fälle wieder getrennt und in zeitlicher Nähe zum Protokolls entsprechend dem Protokoll entschieden: Hinsichtlich der zeitlichen Komponente der Anwendbarkeit von Art 141 für Betriebspensionen gilt Gleiches wie bei Barber auch für betriebliche Systeme, die die gesetzliche Vorsorge „nur“ ergänzen.²²⁵

Das Urteil Barber bzw dieses Protokoll haben keine Auswirkungen hinsichtlich der Einbeziehung in ein Betriebspensionssystem,²²⁶ für mittelbare Diskriminierungen durch den Ausschluss teilzeitbeschäftigter AN²²⁷ sowie mittelbare Diskriminierungen teilzeitbeschäftigter AN bei der Berücksichtigung der Dienstzeit für die Berechnung der Betriebspensionsleistungen.²²⁸

„Die Grundsätze der Rs Barber sind in Österreich direkt anwendbar – und zwar mit Wirkung für Sachverhalte ab dem 1.1.1994 [Beitritt zum EWR].“²²⁹ In der Rechtssache TenOever hat der EuGH klargestellt, dass es nicht auf den Zeitpunkt des Leistungsanfalls, sondern um die Beschäftigungszeiten geht, auf deren Basis die Leistung gebührt. Für Ös-

²²⁴ Außer der Betroffene hat bereits davor Klage erhoben oder einen entsprechenden Rechtsbehelf eingelegt.

²²⁵ EuGH 14.12.1993, Rs C-110/91 (Moroni); EuGH 06.10.1993, Rs C-109/91 (TenOever), EuGH 22.12.1993, Rs C-152/91 (Neath).

²²⁶ EuGH 13.05.1986, Rs C-170/84 (Bilka); EuGH 28.09.1994, Rs C-57/93 (Vroege); *Lindmayr*, Gleichbehandlungsrecht (2003) 92.

²²⁷ EuGH 10.02.2000, Rs C-50/96 (Schröder); EuGH 10.02.2000, Rs C-234/96 (Vick); EuGH 10.02.2000, Rs C-235/96 (Conze); EuGH 10.02.2000, Rs C-270/97 (Sievers); EuGH 10.02.2000, Rs C-271/97 (Schrage).

²²⁸ EuGH 11.12.1997, Rs C-246/96 (Magorian/Cunningham).

²²⁹ *Kirschbaum*, Zur Rückwirkung des Diskriminierungsverbotes bei Betriebspensionen, RdA 1994, 287; aA offenbar *Lindmayr*, Gleichbehandlungsrecht (2003) 1, der vom Beitritt zur EU (1.1.1995) als relevanten Zeitpunkt ausgeht; klarstellend dazu die Neufassung der Gleichbehandlungsrichtlinie: Art 12 (3) RL 2006/54/EG 5.7.2006, ABI 26.7.2006 L 204/23.

terreich bedeutet das jedenfalls die Pflicht zur Berücksichtigung des Art 141 samt EuGH-Rechtsprechung für Beschäftigungszeiten ab 1.1.1994.²³⁰ Das OLG Wien hat festgestellt, dass Art 141 auch dann auf die Überprüfung eines Betriebspensionssystems anzuwenden ist, wenn die entsprechende Grundlagenvereinbarung vor dem Beitritt Österreichs zur EG abgeschlossen wurde²³¹.

Vor dem 1.1.1994 gab es bereits diesbezügliche Verpflichtungen für Österreich aus völkerrechtlichen Übereinkommen²³², die ratifiziert und in diverse Gesetze Eingang gefunden haben²³³.

1.4.1.3.2. Adressat dieser Bestimmung

Die unmittelbare Anwendung des Art 141 verpflichtet die Gerichte, die diesbezüglichen Rechte zu schützen; dh insbesondere im Fall von Diskriminierungen, die ihren Ursprung in Rechtsvorschriften, KV, BV und Vereinbarungen privatrechtlicher Natur haben, diese dahingehend zu überprüfen, ob sie Art 141 entsprechen.²³⁴ Bezogen auf bo PKS bedeutet das, dass jede Vertragspartei der Grundlagenvereinbarungen Art 141 EG-Vertrag einzuhalten hat, widrigenfalls im Anlassfall die Gerichte eine entsprechende Korrektur vorzunehmen haben.

Dieser Grundsatz richtet sich auch an Dritte, die das Betriebsrentensystem treuhändisch, vom AG formal unabhängig verwalten [zB Pensionskassen; Versicherungen; Berater, Steuerberater, usw, die die Verwaltung von Betriebspensionssystemen und Auszahlung von Betriebspensionen übernommen haben]. Dritte, die insbesondere in den Augen eines Anspruchsberechtigten als normale Schuldner der betreffenden Leistung erscheinen, sind ver-

²³⁰ EuGH 06.10.1993, Rs C-109/91 (TenOever); *Kirschbaum*, Zur Rückwirkung des Diskriminierungsverbotes bei Betriebspensionen, RdA 1994, 287.

²³¹ OLG Wien 15.11.1995, 7Ra 121/95.

²³² Übereinkommen über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit (Übereinkommen 100 der Internationalen Arbeitsorganisation, BGBl 1954/39); Übereinkommen über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (Übereinkommen 111 der Internationalen Arbeitsorganisation, BGBl 1973/11); UN-Konvention zur Beseitigung in jeder Form von Diskriminierung der Frau (BGBl 1982/443).

²³³ *Lindmayr*, Gleichbehandlungsrecht (2003) 162: zB Gleichbehandlungsgesetz 1979; Bundesgleichbehandlungsgesetz; Eltern-Karenz-Urlaubsgesetz; Karenzgeldgesetz; Ergänzungen des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes gem Art 7 Abs 2 B-VG, eine Staatszielbestimmung zur Einreichung der tatsächlichen Gleichstellung der Geschlechter sowie die explizite Zulässigkeit von Frauen Förderungsmaßnahmen.

²³⁴ OLG Wien 15.11.1995, 7Ra 121/95.

pflichtet, alles in ihrer Zuständigkeit Liegende zu tun, um die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung auf diesem Gebiet sicherzustellen, weil ansonsten die praktische Wirksamkeit beträchtlich geschmälert und der Rechtsschutz stark eingeschränkt wäre.²³⁵ Sowohl AN als auch anspruchsberechtigte Angehörige können sich gegenüber den Verwaltern auf die unmittelbare Wirkung des Art 141 berufen.²³⁶

Die Verpflichtung der Verwalter geht so weit wie die unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung in der Grundlagenvereinbarung offensichtlich wird (zB unterschiedliches Pensionsantrittsalter, kein Anspruch für Hinterbliebene einer verstorbenen Frau, unterschiedliche Beitragshöhe in einem bo PKS für Männer und Frauen ohne dem Ziel einer Annäherung des Versorgungsgrades, etc). Wie steht es aber mit der Beitragsgrundlage in bo PKS, mit Entgelten bzw Entgeltbestandteilen, die Art 141 widersprechen? Soll der Verwalter auch für Einbeziehungskriterien zur Verantwortung gezogen werden, die nicht Art 141 entsprechen, die er aber als Außenstehender nicht als Widerspruch zum Art 141 erkennen kann? Ein TS aus den Entscheidungen Menauer und Coloroll ist in diesem Zusammenhang von wesentlicher Bedeutung: Die Verwalter sind verpflichtet, „...alles in ihrer Zuständigkeit Liegende zu tun...“. Die Grenze wird nicht immer klar sein, doch werden für den Verwalter erkennbare Verstöße in ihre Zuständigkeit fallen, während ein Verlangen, Prüfungen hinsichtlich gleicher Arbeit, Einhaltung des Art 141 beim Entgelt Beitragsgrundlage, sonstige innerbetriebliche Spezifika sicher außerhalb „ihrer Zuständigkeit“ liegen. Nachvollziehbar ist jedenfalls, dass Dritte (Verwalter) nicht Geschäfte mit Vertragspartnern (AG) schließen sollten, die erkennbar Rechtswidriges beinhalten. Die Antwort der Verwalter auf nicht immer eindeutige Grenzen kann nur sein, entsprechende Klauseln hinsichtlich der Schad- und Klagloshaltung in den Verträgen mit dem AG vorzusehen, wobei – wie im Fall Menauer angeführt – das Insolvenzrisiko des AG der Verwalter dennoch trägt. War bei der Entstehung der iSd Art 141 rechtswidrigen Verträge ein Berater beteiligt, wird auch dieser in der Haftungs- und Regressfrage eine Rolle spielen. Dabei wird ersichtlich, dass in inhaltlichen Grenzfragen alle Beteiligten (AG, Verwalter, Berater) Ris-

²³⁵ EuGH 9.10.2001 C-379/99 (Menauer); EuGH 28.09.1994, Rs C-200/91 (Coloroll); vgl auch EuGH 28.09.1994, Rs C-128/93 (Fischer).

²³⁶ EuGH 28.09.1994, Rs C-200/91 (Coloroll); EuGH 09.10.2001, Rs C-379/99 (Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten).

ken eingehen, die finanziell erheblich sein können. Wie weit Grenzbereiche betreten werden, richtet sich daher nach der Risikoeinschätzung und -bereitschaft der Beteiligten.

1.4.1.3.3. Begriff des Entgelts

Unter "Entgelt" sind neben Grund- oder Mindestlöhnen/-gehältern alle sonstigen Vergütungen zu verstehen, die der AG aufgrund des Dienstverhältnisses dem AN unmittelbar oder mittelbar als Geld- oder in Sachleistungen zahlt²³⁷. So umfasst nach Meinung des EuGH der Begriff des Entgelts iSv Art 141 (2) „alle gegenwärtigen oder künftigen in bar oder in Sachleistungen gezahlten Vergütungen, vorausgesetzt, daß sie der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer wenigstens mittelbar aufgrund des Dienstverhältnisses zahlt“²³⁸. Dazu gehören auch Betriebspensionen²³⁹ im Rahmen eines bo PKS sowie jedenfalls die daraus abgeleiteten Hinterbliebenenrenten²⁴⁰.

Handelt es sich um die Festsetzung eines je nach dem Geschlecht unterschiedlichen Pensionsantrittsalters²⁴¹, unterschiedliche sonstige Anspruchsvoraussetzungen (zB Erwerbsunfähigkeit des Ehemannes)²⁴² oder unterschiedliche Dauer von Vorruhestandsleistungen²⁴³ in einem Betriebspensionssystem (selbst wenn dieses insoweit den nationalen gesetzlichen System entspricht²⁴⁴), liegt Entgelt iSd Art 141 vor. Das gilt auch für Hinterbliebene (zB unterschiedliche Altersgrenzen²⁴⁵ oder sonstige Anspruchsvoraussetzungen²⁴⁶). Anders liegt nach Meinung des EuGH der Fall, wenn eine Leistung bei freiwilligem Ausscheiden nur innerhalb von fünf Jahren vor Erreichen des gesetzlichen Mindestpensionsalters in Anspruch genommen werden kann und dieses Alter für Männer und Frauen unterschied-

²³⁷ Art 2 (1) lit e) RL 2006/54/EG 5.7.2006, ABI 26.7.2006 L 204/23.

²³⁸ EuGH 17.5.1990, Rs C-262/88 (Barber).

²³⁹ EuGH 17.5.1990, Rs C-262/88 (Barber).

²⁴⁰ EuGH 09.10.2001, Rs C-379/99 (Menauer).

²⁴¹ EuGH 17.5.1990, Rs C-262/88 (Barber).

²⁴² EuGH 13.12.2001, Rs C-206/00 (Mouflin).

²⁴³ EuGH 13.07.2000, Rs C-166/99 (Defreyne).

²⁴⁴ EuGH 17.5.1990, Rs C-262/88 (Barber); EuGH 13.07.2000, Rs C-166/99 (Defreyne).

²⁴⁵ EuGH 25.05.2000, Rs C-50/99 (Podesta).

²⁴⁶ EuGH 17.04.1997, Rs C-147/95 (Evrenopoulos).

lich ist.²⁴⁷ Das ist nachvollziehbar, weil es sich um eine einmalige Leistung handelt und nicht um eine Dauerleistung ab einem bestimmten Alter bis zum Lebensende.

Eine Zulage bzw Arbeitszeitverkürzung wegen ungünstiger Arbeitszeit ist nicht Vergleichsgrundlage²⁴⁸ und kann daher auch zu unterschiedlichen PK-Beiträgen führen.

Unter Entgelt ist auch die Anrechnung von Dienstzeiten für die Berechnung der zustehenden Betriebspensionsleistungen zu verstehen.²⁴⁹ Gleiches wird auch für ein dienstzeitabhängiges bo PKS gelten.

Der weite Entgeltbegriff beinhaltet auch eine Weihnachtsgratifikation, die freiwillig gewährt wird und überwiegend oder ausschließlich zum Anreiz für zukünftige Dienstleistung und/oder Betriebstreue dient. Diesen Zweck können auch PK-Beiträge, PZ oder GBS erfüllen.

Im Zusammenhang mit PZ oder GBS ist der Fall Lewen zu erwähnen: Nach Meinung des EuGH widerspricht es Art 141, wenn ein vollständiger Ausschluss von einer freiwilligen Sonder-Gratifikation erfolgt, ohne die geleistete Arbeit oder Mutterschutzzeiten (Beschäftigungsverbote) zu berücksichtigen, wenn diese Gratifikation eine Vergütung für in diesem Jahr geleistete Arbeit sein soll. Zulässig ist allerdings eine anteilige Leistungsminderung für den Erziehungsurlaub²⁵⁰.

1.4.1.3.4. „gleiche oder gleichwertige Arbeit“

Die nachstehenden Ausführungen sind nicht nur für die Gestaltungsmöglichkeiten von bo PKS, sondern auch für PZ und GBS relevant. Es geht dabei nach wie vor um die Gleichbehandlung von Männern und Frauen.

Gleiche Arbeit ist ein rein qualitativer Begriff, der sich auf die Art der betreffenden Arbeitsleistung bezieht. Die Gleichzeitigkeit der gleichen Arbeit wird nicht verlangt; eine AN kann daher unter Berufung auf Art 141 den Vergleich mit ihrem Vorgänger anstellen.²⁵¹

Das verhindert jedoch nicht, dass ein AG die Beitragsleistungen in einem bo PKS grund-

²⁴⁷ EuGH 16.02.1982, Rs C-19/81 (Burton).

²⁴⁸ EuGH 30.03.2000, Rs C-236/98 (Jämställdhetsombudsmannen).

²⁴⁹ EuGH 11.12.1997, Rs C-246/96 (Magorian/Cunningham).

²⁵⁰ EuGH 21.10.1999, Rs C-333/97 (Lewen).

²⁵¹ EuGH 27.03.1980, Rs C-129/79 (Macarthy Ltd).

sätzlich ab einem gewissen Stichtag²⁵² für Neueintritte nur noch in einem geringeren Ausmaß oder gar nicht mehr gewährt, außer es läge eine mittelbare Diskriminierung vor.

Neben der Art der Arbeitsleistung spielen auch Ausbildungsanforderungen und Arbeitsbedingungen eine Rolle. Üben AN mit unterschiedlicher Berufsberechtigung oder -qualifikation eine anscheinend identische Tätigkeit aus, ist noch näher zu untersuchen, ob auch gleiche Arbeit hinsichtlich der Art der Aufgaben vorliegt, die den AN übertragen werden können, und ob die Ausbildungserfordernisse und Arbeitsbedingungen auch gleich sind. Die Berufsausbildung dient nicht nur einer sachlichen Rechtfertigung, sondern gehört zu den Kriterien, anhand deren sich feststellen lässt, ob die AN die gleiche Arbeit verrichtet.²⁵³ Als Kriterium darf auch für die Festlegung der Lohnstufen die muskelmäßige Beanspruchung oder Belastung oder die Schwere der Arbeit herangezogen werden, wenn die Art der Tätigkeiten tatsächlich einen gewissen Einsatz von Körperkraft erfordert.²⁵⁴ Die Berufsausbildung oder der Einsatz der Körperkraft kann bei unterschiedlicher Tätigkeit daher auch unterschiedliche PK-Beiträge in einem bo PKS rechtfertigen. Auf Art 141 kann sich auch jemand für die Erlangung gleichen Entgelts stützen, der eine höherwertige Arbeit verrichtet als derjenige, der als Vergleichsperson herangezogen wird.²⁵⁵

Die Feststellung, ob gleiche Arbeit vorliegt, kann jedenfalls innerhalb eines Betriebes erfolgen.²⁵⁶ In der österreichischen Literatur wird bei ähnlicher Sachlage auch das Unternehmen mit mehreren Betrieben als Vergleichsbasis herangezogen.²⁵⁷

1.4.1.3.5. Mittelbare Diskriminierung

Bei vielen Urteilen zur mittelbaren Diskriminierung lässt sich eine Gemeinsamkeit feststellen: Liegt eine Benachteiligung einer überwiegenden Anzahl von Angehörigen eines Geschlechts vor, hat der AG nachzuweisen, dass diese Differenzierung sachlich gerechtfertigt

²⁵² Stichtagsregelungen sind nach hA in Österreich für PKS zulässig, insbesondere hinsichtlich Veränderungen für Neueintritte, weil eine Kündigung einer PK-BV gem § 97 (4) ArbVG gleiche Wirkung hätte.

²⁵³ EuGH 11.05.1999, Rs C-309/97 (Wr GKK).

²⁵⁴ EuGH 01.07.1986, Rs C-237/85 (Rummler).

²⁵⁵ EuGH 04.02.1988, Rs C-157/86 (Murphy).

²⁵⁶ EuGH 27.03.1980, Rs C-129/79 (Macarthy Ltd).

²⁵⁷ *Mayer-Maly*, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, RdA 1980, 261.

ist und nichts mit der Diskriminierung nach dem Geschlecht zu tun hat (Grundsätze der Legitimität, Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit). Nachstehend einige Beispiele:

Eine betriebliche Pension steht nur dann zu, wenn das pensionsfähige Monatseinkommen die gesetzliche Höchstbeitragsgrundlage übersteigt. Sind überwiegend Angehörige eines Geschlechts betroffen, kann dies dennoch auf Grund von bestimmten Anforderungen rechtfertigbar sein; Art 141 verpflichtet nicht, weitgehend leitende Funktionen Frauen vorzubehalten.²⁵⁸ Zielt der AG daher auf eine Vorsorge zur Verringerung der Deckungslücke bei Pensionsantritt ab, müssen Beitragszahlungen an eine PK nur für jene AN, deren Einkommen über der ASVG-Höchstbeitragsgrundlage liegt, zulässig sein.

Der Ausschluss von Teilzeitbeschäftigten, die überwiegend Angehörige eines Geschlechts sind, von der betrieblichen Altersversorgung, kann rechtfertigbar sein (zB tatsächliches Bedürfnis des AG, möglichst wenige Teilzeitkräfte zu beschäftigen und der Ausschluss vom Betriebspensionssystem als gewähltes Mittel ist geeignet und erforderlich dafür²⁵⁹). Fehlt die objektive Rechtfertigung, die nichts mit der Diskriminierung nach dem Geschlecht zu tun haben darf, wie zB im Fall Krüger²⁶⁰, wo geringfügig und daher sozialversicherungsabgabenbefreite Beschäftigte generell von einer Zuwendung (Weihnachtsremuneration) ausgeschlossen wurden und trifft dies im Ergebnis prozentual erheblich mehr Frauen, liegt die mittelbare Diskriminierung vor.

Erhalten Teilzeitarbeitnehmer in Relation zu Vollzeitarbeitnehmern ein geringeres Entgelt²⁶¹ [oder geringere PK-Beiträge in einem bo PKS] oder findet die Dienstzeit bei der Berechnung der Betriebspension für Teilzeitarbeitnehmer eine andere Berücksichtigung²⁶² und sind jeweils überwiegend weibliche Personen betroffen, bedarf es jeweils einer objektiven Rechtfertigung, die nichts mit einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts zu tun haben darf. Das ist auch erforderlich, wenn eine niedrigere Gehaltseinstufung bei

²⁵⁸ OLG Wien 15.11.1995, 7 Ra 121/95.

²⁵⁹ EuGH 13.05.1986, Rs C-170/84 (Bilka).

²⁶⁰ EuGH 09.09.1999, Rs C-281/97 (Krüger).

²⁶¹ EuGH 31.03.1981, Rs C-96/80 (Jenkins).

²⁶² EuGH 11.12.1997, Rs C-246/96 (Magorian/Cunningham).

Wechsel von einem Teilzeitarbeitsplatz auf einen Vollzeitarbeitsplatz auf Grund der Berücksichtigung der tatsächlichen Arbeitszeit erfolgt.²⁶³

Keine Diskriminierung liegt vor, wenn in Tarifverträgen Überstundenzuschläge nur für Vollzeitbeschäftigte vorgesehen sind²⁶⁴ oder Zulagen für eine ungünstige Arbeitszeit bzw. Arbeitszeitverkürzungen, die einen objektiven Grund haben und nichts mit der Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes zu tun haben.²⁶⁵ Ebenso liegt keine Diskriminierung vor, wenn in einem Stücklohnsystem Angehörige eines Geschlechtes bei gleichwertiger Arbeit de facto im Durchschnitt ein geringeres Entgelt erzielen, außer in der Zusammensetzung des Stücklohnes selbst liegt eine mittelbare Diskriminierung.²⁶⁶

Erhalten nur Frauen Kindererziehungszeiten angerechnet, liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor.²⁶⁷

1.4.2. Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz

Art 7 (1) B-VG sowie Art 2 StGG normieren, dass alle Staatsbürger vor dem Gesetz gleich sind.

„Die vom VfGH entwickelte Prüfungsformel stellt darauf ab, dass der Gleichheitsgrundsatz nur „sachlich gerechtfertigte“ Differenzierungen zulasse.“ Eine Differenzierung ist sachlich begründet, „wenn sie nach objektiven Unterscheidungsmerkmalen („aus Unterschieden im Tatsächlichen“) erfolgt.“²⁶⁸ Folglich sind an gleiche Tatbestände gleiche Rechtsfolgen zu knüpfen²⁶⁹ bzw müssen wesentliche Unterschiede im Tatsachenbereich zu unterschiedlichen Regelungen führen. *Walter-Mayer* führen weiter aus, dass die sachliche Rechtfertigung nicht nur eine Sach- oder Rechtsfrage ist, sondern eine zusätzliche Wertung erfordert, die von den Vorstellungen des entscheidenden Organs abhängt.²⁷⁰ Da Betriebspensionsordnungen wie PKS sehr langfristig ausgerichtet sind, kann es zur „Invalidation“

²⁶³ EuGH 17.06.1998, Rs C-243/95 (Hill).

²⁶⁴ EuGH 15.12.1994, Rs C-399/92 (Helmig).

²⁶⁵ EuGH 30.03.2000, Rs C-236/98 (Jämställdhetsombudsmannen).

²⁶⁶ EuGH 31.05.1995, Rs C-400/93 (Specialarbejderforbundet).

²⁶⁷ EuGH 29.11.2001, Rs C-366/99 (Griesmar).

²⁶⁸ *Walter-Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁸ (1996) [1347] mit zahlreichen Judikaturnachweisen.

²⁶⁹ OGH 19.12.1990, 9ObA601/90.

²⁷⁰ *Walter-Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁸ (1996) [1350].

kommen. Die Überprüfung hinsichtlich der Entsprechung des Gleichheitssatzes hat auf den Zeitpunkt der Prüfung abzustellen; über die Zeit veränderte Lebensverhältnisse können daher dazu führen, dass eine zum Zeitpunkt der Erlassung der Regelung sachlich gerechtfertigte Differenzierung zum Prüfungszeitpunkt nicht mehr sachlich gerechtfertigt ist.²⁷¹

Der VfGH hat in ständiger Rspr festgehalten, dass der Gleichheitssatz Willkür verbietet. Willkür kann nicht nur bei rechtswidrigem Verhalten vorliegen, sondern auch bei leichtfertigen Entscheidungen, nicht jedoch bei offensichtlichen Versuchen, eine richtige Lösung zu finden.²⁷²

Nach der herrschenden Lehre und Judikatur hat der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz für die kollektive Normensetzung mittelbare Wirkung.²⁷³ Erfolgt daher die Grundlagenvereinbarung in Form eines KV oder einer BV sind diese anhand des aus dem Gleichheitssatz resultierenden Sachlichkeitsgebotes zu messen. *Strasser* hat festgehalten, dass dieses einerseits zu einem strengeren, andererseits aber auch zu einem milderen Ergebnis führen kann als der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz (aaGG), der seine Grenzen in der kollektiven Rechtsgestaltung findet²⁷⁴. Unsachliche, krasse Privilegierungen, die der arbeitsrechtliche Gleichheitsgrundsatz nicht verbietet, werden den Anforderungen des Gleichheitssatzes nicht entsprechen.²⁷⁵ Andererseits sieht der OGH den Spielraum für Differenzierungen weiter, weil er davon ausgeht, dass Partner einer kollektiven Rechtsgestaltung in etwa gleiche Stärke aufweisen und dem Übereinkommen eine einheitliche Auffassung innewohnt, die die Vermutung der sachlichen Richtigkeit nahe legt²⁷⁶; Differenzierungen in kollektiven Normen sind idR nicht Resultat der Machtdurchsetzung, der Übermacht oder Willkür eines AG entsprungen, sondern auf die Vernachlässigung der Interessen kleinerer Gruppen zurückzuführen.²⁷⁷

²⁷¹ *Walter-Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁸ (1996) [1353].

²⁷² *Walter-Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁸ (1996) [1355].

²⁷³ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [2.1]; OGH 19.12.1990, 9ObA601/90.

²⁷⁴ OGH 17.1.1990, 9ObA514/89 unter Berufung auf *Ladislav*, Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz in der österreichischen Rechtsprechung, FS Schmitz I, 143.

²⁷⁵ *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 48.

²⁷⁶ VfGH 6.12.1994, B204/94; OGH 17.1.1990, 9ObA514/89; *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 51.

²⁷⁷ *Mayer-Maly*, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, RdA 1980, 261.

Im Zusammenhang mit der kollektiven Rechtsetzung im Bereich von Betriebspensionen ist besonders interessant, dass es der VfGH im Zusammenhang mit dem Gleichheitssatz für zulässig erachtet, dass der Gesetzgeber von einer Durchschnittsbetrachtung ausgeht und auf den Regelfall abstellen darf; Härtefälle machen in der Folge die Regelung nicht gleichheitswidrig.²⁷⁸

1.4.3. Relevante Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes (GIBG)

Dieses Gesetz regelt die Gleichbehandlung in der Arbeitswelt der Privatwirtschaft²⁷⁹. 2004 ist eine Anpassung des GIBG an das EU-Recht erfolgt²⁸⁰, wobei die Umsetzung in zwei Gesetzen vorgenommen wurde. Das BG über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft regelt die Institutionen und das Verfahren und das GIBG enthält nunmehr nur die materiellen Bestimmungen des bisherigen Gleichbehandlungsgesetzes ergänzt um weiteren Umsetzungsbedarf entsprechend der relevanten EU-Richtlinien (Änderungsrichtlinie zur Gleichbehandlungsrichtlinie, Rahmen-Gleichbehandlungsrichtlinie, Antirassismusrichtlinie) und Judikatur des EuGH.

Normadressat war schon in der Erstfassung des GIBG „...jedermann, der bei Ausgestaltung der vertraglichen Arbeitsverhältnisse in Hinblick auf die in § 2 taxativ aufgezählten Regelungsbereiche mitwirkt bzw zu deren Mitwirkung bestellt ist.“²⁸¹ *Mayer-Maly* wies dazu auf die zwingende Wirkung des Verbotes der Diskriminierung auf Grund des Geschlechts hin und folglich dessen Verbindlichkeit nicht nur gegenüber Individualverträgen,

²⁷⁸ *Walter-Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁸ (1996) [1350], im Zusammenhang mit KV: OGH 19.12.1990, 9ObA601/90 und OGH 26.1.2000, 9ObA195/99p.

²⁷⁹ 307 BlgNR 22.GP 3.

²⁸⁰ Im Besonderen werden in den EB angeführt:
Richtlinie gem Art 13 EG-Vertrag 2000/43/EG des Rates zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (Antirassismusrichtlinie);
Richtlinie gem Art 13 EG-Vertrag 2000/78/EG des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, die Diskriminierungen auf Grund der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung verbietet (Rahmen-Gleichbehandlungsrichtlinie); Richtlinie 2002/73/EG des Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (Gleichbehandlungsrichtlinie) [mittlerweile Neufassung der Gleichbehandlungsrichtlinie: RL 2006/54/EG 5.7.2006, ABI 26.7.2006 L 204/23].

²⁸¹ *Mathiaschitz in Runggaldier/Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987) 273.

sondern auch gegenüber KV und BV.²⁸² *Walter-Mayer* nennen dieses Verbot mit der möglichen Sanktion eines Feststellungsurteils als Beispiel dafür, dass ein einfaches Gesetz einen „Gleichheitssatz“ für bestimmte arbeitsrechtliche Belange normiert²⁸³. Heute bezieht sich diese zwingende Wirkung auf sämtliche Diskriminierungsverbote im GIBG.

Die Diskriminierungsverbote betreffen verpönte Gründe für Diskriminierungen: im Teil I das Geschlecht, im Teil II die ethnische Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, das Alter sowie die sexuelle Orientierung und sind entsprechend den Richtlinien vorgesehen (1.4.1.2.3 oben und 1.4.1.2.4 oben)²⁸⁴:

Eine unmittelbare Diskriminierung liegt immer dann vor, wenn eine Person wegen des verpönten Grundes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person. Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines verpönten Grundes benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich (Grundsätze der Legitimität, Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit).

Die Diskriminierungsverbote beziehen sich ua auf die Festsetzung des Entgelts sowie auf die Gewährung freiwilliger Sozialleistungen, die kein Entgelt darstellen. Das bedeutet, dass Betriebspensionssysteme unabhängig von der von der Literatur teilweise unterschiedlichen Qualifikation (aufgeschobenes Entgelt oder Entgelt für Betriebstreue bzw mit Fürsorgecharakter)²⁸⁵ keine Diskriminierungen auf Grund des Geschlechtes beinhalten dürfen.

Ausnahmen bestehend entsprechend den Richtlinien für Diskriminierungen nach dem Geschlecht lediglich für Arbeitsverhältnisse der land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter iSd Landarbeitsgesetzes 1984.²⁸⁶ Weiters liegt keine Diskriminierung auf Grund der ethnischen

²⁸² *Mayer-Maly*, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, RdA 1980, 261.

²⁸³ *Walter-Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁸ (1996) [1332].

²⁸⁴ Der Gesetzgeber lehnt sich stark an die Begriffsbestimmung der Änderungsrichtlinie zur Gleichbehandlungsrichtlinie an (*Thomasberger*, Neues Gleichbehandlungsgesetz, RdA 2004, 285).

²⁸⁵ *Hipsch*, Betriebspension (1996) 19.

²⁸⁶ Inhaltlich entsprechen diese im Wesentlichen den Ausnahmeregelungen im Zusammenhang mit der Diskriminierung nach der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung.

Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung vor, wenn das Merkmal der Differenzierung

- wesentlich und entscheidend für die berufliche Tätigkeit
- der Zweck rechtmäßig und
- die Anforderung angemessen ist.

Auch hier werden die Grundsätze der Erforderlichkeit, Legitimität und Verhältnismäßigkeit wieder sichtbar.

Im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot hinsichtlich des Alters liegen ebenso den Richtlinien entsprechende Ausnahmen vor (die nicht zu einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes führen dürfen), wie bezüglich Religion und Weltanschauung in Bezug auf Tätigkeiten innerhalb von Kirchen und Organisationen, „deren Ethos auf religiösen Grundsätzen und Weltanschauungen beruht.

Zu den Überlegungen über Betriebspensionsansprüche gleichgeschlechtlicher Lebenspartner siehe 1.4.1.2.3 oben.

Für Differenzierungen in einem bPKS sind im Besonderen nachstehende Punkte von Bedeutung:

Ähnlich wie *Walter/Mayer* zur Sachlichkeit im Rahmen des Gleichheitssatzes hat *Mathiaschitz* zum GIBG festgehalten, dass der damals vorgesehenen „sachlichen Rechtfertigung“ ein dynamischer Aspekt innewohnt, der sich mit der Verkehrsauffassung ändert.²⁸⁷ So verhält es sich mE auch beim nunmehrigen GIBG mit den Grundsätzen der Legitimität, Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit.

Auch der Ansatz von *Mathiaschitz*, dass zwischen der Betriebstreue oder Versorgungsbedarf von Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten kein wesentlicher Unterschied besteht und der unterschiedliche Umfang der Arbeitsleistung kein ausreichender Grund für die Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung ist (um zB Teilzeitarbeitnehmer vollkommen von Betriebspensionssystemen auszuschließen)²⁸⁸, findet sich in der ständigen Judikatur des EuGH wieder (siehe 1.4.1.3 oben).

²⁸⁷ *Mathiaschitz* in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987) 278.

²⁸⁸ *Mathiaschitz* in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987) 279.

1.4.4. Relevante Bestimmungen des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes

Dieses Gesetz regelt die Gleichbehandlung in der Arbeitswelt des öffentlichen Sektors für den Bereich des Bundes (im Unterschied zu dem in Punkt 1.4.3 oben angeführten Gleichbehandlungsgesetz, das Regelungen für den privatwirtschaftlichen Bereich enthält).²⁸⁹ 2004 ist eine Anpassung an das EU-Recht auch in diesem Bereich erfolgt²⁹⁰, wobei hier die Regelungen innerhalb eines Gesetzes Eingang gefunden haben. Bestimmungen über die Gleichbehandlungskommission und Gleichbehandlungsbeauftragte, die Institutionen und das Verfahren werden nach wie vor in diesem Gesetz geregelt. Einerseits wurde der Umsetzungsbedarf entsprechend der relevanten EU-Richtlinien und Judikatur des EuGH berücksichtigt, andererseits auch das Ziel für „eine Verbesserung des Instrumentariums zur verstärkten Kontrolle und Durchsetzung des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes“ verfolgt.²⁹¹

Die unter Punkt 1.4.3 oben angeführten Inhalte haben ebenso Eingang in dieses Gesetz gefunden.

1.4.5. Das Gleichbehandlungsgebot gem § 18 (1) und (2) BPG

1.4.5.1. Inhalt und Interpretationen

In Bezug auf bo PKS ist der Inhalt dieses Gleichbehandlungsgebotes des § 18 im Wesentlichen dreigeteilt:

1. Der AG hat den aaGG einzuhalten (§ 18 (1) 1. TS).

²⁸⁹ 285 BlgNR 22.GP 2.

²⁹⁰ Im Besonderen werden in den EB angeführt:
Richtlinie gem Art 13 EG-Vertrag 2000/43/EG des Rates zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (Antirassismusrichtlinie);
Richtlinie gem Art 13 EG-Vertrag 2000/78/EG des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, die Diskriminierungen auf Grund der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung verbietet (Rahmen-Gleichbehandlungsrichtlinie); Richtlinie 2002/73/EG des Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (Gleichbehandlungsrichtlinie) [mittlerweile Neufassung der Gleichbehandlungsrichtlinie: RL 2006/54/EG 5.7.2006, ABI 26.7.2006 L 204/23].

²⁹¹ 285 BlgNR 22.GP 3.

2. Bei Einschränkungen und Widerruf von Rechten hat der AG LB und AWB nach ausgewogenen, willkürliche oder sachfremde Differenzierungen zwischen AN oder AN-Gruppen ausschließenden Grundsätzen zu behandeln (§ 18 (2) 2. TS).

3. Bei Leistungszusagen muss den AN oder AN-Gruppen des Betriebes eine ausgewogene, willkürliche und sachfremde Differenzierungen ausschließende Beteiligung am PKS ermöglicht werden (§ 18 (2) 2. TS).

1.4.5.1.1. Verpflichtung des Arbeitgebers zur Einhaltung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes

In dieser Bestimmung wird die Verpflichtung des AG, den von der Judikatur entwickelten und inhaltlich „legistisch nirgends ausdrücklich verankert[en]“²⁹² aaGG einzuhalten, normiert. Nach hL und Rspr hat dies nur deklaratorischen Charakter²⁹³. Aus der Wiederholung einer ohnehin geltenden Rechtsregel folgt, dass künftige Änderungen des aaGG durch die Judikatur uneingeschränkt auch im Anwendungsbereich des BPG zu beachten sind.²⁹⁴ *Eichinger* erläutert eine darüber hinausgehende normative Bedeutung in Hinblick auf die in § 19 angeordnete Unabdingbarkeit.²⁹⁵ Sie äußert beim Verständnis eines dynamischen Verweises verfassungsrechtliche Bedenken²⁹⁶, die der VfGH – ohne sich mit einer Dynamik auseinanderzusetzen - offenbar nicht teilt, wenn er die Verfassungskonformität des § 18 (1) und (2) bestätigt²⁹⁷. Weder eine individuelle Zustimmung zu Ungleichbehandlungen noch eine kollektivrechtliche Abbedingung des aaGG entfaltet Wirkung.

Der OGH beschreibt den aaGG wie folgt: Der „... arbeitsrechtliche[n] Gleichbehandlungsgrundsatz... wurde von der Rechtsprechung entwickelt. Die ständige Judikatur besagt, dass ein Arbeitnehmer nicht willkürlich oder aus sachfremde Gründen schlechter gestellt wer-

²⁹² *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [2.1].

²⁹³ OGH 13.6.1996, 8ObA239/95; 11.8.1993, 9ObA133/93; *Bednar*, Die Betriebspension² (1997) 132; *Stupar*, Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen (2001) 109; *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [2.2]; *Dollinger* in *Kapl*, Leitfaden für die betriebliche Altersvorsorge² (1990) 80.

²⁹⁴ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [2.2]; verfassungsrechtliche Bedenken von *Eichinger*, Zum Gleichbehandlungsgebot gem § 18 BPG, ZAS 1991, 119.

²⁹⁵ *Eichinger*, Zum Gleichbehandlungsgebot gem § 18 BPG, ZAS 1991, 119; so auch *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [2.2]; zum zwingendem Charakter auch: *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 12.

²⁹⁶ *Eichinger*, Zum Gleichbehandlungsgebot gem § 18 BPG, ZAS 1991, 119.

²⁹⁷ VfGH 6.12.1994, B204/94.

den darf als die übrigen Arbeitnehmer unter den gleichen Voraussetzungen.“²⁹⁸; "... durch eine sachlich nicht berechtigte Bevorzugung eines Arbeitnehmers wird der Gleichbehandlungsgrundsatz ... nicht verletzt.“²⁹⁹

Die Vermeidung von Willkür und unsachlichen Differenzierungen sind auch dem Gleichheitssatz immanent, doch gibt es dabei keine Quantitätsaspekte (ausgenommen die zulässige Durchschnittsbetrachtung, die einzelne Härtefälle zulässt – siehe 1.4.2 oben). Da der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz die Übermacht des Gesetzgebers und der aaGG die des AG einschränken soll, wäre es nach *Mayer-Maly* widersinnig, den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz nicht bei der genaueren Ausgestaltung des aaGG heranzuziehen³⁰⁰. ME ergibt sich dies eben aus den gemeinsamen zentralen Inhalten (Vermeidung von Willkür und sachfremden Differenzierungen), wobei sich der Normensetzer hinsichtlich der Quantität auf die Durchschnittsbetrachtung konzentriert und der AG die Benachteiligung von Minderheiten zu vermeiden hat.

Der aaGG ist nach *Mayer-Maly* als Benachteiligungsverbot zu verstehen, weil die Gerichte regelmäßig nicht sagen, was der aaGG eigentlich fordert, sondern wann seine Verletzung geltend gemacht werden kann. Gefordert wird jedenfalls nicht die Gleichheit der Behandlung der AN, sondern das Unterbleiben von sachlich nicht gerechtfertigten Benachteiligungen.³⁰¹ Er sieht den historischen Schwerpunkt des von der Judikatur entwickelten aaGG bei freiwilligen Leistungen und Ruhegeldansprüchen des AG³⁰². Weites kommt er zum dogmatischen Ergebnis, dass dieser „...auf einer größeren Zahl von nur teilweise konvergierenden Rechtsgedanken beruht“ und führt dazu insbesondere die Grundrechtskonkretisierung, Gebot der guten Sitten, Deduktion aus der Fürsorgepflicht (Pflicht zur Wahrung fremder Interessen)³⁰³ und Schutzprinzip, Normvollzug und Gerechtigkeitsgebot an.³⁰⁴

²⁹⁸ OGH 25.11.1998, 9ObA217/98x.

²⁹⁹ ZB OGH 13.9.1995, 9ObA77/95; OLG Wien 12.4.1991, 34Ra5/91.

³⁰⁰ *Mathiaschitz* in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987) 265.

³⁰¹ *Mayer-Maly*, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, RdA 1980, 261.

³⁰² *Mayer-Maly*, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, RdA 1980, 261; auch *Eichinger*, Zum Gleichbehandlungsgebot gem § 18 BPG, ZAS 1991, 119.

³⁰³ Vgl auch *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 19; *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [2.1].

„Ihren Schwerpunkt hat die Gleichbehandlungspflicht im Betrieb.“³⁰⁵ Sind die Verhältnisse mehrerer Betriebe eines Unternehmens ähnlich, kann auch das Unternehmen als Bezugsebene heranzuziehen sein.³⁰⁶

Dem aaGG ist in den meisten Entscheidungen ein Mehrheits-/Minderheitsverhältnis immanent. Einen Anspruch auf Gleichbehandlung kann immer nur eine Minderheit von AN verlangen.³⁰⁷ Eine Mehrheit kann eine Angleichung nicht einmal dann verlangen, wenn einzelne AN willkürlich besser gestellt werden.³⁰⁸ Die Schlechterstellung einer Minderheit wäre somit nur dann möglich, wenn die Differenzierung nicht willkürlich oder sachfremd ist. Das Mehrheits-/Minderheitsverhältnis kommt nicht in allen Entscheidungen des OGH deutlich zum Ausdruck³⁰⁹ und ist in der Lehre nicht ganz unbestritten.³¹⁰ *Mayer-Maly* zieht eine differenziertere Betrachtungsweise vor und räumt jedem (unabhängig von der Quantität) einen Angleichungsanspruch ein, wenn die Bevorzugung auf einem generalisierbaren Kriterium beruht und für diese dieses Kriterium ebenfalls zutrifft.³¹¹ Das OLG Wien hat zum Vergleich zweier Einzelpersonen festgestellt:

„... § 18 Betriebspensionsgesetz hat der Gesetzgeber zwar diese quantitative Voraussetzungen des Gleichbehandlungsgebotes, nämlich das Verhältnis mehrerer bevorzugter Arbeitnehmer gegenüber den wenigen Benachteiligten, nicht ausdrücklich erwähnt; noch immer wird aber von Arbeitnehmern oder Arbeitnehmergruppen gesprochen. Im Vergleich von zwei Arbeitnehmern, einem besser- in und einem schlechterbehandelten, versagt aber

³⁰⁴ *Mayer-Maly*, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, RdA 1980, 261; ähnlich auch *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [2.1].

³⁰⁵ *Mayer-Maly*, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, RdA 1980, 261; vgl auch EuGH 27.03.1980, Rs C-129/79 (Macarthys Ltd).

³⁰⁶ *Mayer-Maly*, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, RdA 1980, 261.

³⁰⁷ *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 23 mit zahlreichen Nachweisen; OGH 13.9.1995, 9ObA77/95.

³⁰⁸ *Dollinger in Kapl*, Leitfaden für die betriebliche Altersvorsorge² (1990) 80; *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 24, auch mit zahlreichen Nachweisen.

³⁰⁹ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [2.1].

³¹⁰ ZB *Mayer-Maly* hält jede Konzeption, die bei quantitativen Zufällen endet, für verfehlt (*Mayer-Maly*, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, RdA 1980, 261); zustimmend auch *Mathiaschitz in Runggaldier/Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987) 267.

³¹¹ *Mayer-Maly*, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, RdA 1980, 261; zustimmend *Mathiaschitz in Runggaldier/Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987) 267; OGH 19.12.1990 9ObA601/90.

auch der so formulierte Gleichbehandlungsgrundsatz. Daraus ergibt sich, dass ein Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Gleichbehandlung auf einen Vergleich mit einem einzelnen besser eingestuften Arbeitnehmer auch unter der Annahme, er verrichte gleichwertige Arbeit, nicht zu stützen vermag.“³¹²

Selbstverständlich müssen diese AN "gleicher Kategorie"³¹³ bzw in gleichartiger Beschäftigungssituation³¹⁴ bzw mit "gleicher Tätigkeit"³¹⁵ befasst sein.

Für die sachliche Rechtfertigung bzw Festlegung der Kriterien für eine Differenzierung ist jeweils das Verhältnis des Differenzierungsanlasses zu den Differenzierungsfolgen zu beurteilen³¹⁶. Auch hier kommen die Grundsätze der Legitimität, Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit wieder zum Ausdruck. Wie *Mathiaschitz* ausführt, ist die Überlegung der sachlichen Rechtfertigung am Zweck der Betriebspension zu orientieren (Entgelt, Schutz vor materiellen Folgen beim Ausscheiden aus dem Erwerbsleben)³¹⁷. Gem § 1 ist Ziel des BPG die Ergänzung der gesetzlichen Pensionsvorsorge (Alters-, Hinterbliebenen-, Invaliditätspensionen). Die Frage muss daher regelmäßig lauten: Was kann Differenzierungen rechtfertigen, wenn ich die gesetzliche Pensionsvorsorge ergänzen möchte?

Mayer-Maly vertritt die Auffassung, „dass die Verletzung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nicht davon abhängt, dass der Arbeitgeber ein vorwerfbares Verhalten gesetzt hat“; auch Irrtum kann eine sachlich nicht gerechtfertigte Unterscheidung nicht vertretbar machen³¹⁸. So wie der EuGH möchte ich diese Ansicht nicht absolutistisch verfolgen. Gibt es Grenzfälle, in denen der AG nach besten Gewissen von einer anderen Ansicht ausgehen durfte, soll die judizierte Klarstellung erst ab dem Moment wirksam werden (vgl 1.4.1.3.1 oben die Fälle *Defrenne II*, *Barber*, etc)

³¹² OLG Wien 12.4.1991, 34Ra5/91.

³¹³ OGH 22.5.1962, 4Ob50/62.

³¹⁴ *Mayer-Maly*, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, RdA 1980, 261.

³¹⁵ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [2.3.1].

³¹⁶ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [2.3.1]; *Mayer-Maly*, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer RdA 1980, 261; *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 31.

³¹⁷ *Mathiaschitz* in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987) 271.

³¹⁸ *Mayer-Maly*, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, RdA 1980, 261; so auch *Eichinger*, Zum Gleichbehandlungsgebot gem § 18 BPG, ZAS 1991, 119.

1.4.5.1.2. Besonderes Gleichbehandlungsgebot für den Arbeitgeber bei Einschränkung oder Widerruf von Leistungen nach dem BPG

Dieses bGG ist bei Einschränkung oder Widerruf von Rechten nach dem BPG für alle darin geregelten Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung, damit auch für Beitragseinschränkungen von PK-Beiträgen in Abhängigkeit von PZ und GBS in bo PKS relevant. Es verlangt, LB und AWB nach ausgewogenen, willkürliche oder sachfremde Differenzierungen zwischen Arbeitnehmern oder Arbeitnehmergruppen ausschließenden Grundsätzen zu behandeln. Nach Meinung des OGH handelt es sich dabei nicht um ein bloßes Diskriminierungs- sondern um ein Differenzierungsverbot.³¹⁹ Zur Bedeutung der „ausgewogenen, willkürliche oder sachfremde Differenzierungen zwischen Arbeitnehmern oder Arbeitnehmergruppen ausschließenden Grundsätzen“ siehe die Ausführungen unter 1.4.5.1.3 unten.

Der OGH stellt zu § 18 (1) 2. Halbsatz klar, dass das im § 18 normierte Gleichbehandlungsgebot „...keineswegs Differenzierungen zwischen den Entgelten der Aktiven und den Ruhegeldleistungen“ verbietet.

1.4.5.1.3. Besonderes Gleichbehandlungsgebot bei der Beteiligung an einem PKS

§ 18 (2) findet (mittlerweile neben der betrieblichen Kollektivversicherung) explizit nur auf Leistungszusagen gemäß Abschnitt 2 („Pensionskasse“) Anwendung und ist von zentraler Bedeutung für die Gestaltung von bo PKS.

Bei derartigen Leistungszusagen ist den AN oder AN-Gruppen des Betriebes eine ausgewogene, willkürliche und sachfremde Differenzierungen ausschließende Beteiligung am PKS zu ermöglichen. In der Folge wird dieses Erfordernis als „besonderes Gleichbehandlungsgebot“ bezeichnet.³²⁰

„den AN oder AN-Gruppen“

³¹⁹ OGH 13.6.1996, 8ObA239/85.

³²⁰ Vgl auch Wöss, VfGH: Aufhebung eines Bescheides des BMAS zum Gleichbehandlungsgebot bei Pensionskassenversicherungen, RdA 1995, 183: „Außer Frage steht für den VfGH aber, dass § 18 Abs 2 BPG als eigenständiges Gleichbehandlungsgebot zu betrachten ist,...“ (gemeint ist „...die besondere Regelung des Abs2 des §18 BPG“... in VfGH 6.12.1994, B204/94); Eichinger, Zum Gleichbehandlungsgebot gem § 18 BPG, ZAS 1991, 119.

Der Gesetzgeber wollte offenbar nicht, dass allen AN ein einheitliches PK-Modell seitens des AG aufgezwungen wird.³²¹ Die Ermöglichung der Beteiligung setzt „nur“ ein Angebot an die AN oder AN-Gruppen voraus.

Das Angebot muss auch nicht an alle AN gerichtet werden; es ist von „Arbeitnehmern oder Arbeitnehmergruppen“ die Rede und der VfGH hat bereits klargestellt, dass darunter keinesfalls zwingend alle AN zu verstehen sind.³²² Der VfGH schließt sich dabei *Strasser* an und meint, dass der Halbsatz zum Ausschluss der Unsachlichkeiten unsinnig wäre, müsste man alle AN einbeziehen.³²³ Darüber hinaus müsse dies auch auf Grund der gleich lautenden Formulierung in § 18 (1) 2. Halbsatz gelten, weil hiebei keinesfalls die Gesamtheit der AN gemeint sein kann. Diesen Argumenten kann man entgegenhalten, dass die Bildung von AN-Gruppen nach sachlichen und willkürfremden Merkmalen gemeint sein könnte und nur die Ausgestaltung der Zusage bzw gem § 18 (1) 2. Halbsatz das Ausmaß der Einschränkung zwischen den AN-Gruppen in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen müssen.

ME ist es auf Grund der Wortfolge „oder Arbeitnehmergruppen“ möglich, auch nur AN-Gruppen einzubeziehen. So führt *Dollinger* zu § 18 (2) aus, dass bei der PK die gesamte Belegschaft bzw Teile davon gegenüber dem Individuum in den Vordergrund treten, aber dennoch Raum für Differenzierungen bleibt.³²⁴

Die Erläuterungen im AB³²⁵ zu § 3 (2) erwecken zunächst den Eindruck, dass der Gesetzgeber das Angebot der Einbeziehung an alle Arbeitnehmer gerichtet haben wollte, in dem sie anders als der Gesetzestext in § 18 (2) statt „den“ AN „oder“ AN-Gruppen „allen“ AN „bzw“ AN-Gruppen“ anführen und das Angebot einer PK-Zusage an einem eingeschränkten Personenkreis (zB leitende Angestellte) für unzulässig erklären. Man muss die Erläuterungen jedenfalls im Sinne des Gesetzestextes lesen („den“ AN „oder“ AN-Gruppen) und kann die Materialien auch so verstehen, dass ein bestimmter Personenkreis, bloß abge-

³²¹ So auch *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [4.2]; *Bednar*, Die Betriebspension² (1997) 135.

³²² VfGH 6.12.1994, B 204/94; OLG Wien 13.12.2001, 9Ra285/01z.

³²³ *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 42; VfGH 6.12.1994, B204/94.

³²⁴ *Dollinger* in *Kapl*, Leitfaden für die betriebliche Altersvorsorge² (1990) 81; *Eichinger*, Zum Gleichbehandlungsgebot gem § 18 BPG, ZAS 1991, 119; ähnlich auch INFAS H4 1991, 5 (Rechtsauffassung der Arbeiterkammer zum Gleichbehandlungsgebot für Pensionskassenversorgungen).

³²⁵ 1318 BlgNR 17.GP 6.

grenzt mit dem Kriterium „leitende Angestellte“ nicht das Erfordernis der Willkürfremdheit und Sachlichkeit erfüllt. *Laurer* versteht den AB³²⁶ ähnlich: „die hierarchische Stellung allein bietet keine Grundlage“³²⁷; weshalb diese Erläuterungen im AB seiner Meinung nach mit dem Gesetzestext nicht voll in Einklang zu bringen sind, kann ich nicht nachvollziehen. Im Gegenteil: ME entspricht das hier vertretene Verständnis sowohl dem Gesetzestext wie auch dem systematischen Zusammenhang von § 3 und § 18. Den Widerspruch der Materialien zu § 3 zum Zweck des BPG, den *Schrammel* näher ausführt³²⁸, sehe ich nicht, weil die Erläuterungen des AB³²⁹ zu § 3 nach meinem Verständnis nicht die von *Schrammel* zu Recht verlangten Differenzierungen³³⁰ ausschließen. Es bedarf anderer bzw. weiterer Differenzierungskriterien, die die Sachlichkeit und Willkürfremdheit im Sinne des § 1 sicherstellen.

Ein bestimmter Zweck der Zusage kann trotz Einhaltung von § 18 (2) dennoch im Ergebnis dazu führen, dass nur ein sehr beschränkter Kreis von AN, vielleicht sogar nur einzelne AN eine Zusage erhalten. Beispiel könnte sein, dass nur ein AN eines Klein- oder Mittelbetriebes eine übermäßige Versorgungslücke (sei es auf Grund des Einkommens oder mangels Versicherungszeiten) in der Pension zu erwarten hat und die finanziellen Mittel des Unternehmens beschränkt sind. Jedenfalls beinhaltet mE der Begriff der AN-Gruppe ein generalisierendes Prinzip³³¹, wenngleich in Sonderkonstellationen auch nur einzelne Personen darunter fallen.

Der VfGH schließt sich *Strasser* an und meint auch, dass die erwähnten Erläuterungen im AB in keiner Bestimmung des BPG Deckung finden.³³²

Ausschluss von willkürlichen und sachfremden Differenzierungen

Die Vermeidung von Willkür und Differenzierungen ohne sachliche Rechtfertigung ist sowohl von der Spruchpraxis des VfGH im Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlichen

³²⁶ 1318 BlgNR 17.GP 6.

³²⁷ *Laurer* in FS Rill, Gleichheitssatz und Gleichbehandlung im Betriebspensionsrecht (1995) 503.

³²⁸ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [4.2].

³²⁹ 1318 BlgNR 17.GP 6.

³³⁰ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [4.2].

³³¹ Im Sinne von *Mayer-Maly*, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, RdA 1980, 261.

³³² VfGH 6.12.1994, B204/94; *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 44.

Gleichheitssatz wie auch von der Spruchpraxis des OGH im Zusammenhang mit dem aaGG³³³ bekannt. Der Ausschluss von willkürlichen und sachfremden Differenzierungen bringt zum Ausdruck, dass es sich nicht bloß um ein Diskriminierungs-, sondern um ein Differenzierungsverbot handelt³³⁴, das nicht auf Minderheits- bzw Mehrheitsverhältnisse abstellt³³⁵. Es ist daher davon auszugehen, dass es sich bei dieser Wortfolge keinesfalls „nur“ um den aaGG handelt, sondern dieser ausdrücklich verschärft wird. Der aaGG würde die Bevorzugung einer Minderheit grundsätzlich nicht verbieten. Lt OGH verbietet das bGG die unsachliche Bevorzugung einer Minderheit.³³⁶ Im Ergebnis kommt diese Anforderung dem in der kollektiven Rechtsgestaltung mittelbar wirkenden Gleichheitssatz sehr nahe (vgl *Schrammel*: „Das Gleichbehandlungsgebot des § 18 Abs 2 BPG verlangt gleiche Behandlung bei gleicher Sachlage“³³⁷; auch *Laurer*: „Das heißt im Einzelnen, dass die von Betriebsvereinbarung vorgesehene Regelung über die Einbeziehung der Angestellten an gleiche Tatbestände gleiche Rechtsfolgen knüpfen müsste“³³⁸).

Nicht erlaubt sind jedenfalls willkürliche und sachfremde Bevorzugungen³³⁹ und Benachteiligungen. „Das Verbot einzelne Dienstnehmer willkürlich oder aus sachfremden Gründen schlechter zu behandeln als die übrigen ... bedeutet nicht, dass es dem Dienstgeber verwehrt ist, zulässige Vereinbarungen unterschiedlichen Inhaltes mit einzelnen Dienstnehmern zu treffen.“³⁴⁰

Die Sachlichkeitsprüfung hat sich am Zweck der PK-Zusage zu orientieren, die iwS jedenfalls unter dem Ziel des BPG, eine die gesetzliche Pensionsversicherung ergänzende Vor-

³³³ *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991), 37; *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [4.3].

³³⁴ OGH 13.6.1996, 8ObA239/85; VfGH 6.12.1994, B204/94; *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [3.2]; *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 41.

³³⁵ OLG Wien 13.12.2001, 9Ra285/01z; Wöss, VfGH: Aufhebung eines Bescheides des BMAS zum Gleichbehandlungsgebot bei Pensionskassenversorgungen, RdA 1995, 183; *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 41; vgl auch *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [4.3]; *Eichinger*, Zum Gleichbehandlungsgebot gem § 18, ZAS 1991, 119.

³³⁶ OGH 13.6.1996, 8ObA239/95.

³³⁷ OLG Wien 13.12.2001, 9Ra285/01z; *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [4.3]; so auch der OGH zum § 18 (1) in OGH 13.6.1996, 8ObA239/95; *Bednar*, Die Betriebspension² (1997) 133.

³³⁸ *Laurer* in FS Rill, Gleichheitssatz und Gleichbehandlung im Betriebspensionsrecht (1995) 503.

³³⁹ *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 37 und 41.

³⁴⁰ OGH 5.3.1997, 9ObA2223/96v.

sorge (§ 1), subsumierbar sein muss (Grundsatz der Legitimität).³⁴¹ Zusätzlich sind selbstverständlich die von der Judikatur immer wieder bedachten und auch im Rahmen der europarechtlichen Diskriminierungsverbote in den Richtlinien genannten Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit (zur Zielerreichung) zu beachten. Das Verbot des Übermaßes erfordert eine Erklärung dafür, warum eine Differenzierung so und nicht anders vorgenommen wurde.

Ausgewogenheit

Die von Minderheiten oder Mehrheiten unabhängigen Unterscheidungen müssen darüber hinaus untereinander in einem ausgewogenen Verhältnis stehen.

Die Ausgewogenheit hat ihren Ursprung im Steuerrecht (Stammfassung EStG 1988): „Unterschiedliche Leistungszusagen müssen in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen“³⁴² (vgl auch 1.1.2 oben). Der Gesetzgeber wollte nicht, dass PK-Beiträge als Betriebsausgaben absetzbar sind, wenn die PK-Zusagen untereinander in einem Missverhältnis stehen (also AN, die Zusagen in einem geringen Ausmaß erhalten, übermäßigen Raum für die steuerliche Absetzbarkeit für Zusagen anderer AN schaffen)³⁴³. Die Vorschrift des Steuerrechts wurde in das Arbeitsrecht (§ 18 (2)) transferiert ohne erkennbaren Willen, diese Bedeutung zu verändern.³⁴⁴ Die Verbindung mit dem Steuerrecht ist offenkundig³⁴⁵ und nach wie vor gegeben, weil die Absetzbarkeit von PK-Beiträgen nur dann gegeben ist, wenn die Zusagen dem BPG und damit auch § 18 (2) entsprechen (vgl § 4 (4) Z2a lit aa) EStG).

Wöss vertritt die Meinung, dass aus dem zusätzlichen Erfordernis der Ausgewogenheit ein strenger Maßstab bei der Beurteilung von Differenzierungen abzuleiten ist³⁴⁶. Das würde bedeuten, dass bei jeder Unterscheidung (unabhängig, ob Einbeziehung oder Ausgestal-

³⁴¹ Vgl auch INFAS H4 1991, 5 (Rechtsauffassung der Arbeiterkammer zum Gleichbehandlungsgebot für Pensionskassenversorgungen), weshalb aber Leistungen im Sinne einer Leistungsbewertung als unzulässiges Kriterium für Differenzierungen angeführt wird, ist nicht nachvollziehbar.

³⁴² § 4 (4) Z2 lit a EStG 1988 (Stand 1.1.1988) sowie 1318 BlgNR 17.GP 6.

³⁴³ 1318 BlgNR 17.GP 6; *Eichinger*, Zum Gleichbehandlungsgebot gem § 18 BPG, ZAS 1991, 119.

³⁴⁴ Vgl *Tomandl*, Ungereimtheiten und Unzulänglichkeiten im neuen Betriebspensionsrecht, ZAS 1991, 84.

³⁴⁵ *Laurer* in FS Rill, Gleichheitssatz und Gleichbehandlung im Betriebspensionsrecht (1995) 489.

³⁴⁶ Wöss, VfGH: Aufhebung eines Bescheides des BMAS zum Gleichbehandlungsgebot bei Pensionskassenversorgungen, RdA 1995, 183; ihm folgend *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [4.3].

tung einer Zusage) neben dem Ausschluss von Willkür und sachfremden Differenzierungen das Erfordernis der Ausgewogenheit zu berücksichtigen ist. Das entspricht dem Eindruck beim ersten Blick auf den Gesetzestext. *Farny/Wöss* weichen aber selbst davon ab, in dem sie bei ihren Differenzierungsbeispielen Unterscheidungen zT nur bei der Ausgestaltung und nicht auch bei der Einbeziehung zulassen.³⁴⁷ ME ist die Ausgewogenheit nach wie vor auf die Zusagen untereinander zu beziehen³⁴⁸ und kommt zum Erfordernis der Willkür und sachfremden Differenzierung ausschließenden Kriterien für die Bildung von AN-Gruppen mit unterschiedlichen Zusagen hinzu (Ausführungen dazu siehe weiter unten).

Beteiligung

Unter dem Begriff „Beteiligung“ kann sowohl die Einbeziehung in ein PKS wie auch dessen inhaltliche Ausgestaltung verstanden werden.³⁴⁹ Aus diesem Grund gibt es die unterschiedlichsten Meinungen in der Literatur zu der Frage, ob sich das Erfordernis der Ermöglichung der ausgewogenen, willkürliche und sachfremde Differenzierungen ausschließenden Beteiligung am PKS auf die Einbeziehung und/oder Ausgestaltung der PK-Zusagen bezieht.

Die Erläuterungen im Ausschussbericht helfen dazu nicht weiter. Sie halten undifferenziert zum § 18, der vom Gesetzgeber mit „Gleichbehandlungsgebot“ titulierte ist, fest:

Das Gleichbehandlungsgebot ist nicht nur bei Erteilung von Leistungszusagen zu beachten, sondern betrifft alle Rechtshandlungen, so insbesondere auch den Widerruf, die im Zusammenhang mit Leistungszusagen stehen.³⁵⁰

Eher schafft es weitere Verwirrung, weil das „Gleichbehandlungsgebot“ gem § 18 sowohl den aaGG umfasst wie auch ein verschärftes, bGG für bestimmte Rechtshandlungen.

Es geht darum, den AN oder AN-Gruppen „eine ausgewogene, Willkür und sachfremde Differenzierungen ausschließende Beteiligung“ zu ermöglichen.

³⁴⁷ *Farny/Wöss*, Betriebspensionengesetz Pensionskassengesetz (1992) [§18] [6] und [7].

³⁴⁸ So auch *Tomandl*, Ungereimtheiten und Unzulänglichkeiten im neuen Betriebspensionsrecht, ZAS 1991, 80; vorsichtig auch *Eichinger*, Zum Gleichbehandlungsgebot gem § 18 BPG, ZAS 1991, 119.

³⁴⁹ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [4.2].

³⁵⁰ 1318 BlgNR 17.GP 6.

Da nicht alle AN eines Betriebes erfasst sein müssen, können AN-Gruppen gebildet werden. Im Sinne des § 18 (2) sind folglich bei der Einbeziehung Differenzierungen zur Bildung von AN-Gruppen möglich bzw notwendig, wenn nicht alle AN einbezogen werden. Differenzierungen zur Bildung von AN-Gruppen müssen aber gem § 18 (2) Willkür und sachfremde Unterscheidungen ausschließen. Entsprechend den Ausführungen zum „Ausschluss von willkürlichen und sachfremden Differenzierungen“ haben die Kriterien zur Bildung von AN-Gruppen daher unabhängig von Quantitätsverhältnissen im Kern dem aaGG bzw dem Gleichheitssatz zu entsprechen (bei beiden ist der Ausschluss von Willkür sowie die Zulässigkeit von bloß sachlichen Differenzierungen von zentraler Bedeutung).

Ist auch das Erfordernis der Ausgewogenheit bei der Einbeziehung zu beurteilen?

Das scheidet mE bereits begrifflich aus. Ein AN kann nur entweder einbezogen sein oder nicht. Man kann sich nur die Frage stellen, ob es ausgewogen ist, dass ein AN das Angebot zur Einbeziehung erhalten hat und ein anderer AN nicht. Dabei wird man mit der Vorstellung arbeiten müssen, dass keine Zusage eine Zusage mit dem Inhalt Null (Nullzusage) ist und überlegen, ob es (wieder ausgerichtet am Zweck der Zusage, iwS dem Ziel des BPG entsprechend) ausgewogen ist, dass manche AN eine Nullzusage „angeboten“ erhalten, während andere AN Zusagen mit unterschiedlichem Wert bekommen. Differenziert man im Sinne der Ausgewogenheit zwischen den AN von Null weg, merkt man, dass man in Wahrheit bereits wieder beim steuerrechtlichen Ursprungsgedanken der Ausgewogenheit der Zusagen untereinander gelandet ist. Weiters ist bei der Einbeziehung zu bedenken, dass es bei zu kleinen Schritten von Null weg zur Bildung von AN-Gruppen im Sinne der Ausgewogenheit kommen kann, die Zusagen mit bloß sehr geringen Wert haben und die Beiträge voraussichtlich nicht dazu ausreichen, um die Abfindungsgrenze (dzt Euro 9.900) zu überschreiten, was auch nicht im Sinne des Gesetzgebers wäre (vgl dazu 1.2.1.2 oben). Darüber hinaus käme es zum eigentlich nicht gewünschten Effekt, dass viele AN mit niedrigen Beiträgen großes Absetzbarkeitspotenzial schaffen.³⁵¹

Im Ergebnis vertrete ich daher die Auffassung, dass – ausgenommen es gibt ein Einheits-system für alle AN - die Einbeziehung die Bildung von AN-Gruppen voraussetzt³⁵² und

³⁵¹ So auch *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [4.3].

³⁵² So auch *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 48; VfGH 6.12.1994, B204/94.

diese nach Kriterien zu bilden sind, die Willkür und sachfremde Differenzierungen ausschließen. In einem zweiten Schritt sind allfällige, zwischen den (auch unter Ausschluss von Willkür und sachfremden Differenzierungen gebildeten) AN-Gruppen unterschiedliche Inhalte der Zusagen zu betrachten und im Sinne der Ausgewogenheit zu prüfen.³⁵³

Dass die Ausgewogenheit ihren Anwendungsbereich jedenfalls in der Betrachtung der Zusagen untereinander hat, entspricht der hA³⁵⁴ und den EB im AB³⁵⁵ zu § 18: „Werden verschiedenen Arbeitnehmergruppen unterschiedliche Leistungen gewährt, haben sie in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander zu stehen.“

Dieses Ergebnis wirkt auf den ersten Blick sehr einschränkend für den AG bzw kollektiven Grundlagenvereinbarungspartner (zu den Adressaten des § 18 siehe 1.4.5.1.4 unten), doch darf nicht vergessen werden, dass es nicht nur einen Zweck eines PKS gibt, an dem der Ausschluss der Willkür und Sachfremdheit zu messen ist. Selbstverständlich ist der alles überspannende Zweck gem § 1 die Ergänzung der gesetzlichen Pensionsversicherung, doch gibt es unter diesem umfassenden Zweck viele subsumierbare Motive (Belohnung nicht nur in der Aktivzeit, Ausgleich unterschiedlicher Versorgungsgrade in der gesetzlichen Pensionsversicherung, Versorgungsziele in den unterschiedlichsten Ausprägungen, Bindung von Mitarbeitern, etc). Dadurch wird klar, dass es um Wertvorstellungen geht, die in jede derartige Beurteilung einfließen und sich im Zeitverlauf ändern können.³⁵⁶

Laurer dürfte zumindest ein ähnliches Verständnis zu der hier vertretenen Auffassung haben. Er hält ua fest, dass der Wortlaut des § 18 (2) nicht nur Bezug auf den Inhalt der Leistungszusage nimmt.³⁵⁷

Bedeutende Literaturstimmen vertreten zur Einbeziehung eine andere Ansicht. Es wird mehrfach vertreten, dass hinsichtlich der Einbeziehung bei Grundlagenvereinbarungen in

³⁵³ Diese Gedanken hat auch *Eichinger* festgehalten, aber nicht klar vertreten (*Eichinger*, Zum Gleichbehandlungsgebot gem § 18 BPG, ZAS 1991, 119); nach Meinung *Tomandl* spricht einiges für die These *Eichingers* (*Eichinger*, Zum Gleichbehandlungsgebot gem § 18 BPG, ZAS 1991, 119).

³⁵⁴ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [4.2]; *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 43; *Tomandl*, Ungereimtheiten und Unzulänglichkeiten im neuen Betriebspensionsrecht, ZAS 1991, 80.

³⁵⁵ 1318 BlgNR 17.GP 6.

³⁵⁶ *Mayer-Maly*, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, RdA 1980, 261; so auch *Walter-Mayer* zum verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz (*Walter-Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁸ (1996) [1350], [1353]).

³⁵⁷ *Laurer* in FS Rill, Gleichheitssatz und Gleichbehandlung im Betriebspensionsrecht (1995) 495.

Form von VVM „bloß“ der aaGG, bei Einbeziehung auf Basis kollektiver Gestaltungsmittel der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz mittelbar und nur bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Zusagen das bGG Anwendung findet.³⁵⁸ Dabei stützen sie sich (wie in der hier vertretenen Auffassung) darauf, dass ua von AN-Gruppen die Rede ist und diese Gruppierungen schon vorhanden sind, bevor das bGG Anwendung finden kann. Weil die Existenz der Gruppen schon vorausgesetzt wird, bliebe nur der Anwendungsbereich der Zusagen untereinander.³⁵⁹ Zur hier vertretenen Auffassung, dass auch die Gruppenbildung nach den Aspekten der Willkürfremdheit und dem Ausschluss sachfremder Differenzierungen unabhängig von Quantitätsverhältnissen entsprechen muss, wird nicht Stellung genommen (*Schrammel* hält es schon für eine denkbare Variante³⁶⁰). Vielmehr müssen die Autoren dieser Meinung Widersprüche in den Erläuterungen aufzeigen und die Erläuterungen aus diesem Grund für ignorierbar erklären.³⁶¹ Auf Grund der bisherigen Ausführungen ist schwer vorstellbar, dass der Gesetzgeber mit AN-Gruppen auch die Summe einzelner, privilegierter AN gemeint haben könnte (was bei Anwendung des aaGG denkbar wäre). Darüber hinaus ist es im Ergebnis unbefriedigend, wenn über den Weg der Einbeziehung das Differenzierungsverbot „umgangen“ werden kann, weil die Bevorzugung einer Minderheit nach dem aaGG zulässig ist. *Schrammel* äußert darüber hinaus verfassungsrechtliche Bedenken, wenn für die Erteilung von Direktzusagen und Versicherungszusagen bloß der aaGG zur Anwendung kommt und Pensionskassenzusagen bei der Erteilung an ein strengeres Gleichbehandlungsgebot gebunden wären. Die steuerliche Absetzbarkeit der Beiträge sei auch kein geeignetes Argument für eine sachliche Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung bei der Einbeziehung, weil diese in der Stammfassung nur die Ausgewogenheit untereinander verlangte.³⁶² Diesem Gedanken folgend wäre es nicht gerechtfertigt, dass auch die rückstellbaren Direktzusagen den steuerlichen Gewinn mindern bzw Beiträge

³⁵⁸ *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 51; *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [4.2]; *Widemann*, Das Gleichbehandlungsgebot gemäß § 18 Abs. 2 BPG, SWK 1995, 7; *Stupar*, Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen (2001) 110.

³⁵⁹ *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 42.

³⁶⁰ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [4.2].

³⁶¹ *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 43; *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [4.2]; *Dollinger* in *Kapl*, Leitfaden für die betriebliche Altersvorsorge² (1990) 80; so auch der VfGH (VfGH 6.12.1994, B204/94).

³⁶² *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [4.2].

zu einer Versicherungslösung absetzbar sind, obwohl für diese die Ausgewogenheit der Zusagen untereinander nicht verlangt wird. Entgegenzuhalten ist aber, dass es einen deutlichen Unterschied in einer unterschiedlichen lohnsteuerlichen und sozialversicherungsabgabenmäßigen Behandlung der Beiträge und Leistungen gibt.

Wird der aaGG im Sinne eines generalisierenden Prinzips von *Mayer-Maly*³⁶³ und unabhängig von Mehrheits-/Minderheitsverhältnissen verstanden, gelangt man wieder zu der hier vertretenen Auffassung. So verstehe ich auch den VfGH in seiner Entscheidung vom 6.12.1994, B204/94, wenngleich er sich etwas widersprüchlich ausdrückt (siehe dazu 1.4.5.2 unten).

Wie unter 1.1.2 oben und 1.1.3 oben ausgeführt, ist die Interpretation des BPG in vielen Punkten so schwierig, weil viele Kompromisse der Textierung zu Grunde liegen. § 18 war im Diskussionsentwurf nicht einmal enthalten.³⁶⁴

1.4.5.1.4. Anwendung des besonderen Gleichbehandlungsgebotes auf die Beitragsgestaltung

Wie unter 1.4.5.1.3 oben ausgeführt wurde, ist für unterschiedliche bo PK-Zusagen innerhalb eines PKS das bGG des § 18 (2) einzuhalten. Konkret bedeutet das, dass AN-Gruppen, die jeweils unterschiedliche Beitragszusagen erhalten nach sachlichen und willkürfremden Differenzierungskriterien abzugrenzen sind und die unterschiedliche Beitragshöhe ausgewogen zwischen den AN-Gruppen gestaltet sein muss.

Werden die Beiträge in Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteile festgelegt, hat sich das bGG auf die unterschiedlichen Relationen zu beziehen. Wie unter 1.3.1.1 oben ausgeführt, hat sich der Gesetzgeber in § 3 (1) Z2 2. TS klar zur Anerkennung von laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen als Beitragsgrundlage bekannt. Die Beitragsgrundlage selbst muss nicht den Erfordernissen des bGG, aber natürlich dem aaGG entsprechen.

Bei betragsmäßiger Festlegung der Beiträge müssen Unterschiede in der Beitragshöhe im Sinne des bGG festgelegt werden.

³⁶³ *Mayer-Maly*, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, RdA 1980, 261; OGH 27.7.1977, 4Ob114/77.

³⁶⁴ Diskussionsvorschlag aus dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales (*Kapl*, Das neue Recht der Betriebspension (1989) 44).

Gleiches gilt für variable Beiträge iSv § 3 (1) Z2 3. TS, die entweder betragsmäßig oder in Relation zu welcher Beitragsgrundlage auch immer festgelegt wird. Da der Gesetzgeber keine andere Beitragsgrundlage als die der laufenden Entgelte und Entgeltbestandteile anerkennt, muss eine allfällig andere Beitragsgrundlage auch dem besonderen bGG.

Sieht ein PKS zusätzlich zu Beiträgen gem § 3 (1) Z2 2. TS variable Beiträge vor, die auch in fester Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen festgelegt sind, aber auf Grund von unterschiedlichsten Bedingungen nicht mit gewisser Regelmäßigkeit gebühren, muss ebenfalls nicht die Beitragsgrundlage, aber die Festlegung der Bedingungen dem bGG entsprechen.

Ist die Relation nicht „fest“ iSd § 3 (1) Z2 2. TS, handelt es sich auch um variable Beiträge und hat die Festlegung unterschiedlicher bzw unterschiedlich variabler Relationen zwischen AN-Gruppen ebenso dem bGG zu entsprechen wie unterschiedliche Relationen bei Beiträgen gem § 3 (1) Z2 2. TS.

1.4.5.1.5. Adressat der Bestimmungen

§ 18 (1) richtet sich wörtlich und ausschließlich³⁶⁵ an den AG. Adressat ist – wie beim aaGG - der AG bei der privatautonomen Gestaltung von Arbeitsverhältnissen.³⁶⁶ Dazu gehören auch jene Bereiche, in denen kollektive Normen den AG zu inhaltlichen Gestaltungen berechtigen³⁶⁷, wie zB Eingriffe in die Betriebspensionen gem § 18 (1) 2. Halbsatz. Der aaGG ist nicht an die kollektiven Normsetzer gerichtet;³⁶⁸ bei Setzung von normativen

³⁶⁵ OGH 6.7.1998, 8ObA161/98d; *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [4.1].

³⁶⁶ OGH 13.9.1995, 9ObA77/95; 19.12.1990, 9ObA601/90; *Bednar*, Die Betriebspension² (1997) 132.

³⁶⁷ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [2.3]; auch *Mayer-Maly*: „... Gerade in diesem Bereich, der von kollektivvertraglichen und gesetzlichen Bindungen frei ist, entfaltet der Gleichbehandlungsgrundsatz vor allem seine Wirksamkeit. ... Bei Leistungen mit Entgeltcharakter und bei Ruhegeldern greift der Gleichbehandlungsgrundsatz dann stärker ein, wenn eine vertragliche Ordnung fehlt....“ (*Mayer-Maly*, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, RdA 1980, 261).

³⁶⁸ *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 15; *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [2.1]; OGH 5.10.1976 4Ob71/76; *Mayer-Maly*, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, RdA 1980, 261: „Im Anschluß an *Ladislav* hat der OGH 1977 gesagt, die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebotes finde regelmäßig an Bestimmungen von Gesetzen, Kollektivverträgen, Arbeitsordnungen und Betriebsvereinbarungen ihre Grenze.“.

Bestimmungen bzw Eingriffen durch KV oder BV ist die mittelbare Wirkung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes (1.4.2 oben) zu berücksichtigen.³⁶⁹

§ 18 (2) hingegen ist passiv formuliert und erinnert dahingehend an die Regelungen im GIBG. Letztere sind nach der hA an alle möglichen Partner einer Grundlagenvereinbarung adressiert (AG, Betriebsrat, KV-Partner – siehe 1.4.3 oben). Gilt das auch für § 18 (2)?

Im Arbeitsrecht vertritt die hA die Meinung, dass für die kollektive Rechtsetzung der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz mittelbar zur Anwendung gelangt. Da diesem der Ausschluss von Willkür und sachfremden Differenzierungen immanent ist, deckt er sich insoweit mit dem bGG gem § 18 (2). Im ungefähren Gleichgewicht der kollektiven Normsetzungsparteien liegt die Vermutung der sachlichen Richtigkeit der Rechtsfolgendifferenzierung.³⁷⁰

Bleibt nur noch die Ausgewogenheit der Zusagen untereinander, zu der die BV-Partner in der Stammfassung des § 4 EStG 1988 ausdrücklich verpflichtet waren, damit für den AG die Beiträge als Betriebsausgaben absetzbar waren. Es gibt keine Hinweise, dass der Gesetzgeber durch den Transfer in den § 18 (2) BPG davon abgehen wollte.

Darüber hinaus ist zu argumentieren, dass sich diese Regelung unter dem Abschnitt „Allgemeine Bestimmungen“ des BPG befindet, seine Geltung allgemein für alle Leistungszusagen ua für Abschnitt 2 („Pensionskasse“) beschreibt (auf Pensionskassenzusagen anwendbare Sonderbestimmung³⁷¹) und sich eben anders als § 18 (1) nicht ausdrücklich nur auf den AG bezieht.

Weiters stellen mittlerweile auch die Ausführungen in den EB³⁷² zur Novelle 1996 im Zusammenhang mit der Einführung der Grundlagenvereinbarung in Form eines KV klar:

Zur Klarstellung soll betont werden, dass ich das Gleichbehandlungsgebot nach § 18 Abs. 2 selbstverständlich auch an die Kollektivvertragsparteien richtet.

³⁶⁹ Strasser, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 48; OGH 11.8.1993, 9ObA133/93; 16.12.1992, 9ObA602/92; 19.12.1990, 9ObA601/90; zu den Eingriffen mittels KV bzw BV: OGH 24.2.2000, 8ObA281/99b; 26.1.2000, 9ObA195/99p; 6.7.1998, 8ObA161/98d; 16.12.1992, 9ObA602/92.

³⁷⁰ Strasser, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 18; VfGH 6.12.1994, B204/94; OGH 17.1.1990, 9ObA514/89.

³⁷¹ Eichinger, Zum Gleichbehandlungsgebot gem § 18 BPG, ZAS 1991, 119.

³⁷² 387 BlgNR 20.GP zu Art 1 [Änderung des BPG] Z 2 (§ 3).

Diese Ansicht wird auch von vielen Autoren mit den unterschiedlichsten Argumenten vertreten.

Stupar schließt sich *Eichinger* an und argumentiert auch mit dem Verweis in § 3 (2) auf § 18 und meint, dass die Grundlagenvereinbarung in Form einer VVM gem § 3 (2) nur ein Substitut für die PK-BV ist und daher „... die Geltung des Gleichbehandlungsgebotes selbstverständlich für die sog Pensionskassenbetriebsvereinbarungen genauso gelten [muss], wie für die Vertragsmustergestaltung.“³⁷³ Auch *Schrammel* und *Weinmeier* teilen im Wesentlichen diese Ansicht.³⁷⁴

Strassers meint, dass aus dem Verweis in § 3 (2) auf § 18 im Umkehrschluss nicht darauf zu schließen ist, dass § 18 auf § 3 (1) nicht anzuwenden ist³⁷⁵. Dem ist zu folgen, weil nach meinem Verständnis der Gesetzgeber aus zweierlei historischen Gründen in § 3 (2) Bedarf zur Klarstellung sehen konnte: Einerseits war in der Stammfassung des EStG 1988 in Bezug auf PK die Grundlagenvereinbarung nur in Form der BV³⁷⁶ vorgesehen. Für diese ist und war die Anwendung des mittelbar wirkenden Gleichheitssatzes (Ausschluss von Willkür und sachfremden Differenzierungen) selbstverständlich und das Erfordernis der Ausgewogenheit der Zusagen untereinander war in der Stammfassung des EStG 1988 geregelt. VVM als mögliche Grundlagenvereinbarung war neu und der Gesetzgeber wollte klarstellen, dass die für BV bereits etablierten besonderen Gleichbehandlungsregeln auch auf VVM anzuwenden sind. Andererseits kann der explizite Verweis auf § 18 auch der Klarstellung dienen, dass die Behörde in ihrer damaligen Genehmigungspflicht, nicht nur den Mindestinhalt des § 3 (1), sondern auch die Einhaltung des § 18 zu überprüfen hat (wie

³⁷³ *Stupar*, Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen (2001) 110; *Eichinger*, Zum Gleichbehandlungsgebot gem § 18 BPG, ZAS 1991, 119.

³⁷⁴ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [4.1]; *Weinmeier*, VfGH: Sachliche Differenzierung bei der Einbeziehung in ein Pensionskassensystem zulässig, RdW 1995, 223.

³⁷⁵ *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 51.

³⁷⁶ *Wiesner* (MR) erörtert allerdings, dass „Betriebsvereinbarung“ nicht im arbeitsrechtlichen Sinn zu verstehen, sondern verfassungskonform zu interpretieren ist, sodass die „Betriebsvereinbarung“ in Unternehmen ohne Betriebsrat mit der Belegschaft unmittelbar geschlossen werden muss. (*Wiesner in Kapl*, Das neue Recht der Betriebspension (1989) 63).

Strasser selbst ausführt).³⁷⁷ Wurde letzteres auch wirklich verfolgt, ist die Satzaufteilung der Ursprungsfassung von § 3 (2) nicht optimal gewählt.

Abgesehen davon gibt es nach Meinung *Strassers* keinen Grund dafür gibt, weshalb kollektive Normsetzer gegen das aus dem Steuerrecht stammende Ausgewogenheitsgebot verstoßen dürfen sollen³⁷⁸.

Eichinger stellt weiters klar, dass unabhängig von der Art der Grundlagenvereinbarung die Pensionskasse nicht Adressat der Gleichbehandlungspflicht ist³⁷⁹. Selbstverständlich wird sie bei in der Grundlagenvereinbarung offensichtlichen Verstößen den AG darauf aufmerksam machen müssen und überlegen, ob sie der Übernahme der Grundlagenvereinbarung in den PKV zustimmen kann. Wie § 15 (1) Z1 PKG hinsichtlich der Grundlagenvereinbarung „nach dem BPG“ zu verstehen ist, nachdem die PK einen PKV nur abschließen darf, wenn die Grundlagenvereinbarung allen relevanten Bestimmungen des BPG (zB auch § 18) entspricht, wird hier nicht behandelt.

1.4.5.2. Erkenntnis des VfGH über die Einbeziehung in ein PKS

VfGH 9.12.1994, B204/94

In dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Fall hat der KV direkte Leistungszusagen nur an AN einer bestimmten Verwendungsgruppe vorgesehen, nämlich ausschließlich jener, deren Einkommen die Höchstbeitragsgrundlage der gesetzlichen Pensionsversicherung überschreiten (können). Allein für diese Personengruppe wollte der AG ein PKS in Form einer Übertragung dieser Zusagen einrichten. Zum damaligen Zeitpunkt war für die Rechtsgrundlage VVM (ohne gleich lautende BV) noch eine Genehmigung seitens des BMAS erforderlich; dieses lehnte die Genehmigung mit der Begründung ab, dass grundsätzlich von einer umfassenden Einbeziehung der AN eines Betriebes auszugehen und daher allen AN eine Beteiligung am Pensionskassensystem zu gewähren sei.

Im Ergebnis äußert der VfGH keine verfassungsrechtlichen Bedenken zu § 18 BPG und hebt den Bescheid mangels Auseinandersetzung mit der Frage der Zulässigkeit der konkre-

³⁷⁷ *Eichinger*, Zum Gleichbehandlungsgebot gem § 18 BPG, ZAS 1991, 119; eigentlich auch *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 52.

³⁷⁸ *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 51.

³⁷⁹ *Eichinger*, Zum Gleichbehandlungsgebot gem § 18 BPG, ZAS 1991, 119; so auch *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [5.3.1] und [5.3.2].

ten Gruppenbildung und damit Verletzung des Gleichheitssatzes auf, weil § 18 (2) nicht die Einbeziehung aller AN verlangt. Er sieht die im AB angeführte Intention des Verbotes des ausschließlichen Anbietens von Leistungszusagen nur an einem bestimmten Personenkreis (zB leitende Angestellte) ohne Berücksichtigung der übrigen AN vom Gesetzestext nicht gedeckt.

Wöss und Stupar sind sogar der Meinung, der VfGH ließe in seinen Ausführungen erkennen, dass ein PKS nur für jene Arbeitnehmer eines Betriebes, deren Entgelt die "Höchstbemessungsgrundlage" aus dem ASVG übersteigt, als gesetzeskonform erachtet wird.³⁸⁰ Ich stimme hingegen Weinmeier³⁸¹ zu, dass sich aus dem Erkenntnis des VfGH in Bezug auf die Sachlichkeitsprüfung unmittelbar keinerlei Schlüsse ableiten lassen. ME hat der VfGH nur klargestellt, dass nicht alle AN eines Betriebes in ein PKS aufgenommen werden müssen. Weil durch die verfehlte gegenteilige Ansicht schon die Verletzung des Gleichheitssatzes gegeben war, hat sich der VfGH gar nicht mehr mit dem konkreten Abgrenzungskriterium auseinandergesetzt.

Zum inhaltlichen Verständnis des § 18 (2) durch den VfGH:

Er folgt der „herrschenden Lehre..., derzufolge ein Unternehmer bei der Einräumung eines Systems betrieblicher Pensionszusagen an das allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot gebunden ist und ihm bei der Ausgestaltung von Pensionskassensystemen unausgewogene und sachwidrige Differenzierungen verboten sind, aber in beiden Fällen Raum für sachliche Differenzierungen bleibt“ und erwähnt dabei Strasser³⁸², Eichinger³⁸³ und Tomandl³⁸⁴, die diesbezüglich aber nicht exakt die gleiche Ansicht vertreten. Es ist genau genommen nur Strasser, der bei der Einbeziehung klar zum aaGG mit seinen Mehrheits-/Minderheitsverhältnissen steht, während Eichinger und Tomandl diesen unabhängig von den Quantitätsverhältnissen sehen (so wie die hier vertretene Auffassung).

³⁸⁰ Wöss, VfGH: Aufhebung eines Bescheides des BMAS zum Gleichbehandlungsgebot bei Pensionskassenversorgungen, RdA 1995, 183; Stupar, Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen (2001) 38.

³⁸¹ Weinmeier, VfGH: Sachliche Differenzierung bei der Einbeziehung in ein Pensionskassensystem zulässig, RdW 1995, 223.

³⁸² Strasser, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 40.

³⁸³ Eichinger, Zum Gleichbehandlungsgebot gem § 18 BPG, ZAS 1991, 123.

³⁸⁴ Tomandl, Ungereimtheiten und Unzulänglichkeiten im neuen Betriebspensionsrecht, ZAS 1991, 80.

Auch der VfGH dürfte den aaGG unabhängig von Mehrheits-/Minderheitsverhältnissen verstehen, da er meint, die Behörde habe „... die entscheidende Frage des Verfahrens, ob die im vorgelegten Vertragsmuster vorgesehene Differenzierung zwischen den Arbeitnehmern der Verwendungsgruppe VI des Kollektivvertrages und anderen Arbeitnehmern des antragstellenden Unternehmens eine sachlich gerechtfertigte oder willkürliche Differenzierung darstellt, nur völlig unzureichend behandelt, ...“. Da das antragstellende Unternehmen ein PKS bloß für AN der Verwendungsgruppe VI einrichten wollte, handelt es sich in dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Fall um die Einbeziehung und nicht um die Ausgestaltung, für die der VfGH (wie in der hier vertretenen Auffassung) die Prüfung der Bildung einer AN-Gruppe entsprechend dem Ausschluss von Willkür und sachfremden Differenzierungen fordert.

Auch das OLG Wien dürfte den VfGH so verstehen, in dem es in einer Entscheidung zunächst den VfGH im Hinblick auf die Einbeziehung zitiert und dann festhält: “entscheidend sei nicht, ob der Arbeitgeber eine Minderheit gegenüber einer Mehrheit benachteiligen, sondern ob eine vorgenommene Differenzierung sachfremd oder willkürlich sei (...).“³⁸⁵

Der Meinung *Weinmeiers*, dass sich der VfGH in dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Fall der Meinung, bei der Einbeziehung auf Basis von VVM sei „bloß“ der aaGG einzuhalten, angeschlossen hat,³⁸⁶ kann ich daher nicht folgen.

1.4.6. Rechtsfolgen einer Verletzung dieser Bestimmungen

Europarecht:

Entsprechend der Judikatur des EuGH kann sich jeder Betroffene unmittelbar auf Art 141 stützen.³⁸⁷

Im Falle einer mittelbaren Diskriminierung hat das nationale Gericht die betroffene Bestimmung außer Anwendung zu lassen und auf die Angehörigen der benachteiligten Gruppe die gleiche Regelung anzuwenden wie auf die übrigen AN.³⁸⁸

³⁸⁵ OLG Wien 13.12.2001, 9Ra285/01z.

³⁸⁶ *Weinmeier*, VfGH: Sachliche Differenzierung bei der Einbeziehung in ein Pensionskassensystem zulässig, RdW 1995, 223.

³⁸⁷ EuGH 08.04.1976, Rs C-43/75 (Defrenne II).

Der EuGH stellt weiters klar, dass bei Stützung einer Klage auf Art 141, es das Gemeinschaftsrecht verbietet, eine nationale Vorschrift anzuwenden, nach der der Anspruch im Fall des Obsiegens nur für einen Zeitraum von zwei Jahren vor Klageerhebung zuerkannt werden kann.³⁸⁹ Es ist aber schon zulässig, die Einklagbarkeit vom Ansprüchen auf sechs Monate nach dem Ende der Beschäftigung zu beschränken, sofern diese Frist nicht für Klagen aus dem Gemeinschaftsrecht weniger günstig ist als Klagen aus dem innerstaatlichen Recht. Soll dies für jedes Arbeitsverhältnis einer Kette befristeter Verträge, die in regelmäßigen Abständen geschlossen wurden und dieselbe Beschäftigung betreffen, gesondert getroffen werden, steht das Gemeinschaftsrecht dieser Verfahrensvorschrift entgegen.³⁹⁰

Ebenso finden insbesondere die in 1.4.1.2 oben angeführten Richtlinien unmittelbare Anwendung, wenn sie nicht innerhalb der vorgesehenen Frist oder nicht vollständig umgesetzt werden und „...inhaltlich präzise genug sind, um wie ein Gesetz angewandt zu werden, und die Inanspruchnahme des Rechts an keine Bedingung oder Auflage geknüpft ist.“³⁹¹

Für Diskriminierungen auf Grund des Geschlechtes, war eine eigene Beweislastrichtlinie (Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15.12.1997 über die Beweislast bei Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, geändert durch die RL 98/52/EG³⁹²), die 2006 durch die Neufassung der Gleichbehandlungsrichtlinie ersetzt wurde³⁹³, umzusetzen: Art 19 der Neufassung der Gleichbehandlungsrichtlinie verlangt für jenen Fall eine Beweislastumkehr, bei dem sich Personen durch die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert halten und bei einem Gericht bzw anderen zuständigen Stelle Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen.

Nationales Recht:

Die Verletzung des vom GIBG geforderten Gleichbehandlungsgebotes hat erwähnenswerte Folgen. Dem zB in der Festsetzung des Entgelts Diskriminierten gebührt neben dem, aus der bei der Verletzung des aaGG bekannten Angleichungsanspruches, eine Entschädigung

³⁸⁸ EuGH 07.02.1991, Rs C-184/89 (Nimz).

³⁸⁹ EuGH 11.12.1997, Rs C-246/96 (Magorian/Cunningham).

³⁹⁰ EuGH 16.05.2000, Rs C-78/98 (Preston).

³⁹¹ *Lindmayr*, Gleichbehandlungsrecht (2002) 108.

³⁹² RL 97/80/EG 15.12.1997, ABI 20.1.1998 L 14/6 idF RL 98/52/EG 13.7.1998, ABI 22.7.1990 L 205/66.

³⁹³ RL 2006/54/EG 5.7.2006, ABI 26.7.2006 L 204/23

für die erlittene persönliche Beeinträchtigung. Eine weitere Besonderheit des GIBG ist das normierte Benachteiligungsverbot, das ua auch ein Kündigungsverbot als Reaktion auf eine Beschwerde oder Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes durch einen AN ausspricht. Darüber hinaus tritt zum Rechtsschutz für Verstöße dieses Gesetzes neben die Arbeitgerichte die Gleichbehandlungskommission.

Die Verletzung des aaGG zieht regelmäßig Angleichungsansprüche nach sich. Es handelt sich dabei um Entgeltansprüche und damit um Erfüllungsansprüche³⁹⁴, die anders als Schadenersatzansprüche verschuldensunabhängig sind.³⁹⁵

Wie beim aaGG sieht § 18 (3) einen Angleichungsanspruch „nach oben“³⁹⁶ vor und bezieht sich auf alle Verletzungen des Gleichbehandlungsgebotes gem § 18³⁹⁷. Für die Verletzung des aaGG war der Angleichungsanspruch bereits anerkannt. Wichtig ist die Regelung daher insbesondere für § 18 (1) 2. HS und § 18 (2).³⁹⁸ § 18 (1) 1. TS führt – wie der aaGG – zu einem Erfüllungsanspruch, § 18 (1) 2. Halbsatz zu einem Unterlassungsbegehren bzw zum Verlangen, nachteilige Folgen zu beseitigen.³⁹⁹ Wie § 18 (1) zum Ausdruck bringt, richten sich diese gegen den AG.⁴⁰⁰

Verletzt eine Grundlagenvereinbarung für ein PKS in Form einer BV bzw eines KV die Forderung des Ausschlusses von Willkür und sachfremden Differenzierungen bei der Einbeziehung bzw Ausgestaltung folgt aus einer allfälligen Verletzung des Gleichheitssatzes die (Teil-)Nichtigkeit der betreffenden Norm.⁴⁰¹ Daraus entsteht die Pflicht des AG, den

³⁹⁴ *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 58; *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [5].

³⁹⁵ *Eichinger*, Zum Gleichbehandlungsgebot gem § 18 BPG, ZAS 1991, 119.

³⁹⁶ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [5]; *Eichinger*, Zum Gleichbehandlungsgebot gem § 18 BPG, ZAS 1991, 119.

³⁹⁷ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [5]; *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 6.

³⁹⁸ Vgl auch *Stupar*, Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen (2001) 111; *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [5]: Der Gesetzgeber schreibt die Rechtsfolge einer Verletzung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes für alle Fälle des § 18 fest – den Angleichungsanspruch in Form eines Erfüllungsanspruches.

³⁹⁹ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [5.2].

⁴⁰⁰ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [5.1] und [5.2].

⁴⁰¹ *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 16; *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [2.1]; OGH 11.8.1993, 9ObA133/93 (eine Einschränkung durch KV hinsichtlich Hinterbliebenenpension für Männer ist nichtig und die Hinterbliebenenpension daher zu gewähren); OGH 17.1.1990, 9ObA514/89.

PKV entsprechend nachzuverhandeln⁴⁰², wozu mE auch die PK verpflichtet ist. Selbstverständlich bleibt der PK das Recht zur Kündigung, wenn auf Grund der veränderten Situation keine Einigung über allenfalls von der PK geforderte Anpassungen der Rahmenbedingungen erzielt werden kann. Erfolgt durch die (Teil-)Nichtigkeit der Bestimmungen nicht die Angleichung nach oben, wird zusätzlich ein Angleichungsanspruch gegenüber dem AG eingeräumt.⁴⁰³

Erfolgt die Grundlagenvereinbarung in Form einer VVM, gibt es unterschiedliche Meinungen zu den Konsequenzen. *Strasser* geht bei Verletzungen des Gleichbehandlungsgebotes bei der Einbeziehung wie Ausgestaltung von Angleichungsansprüchen des § 18 (3) aus.⁴⁰⁴ Damit kann auch der Angleichungsanspruch als Grundlage der Betriebspension dienen.⁴⁰⁵ Eine im Ergebnis saubere Lösung vertritt *Schrammel*, der den Verweis in § 3 (2) als Gültigkeitsvoraussetzung versteht⁴⁰⁶, was auf Grund des reinen Wortlautes gut nachvollziehbar ist. Es handelt sich sE nicht um einen Angleichungsanspruch, sondern um die Pflicht die VVM zu ändern.

Bei der arbeitsrechtlichen Betrachtung ist für die Praxis nicht zu vergessen, dass die Betriebsprüfung auch als indirekte Prüfinstanz auftritt (vgl 1.1.4.3 oben und 1.1.4.4 oben).

1.4.7. Zusammenfassung

Bei der Gestaltung von bo PKS sind unterschiedliche Rahmenbedingungen im Zusammenhang mit der Gleichbehandlung zu beachten.

Von großer Bedeutung ist die Qualifikation von Betriebspensionen als Entgelt auf europarechtlicher Ebene und daher die Bestimmung des Art 141 EG-Vertrages (gleiches Entgelt für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit), der nach ständiger Judikatur des EuGH unmittelbar anwendbar ist. Für Österreich sind die europarechtlichen Rahmenbedingungen seit dem Beitritt zum EWR (1.1.1994) relevant. Weiters haben viele EU-Richtlinien in die zwingenden Vorschriften des

⁴⁰² *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [5.3.1].

⁴⁰³ *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 59.

⁴⁰⁴ *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 59 und 60.

⁴⁰⁵ *Stupar*, Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen (2001) 111.

⁴⁰⁶ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 18] [5.3.2].

GIBG bzw B-GIBG Eingang gefunden, die Regelungen zur Vermeidung von unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierungen enthalten (primär Hinsichtlich der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, aber auch zur Vermeidung von Diskriminierungen auf Grund der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung). Bei Verletzung derartiger Bestimmungen gibt es Sonderregelungen wie Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung, besonderen Kündigungsschutz, Beweislastumkehr etc sowie zusätzliche, spezielle Institutionen wie die Gleichbehandlungskommission.

Darüber hinaus bietet auch unsere Verfassung einige Differenzierungsverbote, die wie der Gleichheitssatz insbesondere bei der Gestaltung kollektiver Grundlagenvereinbarungen mittelbar von Bedeutung sind. Als eine der zentralsten Bestimmungen für bo PKS ist die zwingende Bestimmung des § 18 (2) BPG zu qualifizieren. Diese Regelung gebietet es, unabhängig von der Art der Grundlagenvereinbarung, bei der Einbeziehung in ein PKS wie auch bei der Ausgestaltung unterschiedlicher Zusagen innerhalb eines PKS Unterscheidungen zur Bildung von AN-Gruppen nur unter Ausschluss von Willkür und sachfremden Differenzierungen vorzunehmen. Bei Ausgestaltung der Zusagen ist in einem zweiten Schritt die Ausgewogenheit der Zusagen zueinander zu prüfen. Sowohl bei der Einbeziehung wie auch bei der Ausgestaltung bleibt Raum für sachliche Differenzierungen, die am Zweck des PKS, der unter dem Hauptzweck der Ergänzung der gesetzlichen Pensionssicherung subsumierbar sein muss, zu messen sind. Dabei handelt es sich gezwungenermaßen um Wertvorstellungen, die im Zeitverlauf Veränderungen unterliegen können und von dem es den Beurteiler zu überzeugen gilt. Die Verletzung des § 18 führt zu Angleichungsansprüchen „nach oben“ und damit zu einem nicht unerheblichen finanziellen Risiko für den AG.

1.5. Abänderung/Beendigung/Befristung von bo PKS

1.5.1. Abänderung von Grundlagenvereinbarungen

Wie unter 1.3.1.4 oben ausgeführt sind Abänderungen im Einvernehmen aller Vertragsparteien möglich.

1.5.2. Beendigung von Grundlagenvereinbarungen

1.5.2.1. Beendigung im Einvernehmen

Wie ebenfalls unter 1.3.1.4 oben ausgeführt, ist die Beendigung der Grundlagenvereinbarung im Einvernehmen möglich. Diese Auflösung der Grundlagenvereinbarung wirft Fragen nach der Wirkung auf den PKV auf, da der PKV gem § 15 (1) Z1 PKG der Grundlagenvereinbarung zu entsprechen hat. Entfallen nicht nur die Bestimmungen des Beitrags-, sondern auch die des Leistungsrechts, der Mitwirkungsmöglichkeiten, der Datenmeldeverpflichtungen etc steht man vor einer sicher nicht gewollten Situation mit vielen ungelösten Fragen. Die Auszahlung an die Berechtigten ist gesetzlich ausgeschlossen. Eine so genannte Abfindung kann nur gem § 1 (2) PKG nur anstelle eines Pensionsanspruches (Z1) oder bei Wiederverhehlichung eines Hinterbliebenen (Z2) oder gem § 5 (4) nur im Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Eintritt des Leistungsfalles erfolgen und in den Fällen des § 1 (2) Z1 und § 5 (4) nur dann, wenn der Kapitalwert die Abfindungsgrenze (dzt EUR 9.900) nicht übersteigt. In diesem Fall wird man von der PK trotzdem weiterhin Leistungen und die Verwaltung entsprechend dem Leistungsrecht verlangen; die PK braucht aber auch einen Vertragspartner, um allfällige gesetzlichen Änderungen zu vollziehen oder Anderes zu vereinbaren, das im Laufe der Jahrzehnte notwendig wird.

Die dringende Empfehlung lautet daher, nicht die Grundlagenvereinbarung selbst, sondern bloß die Beitragsverpflichtung im Einvernehmen zu beenden. Eine Abstimmung mit der PK hinsichtlich der Adaptierung ist nicht nur geboten, sondern in den meisten PKV auch vorgesehen. Schließlich hat die PK ihr Angebot auf der Grundlage des vorgelegten Beitragsrechtes kalkuliert.

1.5.2.2. Einseitige Beendigung

Bei Erlöschen des KV durch Kündigung sieht § 3 (1b) vor, dass die Regelungen des KV über eine PK-Zusage Inhalt des Arbeitsvertrages des AWB werden.

Die BV ist grundsätzlich kündbar. § 97 (4) ArbVG legt fest, dass die Kündigung der BV nur für jene Arbeitsverhältnisse Wirksamkeit erlangt, die nach dem Kündigungstermin begründet werden. Der AB erklärt zu dieser Bestimmung:

„Es bleibt vielmehr die Einrichtung der Pensionskasse einschließlich der ihr übertragenen Verpflichtungen nicht auf Grund der Nachwirkung, sondern auf Grund der Weitergeltung der Betriebsvereinbarung selbst bestehen.“⁴⁰⁷

Das bedeutet, dass nach einer Kündigung einer PK-BV die normativen Bestimmungen nicht dispositiv weiterwirken, sondern die BV aufrecht bleibt. Die Kündigung bewirkt bei diesen beiden kollektiven Gestaltungsmitteln nicht die Beendigung der Pflicht des AG zur Beitragsleistung für die zum Kündigungszeitpunkt bestehenden Arbeitsverhältnisse. Zulässig ist nur die einseitige Beendigung der Verpflichtung zur Beitragsleistung durch den AG unter den in § 6 (1) genannten Voraussetzungen (siehe 1.3 oben).

Eine einseitige Beendigung einer VVM ist auch unzulässig, weil damit einerseits § 6 (1) in unzulässigerweise umgangen werden würde und andererseits jene AWB, die von keinem BR vertreten sind, eine nicht argumentierbare geringere Sicherung ihrer Zusagen hinnehmen müssten. Selbstverständlich ist es dem AG erlaubt, neu eintretenden Mitarbeitern, diese Zusage nicht mehr zu erteilen.

Das ist auch zu begrüßen, weil eine Beendigung der gesamten Grundlagenvereinbarung eben unzählige ungelöste Fragen nach den anzuwendenden Regeln und Abänderbarkeit des Leistungsrechtes, Mitwirkungsrechte sowie der Kündigungsmöglichkeiten des PKV führen würde.

1.5.3. Befristung von Grundlagenvereinbarungen

Grundsätzlich können BV auf bestimmte oder unbestimmte Zeit abgeschlossen werden.⁴⁰⁸

Wie unter 1.3.1.4 oben ausgeführt, ist nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers (AB) die Auflösung der Grundlagenvereinbarung in Form der BV im Einvernehmen zulässig. Auch die übrigen Grundlagenvereinbarungen können im Einvernehmen verändert und beendet werden (siehe 1.3.1.4 oben). Wenn die Grundlagenvereinbarung zu jedem Zeit-

⁴⁰⁷ 1318 BlgNR 17.GP 6.

⁴⁰⁸ Posch in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht, Kap IV Rz 32.

punkt im Einvernehmen beendet werden kann, muss es auch zulässig sein, im Einvernehmen bereits vorweg die Beendigung vorzusehen. Der BPG-Gesetzgeber wollte nur das einseitige, unvorhersehbare Einschränken einer gegebenen Zusage (siehe 1.1.3 oben), nicht aber die Gestaltungsmöglichkeiten der zweiseitigen Vereinbarungen beseitigen.

Es ist noch zu prüfen, ob ein Verbot der Befristung aus § 6 (1) ableitbar ist, weil ein Einstellen der Beitragsleistung nur zulässig ist, wenn dies zuvor im Einvernehmen in der Grundlagenvereinbarung fixiert wurde und zusätzlich ua die Existenzgefährdung gegeben ist. § 6 (1) sowie Bedingungen (1.6 unten) unterscheiden sich im Vergleich zur Befristung in zwei Punkten: Einerseits räumt § 6 (1) ein einseitiges Gestaltungsrecht ein, das unter bestimmten Bedingungen (Existenzgefährdung, Beratung mit allfälligem BR und eventuell Sachverständigen) ausgeübt werden darf. Andererseits steht bei der Befristung fest, dass der Zeitpunkt kommen wird; das „Ob“ (und „Wieviel“ – Reduktion des Beitrages auf Null) ist gewiss.⁴⁰⁹ ISd § 6 sollte auch das „Wann“ konkretisiert werden (1.3.1 oben).

So meint auch *Schrammel*, dass die Befristung von PK-BV zulässig ist, weil nur „einseitige Beendigungsformen von der gesetzlichen Neuregelung erfasst werden“.⁴¹⁰

Abgesehen von der gleichen dringenden Empfehlung wie bei der einvernehmlichen Beendigung der Grundlagenvereinbarung, bloß das Beitragsrecht zu befristen⁴¹¹, dürfte die Meinung zur Zulässigkeit der Befristung jener bekannter Experten auf dem Gebiet des Arbeitsrechtes entsprechen.⁴¹²

Allerdings wird man bei Fixierung der Befristungen dem Willen des Gesetzgebers auch dahin entsprechen müssen, dass für die Berechtigten grundsätzlich eine Pensionsleistung

⁴⁰⁹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) [196].

⁴¹⁰ *Schrammel*, BPG (1992) [ArbVG] [1.3].

⁴¹¹ Ähnlich auch *Felbinger*: „So könnte man zum Beispiel daran denken, die Laufzeit eines Versorgungsmodells nach wie vor an das voraussichtliche Pensionierungsalter bzw den tatsächlichen Übertritt in den Ruhestand zu knüpfen, die Beiträge jedoch nur für einen beschränkten Zeitraum zu leisten.“ (*Felbinger*, Betriebliche Altersvorsorge³ (2006) 131).

⁴¹² So behauptet dies zumindest *Felbinger* ohne weitere Angaben (*Felbinger*, Betriebliche Altersvorsorge³ (2006) 131); *Schrammel*, BPG (1992) [§ 19] [5.2]; *Csillag/Eberhartinger*, Bedingte Beitragsleistungen des Arbeitgebers an eine Pensionskasse?, *ecolex* 1991, 407; *Binder*, Rechtsprobleme des Dreiecksverhältnisses zwischen Unternehmer, Pensionsbegünstigtem und Pensionskasse, *ZAS* 1991, 106.

zu erwarten ist.⁴¹³ Abgesehen von der arbeitsrechtlichen Verpflichtung würde hier auch die Finanzprüfung die Steuerbegünstigungen in Frage stellen bzw kritisch beleuchten.⁴¹⁴

Bei Befristungen nach Kalenderjahren und nicht begrenztem Teilnehmerkreis ist zu bedenken, dass nicht jeder Berechtigte die vorgesehene Dauer erreichen wird und es daher mit den Jahren für die neu in das bo PKS aufgenommenen AN immer unwahrscheinlicher wird, eine Pensionsleistung zu erhalten (außer das Beitragsrecht sieht entsprechende Gegenmaßnahmen vor).

Felbinger führt dazu aus, dass als Mindestzeitraum in der Regel von einer Beitragszahlungsdauer von 10 Jahren gesprochen wird. „Auch aus einem Resümeeprotokoll einer Besprechung betreffend Gleichbehandlungsgebot gemäß § 18 Abs. 2 BPG des Bundesministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales vom 4.2.1992 (Anlage zu Zl. 51.081/3-1/92) geht hervor, dass eine Befristung der Beitragsleistung für zulässig erachtet wird. Auch hier geht man von einer Befristung auf mindestens 10 Jahre aus und leitet diese Zeitspanne aus dem damaligen § 5 Abs 2 Z5 ab, der besagte, dass nach diesem Zeitraum der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jedenfalls die Beitragszahlung mit eigenen Beiträgen fortführen kann. Da diese Passage des Gesetzes in der Zwischenzeit aber so abgeändert wurde, dass der Arbeitnehmer bereits nach fünf Jahren mit eigenen Beiträgen fortsetzen kann, sollte dies auch auf die Mindestdauer der Befristung umgelegt werden können.“⁴¹⁵

Den Überlegungen des Protokolls kann ich so nicht folgen, weil diese Jahresangaben je nach Beitragshöhe im Sinne des Gesetzgebers sein können oder nicht. Einziger nachvollziehbarer Gedanke dabei ist, dass dem AN die Möglichkeit der Fortführung gesichert werden soll. Das läuft bei der aktuellen Gesetzeslage aber ins Leere, weil der AN das Recht nur hat, wenn das Arbeitsverhältnis vor Eintritt des Leistungsfalles beendet wird oder die Beitragleistungen gem § 6 eingestellt werden. Um die Möglichkeit zur Fortführung mit eigenen Beiträgen sicherzustellen, müsste das in der Grundlagenvereinbarung ebenso vorgesehen werden wie im PKV.

⁴¹³ So auch *Felbinger*, Betriebliche Altersvorsorge³ (2006) 131.

⁴¹⁴ EStR 2000 (26.6.2006) Rz 1276: „...es darf auch kein Missbrauch vorliegen, von dem insbesondere dann auszugehen ist, wenn die Grundbeiträge zu keinen echten Pensionsleistungen führen.“

⁴¹⁵ *Felbinger*, Betriebliche Altersvorsorge³ (2006) 131.

Im Ergebnis ist daher zu empfehlen, ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Höhe und Dauer der Beitragsleistung festzusetzen, damit das Ziel des Gesetzgebers –eine laufende Pensionsleistung ist grundsätzlich erwartbar – erfüllt werden kann.⁴¹⁶

Die Verlängerung der Befristung bzw die Aneinanderkettung befristeter PKS (bevorzugterweise befristete Beitragsverpflichtungen) ist mE zulässig, weil sie keine zwingenden Bestimmungen umgeht.⁴¹⁷ Es muss das erste befristete PKS für sich ein PKS mit ausreichenden Beiträgen darstellen. Kommen zu einem zulässigen PKS weitere hinzu, ist das aus Sicht der AN nur erfreulich.

Für die Befristungen gilt natürlich auch die Empfehlung, bloß die Beitragsverpflichtung zu befristen.

1.5.4. Zusammenfassung

Die Einvernehmliche Beendigung von Grundlagenvereinbarungen ist grundsätzlich jederzeit möglich. Zulässig ist auch die Befristung der Grundlagenvereinbarung, wenn Dauer und Höhe der Beiträge derart gewählt sind, dass aus dem bo PKS für die Berechtigten grundsätzlich Pensionsleistungen zu erwarten sind. Eine einseitige Beendigung führt nicht zur Beendigung bestehender PKS, sondern verhindert nur die Aufnahme neu eintretender Mitarbeiter in das PKS.

Auf Grund vielfacher Problemstellungen sollte an Stelle einer einvernehmlichen Beendigung oder Befristung der Grundlagenvereinbarungen bloß der Beitragsverpflichtung beendet bzw befristet werden. Jedenfalls sind in allen Fällen auch Abstimmungen mit der PK und idR auch Adaptierungen des PKV erforderlich.

⁴¹⁶ So auch *Felbinger*, Betriebliche Altersvorsorge³ (2006) 131.

⁴¹⁷ Der OGH sieht nicht nur Kettenarbeitsverträge, sondern auch die Aneinanderreihung befristet gewährter Ansprüche ohne sachliche Rechtfertigung als unzulässig an, wenn darin „...die Gefahr der Umgehung zwingender, den AN schützender Rechtsnormen durch den Arbeitgeber...“ liegt (OGH 10.12.1993, 9ObA234/93).

1.6. Bedingungen für Beiträge in einem bo PKS

„Bedingung ist die einem Rechtsgeschäft von den Parteien hinzugefügte Beschränkung, durch die der Eintritt oder die Aufhebung einer Rechtswirkung von einem ungewissen Umstand abhängig gemacht wird ...“⁴¹⁸, wobei für die Zeit der Schwebe niemand wider Treu und Glauben den Ablauf der Ereignisse zu seinem Gunsten beeinflussen darf.⁴¹⁹ Nach Ansicht des OGH steht es dem AG „... im gesetzlichen und kollektivvertraglichen Rahmen frei, entgeltliche Zuwendungen an bestimmte Bedingungen zu knüpfen und auf bestimmte Dienstnehmer zu beschränken...“.⁴²⁰

Zunächst ist daher zu untersuchen, inwieweit Beiträge zu einem bo PKS als Entgelt zu qualifizieren sind; danach erfolgen Ausführungen, inwieweit das BPG den Rahmen für Bedingungen vorgibt.

1.6.1. Betriebspensionen als Entgeltbestandteil

Welser bezweifelt den Entgeltcharakter von Betriebspensionen, da die Pensionsleistung keinem bestimmten Teil der Leistung des AN zurechenbar ist; sE fehlt es an der Wertrelation zwischen vereinbarten Diensten und dem Ruhegenuss.⁴²¹

Wie *Hipsch* näher ausführt, ist die Betriebspension durch das Arbeitsverhältnis veranlasst, doch besteht die Besonderheit des Entgelts darin, dass es idR erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Auszahlung gelangt und idR auf Lebenszeit zugesagt wird.⁴²² Von der Rechtsprechung und der hL⁴²³ wird der Entgeltcharakter der Betriebspension vor ihrem Fürsorgecharakter (Versorgungszweck) betont.⁴²⁴ Vom OGH wird die Betriebspension als

⁴¹⁸ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I (1995) [193].

⁴¹⁹ OGH 2.5.1984, 1Ob531/84; 4.6.1987, 7Ob577/87; 11.2.1988, 8Ob674/87; 22.9.1988, 8Ob649/88; 19.12.1990, 1Ob689/90; 26.7.1996, 1Ob2107/96a; 29.9.1999, 9ObA141/99x; 12.7.2000, 3Ob171/00v; 11.12.2003, 6Ob248/03v; 14.6.2005, 2Ob33/05z; 28.3.2007, 9Ob17/06z.

⁴²⁰ OGH 23.10.1991, 9ObA168/91.

⁴²¹ *Welser*, Widerrufsvorbehalt und Teilkündigungsvereinbarung bei entgeltwerten Leistungen des Arbeitgebers, RdA 1991, 1.

⁴²² *Hipsch*, Betriebspension (1996) 19.

⁴²³ *Mathiaschitz* in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987) 274 mit zahlreichen Nachweisen.

⁴²⁴ *Hipsch*, Betriebspension (1996) 18.

thesauriertes Entgelt qualifiziert,⁴²⁵ oft mit dem Zusatz, dass bei diesem entgeltlichen Geschäft der AN vorgeleistet hat und dem AG „auf Gedeih und Verderb“ ausgeliefert ist.⁴²⁶ ME ist die Vorleistung aber bloß hinsichtlich der erworbenen Anwartschaften und bestehender Leistungsansprüche gegeben. Im Rahmen des aufrechten Arbeitsverhältnisses werden Anwartschaften erst Schritt für Schritt, entsprechend den absolvierten Zeiträumen der Arbeitsleistungen erworben.

Nach Meinung von *Welser* kommt volle Entgeltlichkeit auf Grund der Freiwilligkeit und Widerruflichkeit begrifflich nicht in Frage.⁴²⁷ Auch die oft erwähnte Belohnung für die Betriebstreue sieht er als „Vision, als passende Rechtfertigung, die einmal stimmen mag, dann aber wieder nicht.“⁴²⁸

ME hat die Betriebspension nicht nur Entgeltcharakter, sondern ist entsprechend des weiten Entgeltbegriffs der europäischen und österreichischen Rechtsprechung als Entgelt zu qualifizieren.⁴²⁹ Es handelt sich dabei um einen Entgeltbestandteil, der – wie andere Entgeltbestandteile auch – je nach Modell zu unterschiedlichen Zwecken gewährt wird: aufgeschobene Belohnung, gezielte Versorgung, Motivation für Betriebstreue oder besonderen Arbeitseinsatz uvm. Der Entgeltbestandteil Betriebspension ist unterschiedlich gestaltbar: widerruflich oder nicht, mit oder ohne Rechtsanspruch, abhängig von Bedingungen, die über die Voraussetzungen von Einbeziehung oder Anfall hinausgehen, etc). Jedenfalls handelt es sich - mit den Worten von *Schindler* ausgedrückt – um keine Geschenke⁴³⁰, sondern als Gegenleistung für die zur Verfügung gestellte Arbeitskraft. Wieviel der Entgeltbestand-

⁴²⁵ OGH 11.1.1989, 9ObA513/88; 16.1.1991, 9ObA318/90; 16.11.1991, 9ObA607/90; 13.9.2001 8ObA166/01x; 7.7.2004, 9ObA27/04t; 17.8.2006, 10ObS126/06m; 2.3.2007., 9ObA37/06s.

⁴²⁶ OGH 11.5.1988, 9ObA84/88; 11.1.1989, 9ObA513/88; 10.2.1993, 9ObA299/92; 30.11.1994, 9ObA224/94; 16.1.1997, 8ObA2234/96d; 30.4.1997, 9ObA15/97i; 16.10.1997, 8ObA147/97v; 11.3.1998, 9ObA229/97k; 11.1.2000, 9ObA256/99h; 24.2.2000, 8ObA281/99b; 21.12.2000, 8ObA170/00h; 26.6.2002, 9ObA2/02p; 26.6.2002, 9ObA306/01t; 19.3.2003, 9ObA261/02a; 25.2.2004, 9ObA95/03s; 27.4.2005, 3Ob251/04i.

⁴²⁷ *Welser*, Widerrufsvorbehalt und Teilkündigungsvereinbarung bei entgeltwerten Leistungen des Arbeitgebers, RdA 1991, 1.

⁴²⁸ *Welser*, Widerrufsvorbehalt und Teilkündigungsvereinbarung bei entgeltwerten Leistungen des Arbeitgebers, RdA 1991, 1.

⁴²⁹ Auch *Scharz/Löschnigg* qualifizieren die Betriebspension trotz Versorgungscharakter klar als Entgelt (*Scharz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 293.)

⁴³⁰ *Schindler*, „Deferred compensations“, insb Betriebspensionszusagen als abfertigungsrelevante Entgelte, RdA 1999, 187.

teil wert ist, wenn er nicht jedenfalls gebührt, hat der einzelne AN für sich zu beurteilen. Die verlangte bestimmte Zeiteinheit, Äquivalenz oä ist mE schon gegeben, da in jeder Form der Betriebspensionszusage der Anwartschaftserwerb (sei es durch Beiträge an PK oder Versicherungen oder durch versicherungsmathematische Bewertung bei direkten Leistungszusagen) einem Zeitraum der Erbringung der Arbeitsleistung zuordenbar ist. Nur in Ausnahmefällen wird die Betriebspension im Nachhinein vereinbart, aber auch dabei wird idR der Zusammenhang mit der Arbeitsleistung während einer bestimmten Periode hergestellt.

Beim Anwartschaftserwerb mittels Beitragsleistung an eine PK ist mE zu differenzieren. Entsprechend der Vertragskonstruktion (Vertrag zugunsten Dritter) erfüllt der AG die Entgeltverpflichtung bereits mit der Beitragsleistung,⁴³¹ während der AN das „aufgeschobene“ Entgelt in bo Systemen entsprechend den pensionskassenvertraglichen Regelungen und dem Geschäftsplan der PK zu einem späteren Zeitpunkt von dieser erhält.⁴³² Der Rechtsanspruch des (ehemaligen) AN richtet sich ausschließlich gegen die PK.⁴³³

Der EuGH ordnet Betriebspensionen eindeutig dem Entgeltbegriff zu⁴³⁴, wobei es keinen Unterschied macht, ob der AG diese Leistungen selbst oder mittelbar erbringt (siehe dazu 1.4.1.3.2 oben). Das europäische Verständnis hat mit der Umsetzung der diversen Richtlinien in die nationale Gesetzgebung Eingang gefunden (zB GIBG – siehe 1.4.3 oben).

Interessant ist mE die Aussage des OGH, dass betriebliches Ruhegeld aber nur insoweit eine AG-Leistung mit Entgeltcharakter ist, als es durch AG-Beiträge finanziert wurde.⁴³⁵ Auf den ersten Blick völlig selbstverständlich. Wie sieht es aber mit einer Betriebspension aus, die durch Gehaltsumwandlung oder im Rahmen eines so genannten „Cafeteria-Systems“ angeboten wurde, bei der der AN selbst entscheidet, ob er an Stelle eines höheren Lohns bzw Gehalts eine Betriebspension wählt? Handelt es sich dabei nicht in Wahrheit um eine AN-finanzierte Betriebspension? Meine Antwort folgt im Ergebnis dem

⁴³¹ Vgl auch *Farny/Wöss*, Betriebspensionsgesetz Pensionskassengesetz (1992) [§3] [10].

⁴³² Ähnlich auch *Runggaldier*, Der Widerruf betrieblicher Sozialleistungen, in FS Schwarz (1991) 165; ebenso ähnlich auch OGH 27.4.2005, 3Ob251/04i (dabei geht es allerdings um die öffentliche Auftragsvergabe von PK-Dienstleistungen).

⁴³³ *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 293; vgl auch 1.1.4.

⁴³⁴ EuGH 17.5.1990, Rs C-262/88 (Barber); siehe 1.4.1.3.

⁴³⁵ OGH 16.12.1992, 9ObA602/92.

OGH. Anders als aus steuerrechtlicher oder sozialversicherungsrechtlicher Sicht kommt es nicht auf die Entscheidungs- bzw Verfügungsmöglichkeit des AN an, sondern darauf, wer die Betriebspension tatsächlich finanziert. Auch wenn der AN wählt, entscheidet er sich für eine Betriebspension, die der AG finanziert. Würde er sie nicht wählen, würde der AG einen anderen Entgeltbestandteil für ihn finanzieren (zB Barlohn). Es ist Entgelt, das der AG dem AN für seine Arbeitskraft leistet. Entscheidet der AN zwischen Lohn/Gehalt und Betriebspension, wird er das Ausmaß sowie die Rahmenbedingungen (Durchführungsweg, Insolvenzversicherung, Widerruflichkeit, Unverfallbarkeit, etc) näher betrachten und bewerten. Je nach dem Steuerungswillen des Unternehmens wird der AG die Betriebspensionsmodelle gestalten. Die Wahl und damit die Bewertung hat der AN eigenverantwortlich vorzunehmen. Damit möchte ich einerseits die Ablehnung einer Bevormundung zum Ausdruck bringen (Auffassungen, die im Fall der Wahl jedenfalls die sofortige Unverfallbarkeit und Unwiderruflichkeit verlangen), aber andererseits die umfassende Aufklärungspflicht des AG verlangen, damit dem AN diese Bewertung und Wahl in fairer Weise ermöglicht wird. Der AG muss letztlich entscheiden, ob er sich und seiner Belegschaft die Einräumung von Wahlmöglichkeiten zutraut. Gewisse Risiken (insbesondere der im Rahmen des Schadenersatzes erfolgende Vorwurf der mangelnden Information) sind mit dieser attraktiven Entgeltgestaltung verbunden.

AN-finanziert ist eine Betriebspension dann, wenn der AN sein(en) ausbezahlten Gehalt/Lohn für die betriebliche Altersvorsorge verwendet. Dass die AN-Beiträge nicht zur Auszahlung gelangen, sondern vom Nettogehalt/-lohn einbehalten werden, stellt nur einen anderen Zahlungsweg dar.

1.6.2. Der Rahmen des BPG für bedingte Beiträge

Betriebspensionssystemen sind Bedingungen grundsätzlich immanent. Einerseits gibt es vielfältige aufschiebende Bedingungen für den Beginn des Anwartschaftserwerbs (bei bo PKS: für den Beginn der Beitragsleistung), zB Dauer des Arbeitsverhältnisses, Ausmaß der Beschäftigung, unbefristetes Arbeitsverhältnis, Lebensalter, Zuerkennung mittels in der BV vorgesehenen Pensionsbriefes⁴³⁶ sonstige Kriterien für die Einbeziehung; Unverfall-

⁴³⁶ OGH 21.12.2000, 8ObA170/00h; Lt OGH handelt es sich dabei um einen rechtsgestaltenden Akt des AG, bei dem er den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz bzw das besondere Gleichbehandlungsgebot des § 18 einzuhalten hat.

barkeitsfrist). Andererseits sind aufschiebende Bedingungen für den Beginn der Erbringung der Pensionsleistungen festgelegt⁴³⁷. Darüber hinaus sind meistens auflösende Bedingungen für den Anwartschaftserwerb bzw die Leistungsauszahlung⁴³⁸ bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten vorgesehen. Es ist daher abzulehnen, wenn in der Praxis manchmal sehr pauschal von der Bedingungsfeindlichkeit des BPG gesprochen wird, denn alle genannten Bedingungen sind mit dem BPG vereinbar.⁴³⁹

Selbstverständlich dürfen mit der Festsetzung von Bedingungen gem § 19 keine Rechte der AN aus dem BPG abbedungen oder umgangen werden⁴⁴⁰ (zur Unabdingbarkeit siehe 1.1.5 oben). Das ist der Grund, weshalb beim Setzen von Bedingungen gleichzeitig die Einhaltung der Bestimmungen des BPG zu prüfen ist.

Vorauszuschicken ist, dass ein bo PKS grundsätzlich Pensionsleistungen ermöglichen muss. Entsprechend dem Willen des Gesetzgebers soll bereits aus den Basis-Beiträgen gem § 3 (1) Z2 2. TS idR ein den Abfindungsbetrag übersteigender Kapitalwert resultieren (siehe 1.2.1.2 oben). Das ist ex ante zu beurteilen. Allfällige Fehlentwicklungen führen zum Erfordernis der Adaption des PKS. Vereiteln zB Bedingungen dieses Ziel, gelten sie auf Grund von § 19 als nicht beigesetzt (siehe 1.1.5 oben). Darüber hinaus sind bei Festlegung von Bedingungen die relevanten Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote, insbesondere in Form der mittelbaren Diskriminierung einzuhalten (siehe 1.4 oben). Diese Anforderungen werden nachstehend nicht laufend wiederholt, sondern vorausgesetzt.

Unumstritten können aufschiebende Bedingungen für den Beginn des Anwartschaftserwerbes (Beitragszahlung) festgelegt werden. Das BPG macht keinerlei Aussagen dazu, ab wann der Anwartschaftserwerb zu beginnen hat. § 3 (1) Z2 gibt „bloß“ die Art der Festlegung der „Höhe der ... Beiträge“ vor und § 6 schränkt das Abgehen von einer begonnenen Beitragsleistung ein.

⁴³⁷ Vgl auch *Schrammel*, BPG (1992) [§ 19] [5.1]; *Stupar*, Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen (2001) 25.

⁴³⁸ Nur bei vom AG zu erbringenden Leistungen (direkte Leistungszusagen, Unterstützungskassen).

⁴³⁹ So auch *Csillag/Eberhartinger*, Bedingte Beitragsleistungen des Arbeitgebers an eine Pensionskasse?, *ecolex* 1991, 407.

⁴⁴⁰ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 19] [5.2]; *Csillag/Eberhartinger*, Bedingte Beitragsleistungen des Arbeitgebers an eine Pensionskasse?, *ecolex* 1991, 407.

Wie steht es um auflösende Bedingungen oder aufschiebende Bedingungen, die für jede einzelne Beitragsleistung festgelegt werden? Hier ist zwischen den einzelnen Beitragsarten zu differenzieren:

1.6.2.1. Basis-Beiträge gem § 3 (1) Z2 2. TS

1.6.2.1.1. Basis-Beiträge in Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen

Handelt es sich um Basis-Beiträge, die in fester Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen festgelegt sind, verbietet die „feste“ Relation ein anderes, bedingtes Schicksal der Beiträge festzulegen als jenes der laufenden Entgelte oder Entgeltbestandteile. Die feste Relation bringt mE einerseits die (außer in den Fällen des § 6) Unabänderlichkeit der Relation, andererseits aber auch die fixe Bindung an das Schicksal der laufenden Entgelte oder Entgeltbestandteile zum Ausdruck. Weder auflösende noch aufschiebende Bedingungen für jede einzelne Beitragsgewähr sind daher zulässig.

1.6.2.1.2. betragsmäßig festgelegte Basis-Beiträge

Bei betragsmäßig festgelegten Basis-Beiträgen sind grundsätzlich aufschiebenden Bedingungen für jeden Beitrag denkbar. *Gerlach* hält fest, dass das Gesetz das Entstehen der Beitragspflicht in Anknüpfung an eine Bedingung nicht ausschließt. Er folgert, dass es möglich sein muss, eine günstige wirtschaftliche Ertragslage zur Bedingung einer in der BV betragsmäßig bestimmten Beitragsleistung zu machen.⁴⁴¹

Nachstehend werden Überlegungen zu auflösenden Bedingungen angestellt. Aufschiebende Bedingungen für jeden einzelnen Beitrag, die gleichzusetzen sind mit unzulässigen auflösenden Bedingungen, sind ebenso unzulässig wie derartige aufschiebende Bedingungen (siehe daher nachstehend die Überlegungen zu auflösenden Bedingungen).

Hinsichtlich auflösender Bedingungen beim Anwartschaftserwerb durch Basis-Beiträge gibt § 6 deutliche Einschränkungen vor. Wie unter 1.3.1.2 oben bereits dargestellt, erlaubt die Formulierung des § 6 den Partnern der Grundlagenvereinbarung nur einen Grund für Beitragseinschränkungen in der Grundlagenvereinbarung vorzusehen (massive wirtschaftliche Schwierigkeiten). Dabei hat der AG (objektiv nachvollziehbar) zu beurteilen, wann

⁴⁴¹ *Gerlach*, Zur „Höhe der Beiträge“ gem § 3 Abs 1 Z 2 BPG, *ecolex* 1991, 187.

die primär seiner Sphäre zurechenbare Existenzgefährdung bzw die zwingenden wirtschaftlichen Gründe vorliegen. Unter diesen Umständen hat er dann insoweit ein Gestaltungsrecht, als er das „Ob“ und „Wieviel“ der Beitragseinschränkung einseitig (mE in Anlehnung an die Judikatur zum Widerruf von Betriebspensionen unter den Grundsätzen des billigen Ermessens, Verhältnismäßigkeit, Erforderlichkeit etc) festlegen kann. Das „Wann“ liegt auch klar im Einflussbereich des AG. Die Erwartbarkeit an die Zusage durch den AN darf gem § 6 also insoweit eingeschränkt werden.

Es ist zu analysieren, ob mit dieser einzigen Möglichkeit der Beitragseinschränkung der Gesetzgeber nicht über das Ziel hinausgeschossen hat, wenn er gem AB den AN „nur“ vor Widerruf einer gegebenen oder Reduktion einer erwarteten Zusage schützen wollte.

§ 6 ist jedenfalls ein Verbot für die Einräumung von Gestaltungsrechten des AG für Beitragseinschränkungen, ohne dass der AG massive wirtschaftliche Schwierigkeiten zu bewältigen hat. Der Schutz des § 6 für den AN besteht mE darin, dass Gestaltungsspielräume, einseitige Einflussnahmen auf eine gegebene Zusage und zu erwartende Pension für den AG möglichst vermieden werden soll. Auflösende Bedingungen, die dem AG keinen Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Beitragseinschränkung eröffnen („Wieviel“) und der Bedingungseintritt unabhängig vom Einflussbereich des AG erfolgt (das „Ob“ und „wann“ unabhängig vom Agieren des AG ist), kämen mE für die Zulässigkeit von auflösenden Bedingungen in Frage.

Dazu führt *Schrammel* aus, dass der Ministerialentwurf bei direkten Leistungszusagen ein ausdrückliches Verbot von Bedingungen in Abhängigkeit von der Beurteilung des Eintritts im Ermessen des AG vorgesehen hatte, aber gemäß den Erläuterungen zum Ministerialentwurf Bedingungen in Abhängigkeit von objektiven Kriterien für zulässig erachtet wurden. Dieses Verbot ist nicht Gesetz geworden. Er erachtet diese Aussagen dennoch für relevant.⁴⁴²

Ich kann mich auch diesen Ansätzen anschließen, weil ein Ermessen bei der Beurteilung des Bedingungseintritts oder sogar die Einflussnahme auf den Bedingungseintritt oder ein Gestaltungsspielraum des AG bei Bedingungseintritt die Erwartbarkeit einer Zusage von vorneherein verhindern würden. Weder das „Ob“, noch das „Wann“ und „Wieviel“ einer

⁴⁴² *Schrammel*, BPG (1992) [§ 19] [5.2].

Beitragseinschränkung wäre für den AN erkennbar. Dass der AN de facto keinerlei oder kaum Erwartungen an die Zusagen haben darf, entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers. Vom Gesetzgeber auf Grund der Unverfallbarkeitsregelungen anerkannt ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Eintritt des Leistungsfalles (auch bei Beendigung durch den AG). Beendet der AG das Arbeitsverhältnis, liegt keine unzulässige Einflussnahme iSd BPG vor.

Aus dieser Betrachtung ist nachvollziehbar, weshalb der Gesetzgeber die Vereinbarung von Beitragseinschränkungen so restriktiv formuliert. Wäre die Ungewissheit über „ob“ und „wann“ im bo PKS zulässig, weil es nur den künftigen Anwartschaftserwerb trifft und der AN entscheiden kann, ob er zu den geänderten Entgeltbedingungen sein Arbeitsverhältnis aufrecht lässt, bräuchte man § 6 überhaupt nicht und die Regelung wäre inhaltsleer. Dieses Ergebnis lassen die Regeln der Gesetzesinterpretation nicht zu.

Aus dieser Überlegung heraus geht die Einschränkung der auflösenden Bedingungen noch weiter. Andere auflösende Bedingungen, weitgehend unabhängig von der Einflussnahme durch den AG, die den AN auch nicht erraten lassen, „Ob“, „Wann“ und in welchem Ausmaß die Beitragseinschränkung erfolgt, führen zum selben Problem. Da Bedingungen aber gerade durch die Ungewissheit des „Ob“ und „Wann“ definiert sind, sind mE kaum auflösenden Bedingungen bei bereits begonnener Beitragsleistung iSd § 3 (2) Z2 2. TS denkbar.

Denkt man an eine Anknüpfung an die persönliche Leistungserbringung bzw den persönlichen Erfolg, ist bei der Beurteilung idR, manchmal auch bei den gegebenen Rahmenbedingungen auch der verpönte Einflussbereich des AG gegeben.

Es bleibt nur noch zu prüfen, ob auflösende Bedingungen, die in der alleinigen Sphäre des AN liegen, zulässig sind. Beispielsweise könnte die Anknüpfung der AG-Beiträge an AN-Beiträge angedacht werden. Diese Abhängigkeit ist für Basis-Beiträge grundsätzlich unzulässig, weil nach dem Willen des Gesetzgebers allein aus den Basis-Beiträgen eine Pensionsleistung erwartbar sein soll und dies bei mangelnder AN-Beitragsleistung nicht der Fall ist. Gem § 3 (4) kann der AN auch nicht auf Dauer zur Eigenbeitragsleistung verpflichtet

werden bzw wenn die Zusage nur unter dieser Bedingung erteilt wird und nur dann eine Pensionsleistung zu erwarten ist, eine Umgehung des § 3 (4) vorliegen würde.⁴⁴³

ME ist aber denkbar, dass Basis-Beiträge unabhängig von AN-Beiträgen zumindest in jenem Ausmaß geleistet werden, dass eine Pensionsleistung aus dem PKS grundsätzlich erwartbar ist und zusätzlich im Rahmen des § 3 (1) Z2 2. TS betragsmäßig festgelegte Beiträge in Abhängigkeit von AN-Beiträgen vereinbart werden.

Eine andere Ansicht vertritt offenbar *Schrammel*. Er meint, dass die auflösende Bedingung der Einstellung der AN-Beiträge nicht das Verbot der Beitragseinschränkung in verpönter Weise erweitert, weil es kein Einstellen bei geringeren wirtschaftlichen Schwierigkeiten darstellt. Der Normzweck von § 6 wird nicht verletzt. *Csillag/Eberhartinger* sind ebenfalls nach Prüfung einzelner Bestimmungen des BPG (und ArbVG) der Ansicht, dass durch Eigenbeiträge des AN bedingte AG-Beiträge in keinem Widerspruch zum BPG stehen.⁴⁴⁴

Das Problem, dass bei relativ baldigem Einstellen der Beitragsleistungen der AN keine Pensionsleistungen zu erwarten hat, wird nicht explizit angesprochen.⁴⁴⁵ Dieser Meinung folgend, darf der AN keine Pensionsleistung erwarten, wenn er die ihm bekannten und von ihm beeinflussbaren Bedingungen nicht erfüllt. Diese Ansicht halte ich auch für vertretbar, habe mich dieser aber nicht angeschlossen, weil im § 2 nur Verpflichtungen des AG angeführt sind, im § 3 (1) Z2 2. TS die Festlegung der vom AG verpflichtend zu leistenden Beiträge verlangt werden und mit den EB der Novelle 1996 die erwartbare Pensionsleistung nur aus Basis-Beiträgen noch verdeutlicht wurde.

Da die angeführte Literatur vor der Novelle 1996 entstanden ist, konnte auf die Möglichkeit der variablen Beitragsleistung noch nicht eingegangen werden.

Der OGH hat die grundsätzliche Zulässigkeit der Abhängigkeit von der Eigenbeitragsleistung der AN dennoch in Frage gestellt: „Bei Pensionskassenzusagen räumt § 3 Abs 4 BPG dem Arbeitnehmer unabdingbar (vgl § 19 BPG) das Recht ein, seine Beitragsleistung "je-

⁴⁴³ Vgl auch *Binder*, Rechtsprobleme des Dreiecksverhältnisses zwischen Unternehmer, Pensionsbegünstigtem und Pensionskasse, ZAS 1991, 106; *Farny/Wöss*, Betriebspensionsgesetz Pensionskassengesetz (1992) [§18] [7].

⁴⁴⁴ *Csillag/Eberhartinger*, Bedingte Beitragsleistungen des Arbeitgebers an eine Pensionskasse?, *ecolex* 1991, 407.

⁴⁴⁵ *Schrammel*, BPG (1992) [§ 19] [5.2].

derzeit" (also nicht nur aus eigenen wirtschaftlichen Schwierigkeiten im Sinne der Ausführungen des Berufungsgerichtes) einzustellen, hingegen sind die Gründe, aus denen der AG seine Beitragsleistung einstellen kann, eingeschränkt festgelegt (vgl § 6 BPG); es erscheint daher fraglich inwieweit ein mittelbarer Druck zur Arbeitnehmerbeitragsleistung zulässigerweise vorgesehen werden kann.⁴⁴⁶ Der OGH bringt damit seine Zweifel zum Ausdruck, legt sich aber nicht fest. Er führt sowohl Literatur dafür wie auch dagegen an und nimmt keine Stellung, weil das im vorliegenden Fall nicht erforderlich war.

Ergänzend ist für dieses durch AN-Beiträge bedingte Modell auszuführen, dass im allgemeinen Zivilrecht einseitig gestaltenden Rechtsgeschäften keine Potestativbedingungen (hier: Einflussbereich des AG) hinzugefügt werden dürfen, wenn die berechtigten Interessen des Partners die sofortige Klarstellung erfordern (Hier: Erwartung an die Zusage durch den AN), außer der Partner stimmt zu (hier: einvernehmliche Abänderung der Grundlagenvereinbarung) bzw der Eintritt der Bedingung hängt vom Willen des Partners (hier: Beitragsleistung des AN) ab.⁴⁴⁷ Ob das Motiv zu begrüßen, das Modell aus Sicht aller AN fair empfunden wird etc, ist nicht zu überprüfen, weil es das Gesetz nicht verlangt. Ich sehe keine Verletzung von zwingenden BPG-Bestimmungen, weil die Möglichkeiten des AN gem § 3 (4) nicht eingeschränkt werden und der BPG-Gesetzgeber mE nicht die geistige Entscheidungsfreiheit schützt, sondern den AN die Freiheit von Verpflichtung und Rechtfertigung gewähren möchte. Wie oben ausgeführt erachte ich auch § 6 nicht als verletzt, weil die auflösende Bedingung das „Ob“ und „Wann“ sowie das „Wieviel“ für den AN einschätzbar ist.

Auch § 18 verlangt „nur“ die dem bGG entsprechende Ermöglichung einer ausgewogenen, Willkür und sachfremde Differenzierung ausschließende Beteiligung am PKS. Die Förderung einer bestimmten betrieblichen Vorsorgeform im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis halte ich nicht für sachfremd.

Zu prüfen bleibt im Einzelfall, ob nicht mittelbare Diskriminierungsverbote verletzt werden (zB betragsmäßig relativ hohe bedingte Beiträge für junge oder geschlechtsspezifische Mitarbeitergruppen mit besonders geringem Nettoeinkommen - siehe 1.4.3 oben).

⁴⁴⁶ OGH 13.2.2003, 8ObA98/02y.

⁴⁴⁷ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) [197].

Ergebnis: Sobald die Leistung von betragsmäßig festgelegten Beiträgen begonnen hat sind auflösende Bedingungen, die das „Ob“, „Wann“ und „Wieviel“ der Beitragseinschränkung für den AN nicht erkennen lassen oder gar im Einflussbereich des AG (ausgenommen Beendigung der Arbeitsverhältnisse) stehen, nicht zulässig. Bedingungen, die die genannten Voraussetzungen erfüllen, werden idR eher als Befristungen zu qualifizieren sein (siehe 1.5.3 oben).

An dieser Stelle ist mE eine Klarstellung angebracht:

Im Zusammenhang mit laufenden Entgelten und Entgeltbestandteilen vertrete ich die Ansicht, dass es genügt, wenn der Entgeltbestandteil mit gewisser Regelmäßigkeit gebührt; eine Variabilität in der Höhe erachte ich für zulässig, sofern diese nur ausnahmsweise Null beträgt. Das bedeutet, dass der AN zwar das „Ob“ und „Wann“ einschätzen bzw erwarten kann, nicht aber das „Wieviel“ bzw darüber hinaus dass das „Wieviel“ im Einflussbereich des AG liegt.

Das widerspricht sich nicht mit den eben gemachten Ausführungen, weil das BPG und damit der § 6 nicht auf laufende Entgeltbestandteile anzuwenden ist. Dem Gesetzgeber ist mit § 6 die erwartbare Zusage wichtig, die hinsichtlich der Beiträge entweder „betragsmäßig“ das „Ob“, „Wann“ und „Wieviel“ einschätzbar machen muss oder in Bezug auf die „feste Relation“ zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen, nicht aber auf letztere selbst.

1.6.2.1.3. variable Beiträge gem § 3 (1) Z2 3. TS

Ein weites Feld für Bedingungen bietet die Beitragsgestaltung gem § 3 (1) Z2 3. TS. Die variablen Beiträge fallen nicht unter den Anwendungsbereich und Schutzzweck des § 6 (siehe 1.3.1.2 oben). Variable Beiträge sind typischerweise solche, die die Anforderungen an die Basisbeiträge (§ 3 (1) Z 2. TS und § 6) nicht erfüllen. Nachstehend einige Beispiele:

- Beiträge werden geleistet, solange eine Bilanzkennzahl einen außerordentlichen, bestimmten Betrag überschreitet oder eine PZ ohne Rechtsanspruch erfolgt;
- einzelne Beiträge werden nur unter bestimmten Bedingungen geleistet, sodass grundsätzlich keine Pensionsleistung erwartbar ist;
- betragsmäßige Beiträge, die auf Grund eines komplexen Modells ermittelt werden und für den AN nicht einfach nachvollziehbar sind (ein Beitragstopf in Höhe X

wird immer dann befüllt, wenn die Unternehmenskennzahl Y erfüllt wird. Die Verteilung der Töpfe erfolgt nach bestimmten Verfahren, auf die einzelnen Abteilungen und Personen - vgl 1.2.1.1.2 oben);

- Beiträge (nicht nur betragsmäßig ieS) in Abhängigkeit von der Eigenbeitragsleistung des AN;
- Beiträge in von Bedingungen abhängigen variabler Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen;
- Beiträge in fester Relation zu Entgeltbestandteilen, die nicht als laufend zu qualifizieren sind, weil sie gewissen Bedingungen unterliegen und nicht mit gewisser Regelmäßigkeit zu erwarten sind oder überhaupt ohne Rechtsanspruch gebühren;
- Etc.

Die Beschränkung der variablen Beiträge der Höhe nach mit den Basis-Beiträgen ist selbstverständlich zu beachten.

1.6.3. [Zusammenfassung](#)

Neben der Einhaltung allgemeiner arbeitsrechtlicher und betriebspensionsrechtlicher Vorschriften (insbesondere Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote) ist beim Setzen von Bedingungen darauf zu achten, dass aus dem bo PKS allein aus den Basis-Beiträgen gem § 3 (1) Z2 2. TS grundsätzlich Zusagen für Berechtigte resultieren, an die sie die Erwartung einer Pensionsleistung knüpfen dürfen (Übersteigen der Abfindungsgrenze). Darüber hinaus dürfen Bedingungen im Ergebnis nicht dazu führen, dass zwingende Vorschriften des BPG umgangen werden, widrigenfalls die Bedingungen unbeachtlich sind.

Aufschiebende Bedingungen für den Beginn des Anwartschaftserwerbes der Beitragsverpflichtung sind grundsätzlich zulässig.

Bei Basis-Beiträgen, die in fester Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen festgelegt sind, teilt der Beitrag das Schicksal der Beitragsbemessungsgrundlage und ist die Beifügung von weiteren Bedingungen nicht zulässig.

Bei betragsmäßig festgelegten Basis-Beiträgen können zusätzlich aufschiebende Bedingungen pro Beitragsleistung oder auflösende Bedingungen beigefügt werden, wenn daraus das „Ob“, „Wann“ und „Wieviel“ der Beitragsleistung für den AN er-

kennbar ist und damit der AN über eine Zusage verfügt, an die er gewisse Erwartungen haben darf. In der Regel wird es sich dabei aber eher um Befristungen handeln, weil gerade das ungewisse „Ob“ und „Wann“ die Bedingung ausmachen. Diese Einschränkungen ergeben sich im Wesentlichen aus dem Zweck des § 6.

Variable Beiträge gem § 3 (1) Z2 3. TS können an Bedingungen geknüpft sein. Die Einschränkungen für Bedingungen bei Basis-Beiträge müssen nicht eingehalten werden, doch dürfen die variablen Beiträge der Höhe nach die Basis-Beiträge nicht übersteigen (zum Vergleichszeitraum siehe 1.2.1.2 oben).

1.7. Auseinandersetzung mit der oft verlangten Planbarkeit der Beitragsleistung

Ausgehend von den einleitenden Worten im AB im Zusammenhang mit Leistungseinschränkungen (“... da der Arbeitnehmer im Vertrauen auf die in Aussicht gestellte Altersvorsorge häufig längerfristig Dispositionen trifft...“) wird von Autoren in der Literatur⁴⁴⁸ sowie auch von der FMA (siehe Erkenntnis des VwGH⁴⁴⁹) eine stetige Beitragszahlung verlangt, damit der AN seine Lebensplanung danach ausrichten kann.

Gleichzeitig beinhalten die einleitenden Worten im AB im Zusammenhang mit der Unverfallbarkeit den Wunsch nach mehr Mobilität der AN. Dieses Ziel des Gesetzgebers wird auch mit der neuen Abfertigungsregelung deutlich.

Darüber hinaus liegt der Trend – wie vom Gesetzgeber grundsätzlich beabsichtigt – in der bo Gestaltung der neuen Betriebspension, bei dem das Kapitalmarktrisiko vom AN getragen wird und für den AG dieses Betriebspensionsmodell gut kalkulierbar ist.

Diese Ziele sind mE kontroversiell: einerseits die Mobilität und die Tragung des Kapitalmarktrisikos durch den AN und andererseits soll die Beitragsgestaltung die Planbarkeit für langfristige Dispositionen der Mitarbeiter herstellen. Das ist nicht möglich.

Die Förderung der Mobilität hat in vielen Bereichen tatsächlich zu immer kürzeren Arbeitsverhältnissen geführt (auf Grund der Arbeitsbedingungen, Bestandsdauer der Unternehmen, etc). Die Entwicklung der Kapitalmärkte war gerade in den letzten Jahren zum Teil sehr turbulent; sie hat sich auch in der längerfristigen Prognose deutlich verändert, sodass kalkulatorische Annahmen mittelfristig adaptiert werden müssen oder auf Dauer an den Erwartungen vorbeigehen.

Daneben hat eine deutliche Entwicklung zur Flexibilisierung des laufenden Entgelts eingesetzt. Viele Arbeitnehmer beziehen mittlerweile zumindest teilweise Entgelt in Abhängigkeit von der eigenen Leistung ebenso wie von der wirtschaftlichen Entwicklung des AG und müssen damit im täglichen Leben zurecht kommen.

⁴⁴⁸ Farny/Wöss, Betriebspensionsgesetz Pensionskassengesetz (1992) [§3] [11].

⁴⁴⁹ VwGH 20.3.2006, 2005/17/0239.

Diesem Wandel hat auch das Verständnis der mittlerweile vor 17 Jahren formulierten Bestimmungen des BPG zu folgen. Die Arbeitswelt, Arbeits- und Entgeltbedingungen haben vor 17 Jahren anders ausgesehen als heute. Das ist sicher ein Grund, warum ich nun zum Teil andere Ansichten vertrete als Autoren in zeitlicher Nähe zur Entstehung des BPG. Selbstverständlich ist der Wille des Gesetzgebers bei den interpretationsbedürftigen Kompromissbestimmungen des BPG zu eruieren, was bei relativ jungen Gesetzen mittels historischer Interpretation am zuverlässigsten erscheint und auch in dieser Arbeit oft erfolgt ist. Aber ein Festhalten an der damaligen Vorstellung des Gesetzgebers von den Arbeitsbedingungen und die Veränderungen daher von der Betrachtungsweise auszuschließen ist bei der Gesetzesinterpretation im Zivilrecht nicht geboten. Diese Veränderung liegt mE bei der Planbarkeit vor und möchte ich deshalb dieser Forderung entgegenreten.

ME ist die mangelnde Planbarkeit ein Grund dafür, dass die Bedürfnisse nach klarer Information über die bestehenden Situationen größer werden, damit sich die AN entsprechend flexibel darauf einstellen können. Dazu dienen die immer umfassenderen Informationen an die Berechtigten, insbesondere in Form der jährlichen Kontonachricht, aus der die bereits erworbenen Anwartschaften ersichtlich sind.

1.8. Kurze und übersichtliche Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse dieser Arbeit für die nachfolgende Analyse

Die Betriebspension ist ein Entgeltbestandteil, für den sowohl bei der Gewährung wie auch bei der Gestaltung des Beitrags- und Leistungsrechtes Art 141 EG-Vertrag mit dem Prinzip des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit unmittelbar anwendbar ist. Darüber hinaus sind insbesondere die arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote (Geschlecht, Alter, ethnische Herkunft, sexuelle Orientierung, Religion oder Weltanschauung) zu beachten.

Das bGG des § 18 (2) erfordert die Einbeziehung sämtlicher AN oder AN-Gruppen; letztere sind nach Willkür und sachfremde Differenzierungen ausschließenden Gesichtspunkten zu bilden. Unterschiedliche Zusagen zwischen AN-Gruppen haben dem Prinzip der Ausgewogenheit zu entsprechen. Die Durch die Unterschiede gebildeten AN-Gruppen müssen auch willkürfremd und sachlich rechtfertigbar sein.

Die Beiträge sind jedenfalls so festzulegen, dass das bo PKS grundsätzlich Pensionsleistungen, allein finanziert aus Basis-Beiträgen des AG gem § 3 (1) gem Z2 2. TS erwarten lässt. Das sind Beiträge in fester Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen oder betragsmäßig festgelegte Beiträge. Letztere sind auch in Form von Einmalbeiträgen möglich. Variable Beiträge gem § 3 (1) Z2 3. TS, die die Voraussetzungen des 2. TS nicht erfüllen, sind maximal in Höhe der Basis-Beiträge möglich, wobei mE nicht nur der Zeitraum eines Kalenderjahres herangezogen werden kann.

Laufende Entgelte oder Entgeltbestandteile können Beitragsgrundlage sein und sind vom BPG-Gesetzgeber anerkannt. Daher unterliegt diese Beitragsgrundlage selbst nicht den besonderen Bestimmungen des BPG. Laufende Entgelte und Entgeltbestandteile müssen mit gewisser Regelmäßigkeit gebühren und können der Höhe nach variabel sein. Sie unterliegen auch nicht dem bGG.

Die wesentlichen Eckpunkte für die Möglichkeiten der Beitragsgestaltung für bo PKS sind in nachstehender Tabelle angeführt.

	Basis-Beiträge		Variable Beiträge
	in fester Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen festgelegt	betragsmäßig festgelegt	müssen in der Grundlagenvereinbarung konkretisiert werden
Beitragsfestlegung			
ob?	abhängig von laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen	muss für AN einschätzbar sein und darf nicht vom Einfluss des AG abhängen	muss für AN nicht einschätzbar sein und darf vom Einfluss des AG abhängen
wann?			
wieviel?		Betrag oder einfache Ableitung wie zB VPI, KV-Valorisierung	muss nur nachvollziehbar, eruierbar sein für AN (allenfalls auch mit fremder Unterstützung)

Beitragseinschränkungen gem § 6			
Einschränkung	der festen Relation	des Betrages	-
nur, wenn	in Grundlagenvereinbarung vereinbart und		-
	Beratung mit allfälligem BR und eventuell Sachverständigen erfolgt und		-
	Existenzgefährdung vorliegt (Widerruf) bzw zwingende wirtschaftliche Gründe gegeben sind (Aussetzen/Einschränken)		-
AG entscheidet	(objektiv nachvollziehbar) ob die Voraussetzungen vorliegen		-
	(nach billigem Ermessen) ob und in welchem Ausmaß er die Beitragseinschränkung vornimmt		-
Besonderes Gleichbehandlungsgebot § 18			
in Bezug auf	die feste Relation	den Betrag sowie allfällige Bedingungen	den Beitrag (Betrag, Herleitung des Betrages, Relation bei Abhängigkeiten von laufenden Entgeltbestandteilen) sowie allfällige Bedingungen

	Befristungen/Bedingungen der Beiträge		
Befristungen	zulässig		
Suspensiv- bedingungen für Beginn der Beitrags- leistung	zulässig		
Bedingungen für jede ein- zelne Bei- trags- leistung/ Resolutivbe- dingungen	nicht zulässig; die feste Relation verpflichtet den Beitrag zum gleichen Schicksal wie die laufen- den Entgelte oder Ent- geltbestandteile	zulässig, wenn „Ob“, „Wann“ und „Wieviel“ für AN einschätzbar und unab- hängig vom AG ist	zulässig

2. Analyse: Pensionskassenbeiträge in Abhängigkeit von Prämienzahlungen oder Gewinnbeteiligungen

2.1. Prämienzahlungen und Gewinnbeteiligungssysteme

PZ und Gewinnbeteiligungen haben wie der Entgeltbegriff keine Legaldefinition.⁴⁵⁰ In der Praxis sind PZ und Gewinnbeteiligungen sehr unterschiedlich ausgestaltet, weil sie für vielfältige herangezogen werden. Die Gemeinsamkeit besteht in der Qualifikation als Entgeltbestandteil. Wie *Kuras* ausführt, ist es zulässig, AN im Rahmen der Entgeltregelung am Erfolg der Tätigkeit und am Betriebserfolg zu beteiligen. Ebenso zulässig ist es, die Bestimmung des Entgelts an konkrete Tätigkeiten anzuknüpfen; unzulässig sind die Verknüpfungen dann, wenn Gestaltungsvarianten auf eine Umgehung von arbeitsrechtlichen Bestimmungen hinauslaufen.⁴⁵¹

In dieser Arbeit wird die PZ nur im Sinne eines leistungsbezogenen Entgelts verwendet. Die Leistungsbezogenheit ist gegeben, wenn sie von der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung abhängt und dessen Höhe sich im Gegensatz zum Zeitlohn nach der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung und nicht nach der verbrachten Arbeitszeit richtet (unmittelbarer Zusammenhang zwischen Ermittlung der Entgelthöhe und Leistung des AN).⁴⁵²

In dieser Analyse werden nur drei Arten von PZ betrachtet:

- PZ ohne Rechtsanspruch (PZoR)
Diese werden in der Regel im Nachhinein für außerordentliche Leistungen des AN vom AG gewährt. Diese Entgeltform beinhaltet das für den AN aleatorische Element zukünftiger Unternehmensstrategien sowie der Markt- und Geschäftslage⁴⁵³
- PZ mit Rechtsanspruch (PZmR)
Damit sind Ziel-/Bonusvereinbarungen gemeint, die mit dem einzelnen AN vereinbart werden und Vertragsbestandteil sind. Die Zielerreichung beurteilt der AG. *Ku-*

⁴⁵⁰ Hinsichtlich Gewinnbeteiligung: *Achitz/Krapf/Mayrhofer*, Leitfaden für Betriebsvereinbarungen (2001) 142.

⁴⁵¹ *Kuras*, Möglichkeiten und Grenzen einzelvertraglicher Gestaltungen im aufrechten Arbeitsverhältnis, ZAS 2003, 19.

⁴⁵² *Achitz/Krapf/Mayrhofer*, Leitfaden für Betriebsvereinbarungen (2001) 58.

⁴⁵³ *Kuras*, Möglichkeiten und Grenzen einzelvertraglicher Gestaltungen im aufrechten Arbeitsverhältnis, ZAS 2003, 19.

ras hält dazu fest, dass Gestaltungsbefugnisse des AG in diesen Vereinbarungen umso weniger bedenklich sind, je bestimmter die Parameter für Veränderungen geregelt sind und je deutlicher Vorbehalte aus sachlichen Erfordernissen herrühren, die sich an den gesetzlichen Risikoverteilungen orientieren.⁴⁵⁴ Kommt eine Einigung zwischen AG und AN nicht zu Stande, bedarf es gem § 100 ArbVG zur Rechtswirksamkeit der Fortsetzung der Zustimmung des BR.

- leistungsbezogene PZ mit System (PZS)

Für diese Prämien werden Entgeltfindungsmethoden (insbesondere Arbeits- (Persönlichkeits)-bewertungsverfahren) festgelegt. Im Vergleich zum vorigen Punkt sind darunter nur Prämien zu verstehen, die auf objektiv nachvollziehbaren Bewertungsverfahren beruhen.⁴⁵⁵ Sie bedürfen gem § 96 (1) Z4 ArbVG der Zustimmung des BR. Es geht dabei einerseits um den Schutz vor zu großem Arbeitsdruck durch überzogene Leistungsentgeltkriterien und andererseits um die Auswirkung der Entgeltfindungsverfahren auf die soziale Stellung der Arbeitnehmer, in dem Einfluss auf deren Entgelthöhe genommen wird.⁴⁵⁶ Entscheidend für die Mitbestimmungspflichtigkeit ist die Leistungsbezogenheit in einem objektiv nachvollziehbaren Bewertungsverfahren.⁴⁵⁷ Trotz objektivierter Nachvollziehbarkeit ist davon auszugehen, dass die Entgeltfindung auch bei derartigen Entgeltfindungsmethoden dennoch ein Ermessen des AG beinhaltet bzw dieser - jedenfalls auch im Bereich der Arbeitsbedingungen - Einfluss nehmen kann.

Gewinnbeteiligungen sind auch in den verschiedensten Formen denkbar und von unterschiedlichsten Kennzahlen abhängig, die in unterschiedlicher Weise die wirtschaftliche Situation des AG (bzw seines Konzerns) widerspiegeln (siehe Exkurs in 1.2.1.1.1 oben).⁴⁵⁸ Es geht darum, den Entgeltanspruch des AN mit dem wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens zu verknüpfen.⁴⁵⁹ In dieser Analyse werden nur GBS iSd § 97 Abs 1 Z16 ArbVG

⁴⁵⁴ Kuras, Möglichkeiten und Grenzen einzelvertraglicher Gestaltungen im aufrechten Arbeitsverhältnis, ZAS 2003, 19.

⁴⁵⁵ Posch in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht, Kap IV Rz 67.

⁴⁵⁶ Achitz/Krapf/Mayrhofer, Leitfaden für Betriebsvereinbarungen (2001) 56.

⁴⁵⁷ Vgl Achitz/Krapf/Mayrhofer, Leitfaden für Betriebsvereinbarungen (2001) 58.

⁴⁵⁸ Kolm in Resch, Leistungs- und erfolgsbezogene Entgeltfindung (2003) 16.

⁴⁵⁹ Achitz/Krapf/Mayrhofer, Leitfaden für Betriebsvereinbarungen (2001) 142.

(GBS) betrachtet. Es sind „...Regelungskomplexe, die Rechtsansprüche der Arbeitnehmer auf Beteiligung am Ertrag oder am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens, insbesondere deren Voraussetzungen und Berechnung vorsehen.“⁴⁶⁰ Der Begriff des Gewinns in diesem Zusammenhang wird vom OGH weit ausgelegt, doch muss bei den verwendeten Maßgrößen jedenfalls die Ausgabenseite Berücksichtigung finden.⁴⁶¹ In der Literatur gibt es auch andere Meinungen dazu; das ist aber nicht Thema dieser Analyse.

Nachfolgende Analyse erfolgt unter nachstehenden Prämissen:

- Einhaltung der allgemeinen arbeitsrechtlichen Vorschriften, insbesondere auch des Art 141 sowie der Einhaltung der Diskriminierungsverbote;
- Beurteilung aus arbeitsrechtlicher Sicht; steuer- und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen werden nur unter 2.5 unten am Rande erörtert;
- Gestaltung des bo PKS in einer Art und Weise, dass grundsätzlich Pensionsleistungen für den AN erwartbar sind;
- Erörterung ausschließlich anhand der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung.

2.2. [Betragsmäßig festgelegte Basis-Beiträge in Abhängigkeit von PZ oder GBS](#)

Werden Beiträge gem § 3 (1) Z2 2. TS betragsmäßig festgelegt, steht aber jeder einzelne Beitrag unter der Bedingung, dass PZ oder Zahlungen aus GBS geleistet werden, erfüllt das nicht die Voraussetzung, dass für den AN das „Wann“, „Ob“ und „Wieviel“ der Beiträge bzw der auflösenden Bedingung einschätzen kann. Die Gestaltung der Arbeitsbedingungen, die Zuerkennung einer PZ bzw die wirtschaftlichen Ergebnisse sind vom Einfluss des AG abhängig. Das steht in Widerspruch zu § 6 bzw bedeutet eine Umgehung dieser Bestimmung.

2.3. [Basis-Beiträge in fester Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen in Abhängigkeit von PZ oder GBS](#)

Basis-Beiträge gem § 3 (1) Z2 2. TS, die in fester Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen festgelegt sind, können ab Beginn des Anwartschaftserwerbes keinen

⁴⁶⁰ Posch in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht, Kap IV Rz 111 mit Verweis auf Strasser/Jabornegg, ArbVG³ § 97 Anm 73.

⁴⁶¹ OGH 23.12.1998, 9ObA290/98g.

zusätzlichen Bedingungen, wie zB Gewährung einer PZ oder Zahlung aus einem GBS unterworfen werden. Die Festlegung in „fester“ Relation bedeutet ua, dass der Beitrag immer dann geleistet wird, wenn laufende Entgelte oder Entgeltbestandteile gebühren.

PZ oder GBS können aber auf andere Art und Weise in der Basis-Beitragsgestaltung eine Rolle spielen, nämlich dann, wenn sie selbst als laufender Entgeltbestandteil zu qualifizieren sind. Wie unter 1.2.1.1.1 oben ausgeführt, kann die Höhe des laufenden Entgeltbestandes in dem Umfang variieren, wie es allgemeine arbeitsrechtliche Vorschriften zulassen. Um einen laufenden Entgeltbestandteil handelt es sich aber nur dann, wenn PZ bzw Zahlungen aus GBS mit gewisser Regelmäßigkeit zu erwarten sind. Stellt sich zu einem späteren Zeitpunkt heraus, dass die Beiträge nicht mit gewisser Regelmäßigkeit gebühren, bedarf es einer Anpassung der Grundlagenvereinbarung oder der PZ bzw des GBS, bei der sich der AG in einer eher schwachen Verhandlungsposition befindet.

Bei diesen Überlegungen fällt die Veränderung der Rahmenbedingungen in der Arbeitswelt auf. Typischerweise von AG-Seite gefordert, sehen sich immer mehr AN mit laufenden Entgeltbestandteilen konfrontiert, die der Höhe nach variabel sind. Verlangt man vom AN im täglichen Leben damit umgehen zu können, wird man das auch im Rahmen des Entgeltbestandes Betriebspension für ein bo PKS tun können.

Wird ein Beitrag in fester Relation PZ oder GBS festgelegt und sind diese als laufender Entgeltbestandteil zu qualifizieren, handelt es sich um einen Basis-Beitrag gem § 3 (1) Z2 2. TS.

Der laufende Entgeltbestandteil PZ oder GBS muss zumindest zu einem geringen Teil aufrecht bleiben und darf nicht völlig durch den PK-Beitrag ersetzt werden, also die PZ oder GBS dürfen nicht vollständig für eine derartige Beitragsleistung verwendet werden, weil ansonsten die für die feste Relation erforderliche Beitragsgrundlage nicht mehr vorhanden ist (hingegen kann bei betragsmäßig festgelegten Beiträgen die gesamte PZ oder Zahlung aus dem GBS als (variabler) Beitrag (gem § 3 (1) Z2 3. TS) verwendet werden – siehe 2.4 unten).

In diesem Fall bekommen nur AN, die eine PZ oder eine Zahlung aus dem GBS erhalten einen PK-Beitrag. Die Einbeziehung in die PK hängt von der Einbeziehung in die PZ oder das GBS ab, weshalb die dortigen Voraussetzungen für die Einräumung eines Anspruches

dem Grunde nach dem bGG entsprechen müssen. Die Unterscheidung zwischen AN, die eine PZ oder Zahlung aus dem GBS erhalten und jenen, die keine derartigen Zahlungen erhalten, muss Willkür und sachfremde Differenzierungen ausschließen. Werden in Abhängigkeit von der Höhe der PZ oder der Zahlungen aus dem GBS unterschiedliche feste Relationen für unterschiedliche AN festgelegt, müssen auch diese Differenzierungen Willkür und sachfremde Differenzierungen ausschließen und darüber hinaus die Unterscheidungen in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen. Das Ausmaß der Prämien-gewähr selbst bzw der Zahlungen aus dem GBS (die Höhe der laufenden Entgeltbestand-teiler) unterliegt nicht dem bGG.

2.3.1. Anforderungen an PZ auf Grund der individuellen Leistung des AN und Beurteilung durch den AG

Unter 1.2.1.1.1 oben wurde bereits erörtert, dass eine Beitragsgrundlage für einen derarti-gen Beitrag immer dann problematisch ist, wenn aller Voraussicht nach (auf Grund der getroffenen diesbezüglichen Regelungen und Gestaltung) der Entgeltbestandteil nicht mit einer gewissen Regelmäßigkeit gebühren wird. Es ist daher wichtig, dass eine Einräumung von Ansprüchen nach festgesetzten Regeln dem Grunde und der Höhe nach auf eine PZ oder Zahlung aus einem GBS erfolgt. Andernfalls ist die Qualifikation als laufender Ent-geltbestandteil sehr fraglich. PZoR erfüllen diese Anforderung mE nicht und kommen da-her für diese Beitragsgestaltung nicht in Frage.

Die beschriebenen Anforderungen gelten auch für die PZmR. Sind sie eingehalten, kann eine PZmR Beitragsgrundlage für Basis-Beiträge sein. Gleiches gilt für PZS. Dabei werden die Unterschiede zwischen AN in der Einräumung des Rechtsanspruches sowie das Aus-maß der bzw die Beurteilung für die Prämien-gewähr durch Regelungen transparent. Diese Form der PZ eignet sich sicher am besten für die Qualifikation als Beitragsgrundlage in einem bo PKS. Das bGG ist wie unter 2.3 oben beschrieben, einzuhalten.

2.3.2. Ergänzende Anforderungen an PZ auf Grund der Leistung von AN-Gruppen und Beurteilung durch den AG

Den bisherigen Ausführungen ist nur hinzuzufügen, dass es je nach Beitragsgestaltung bzw Differenzierung in der Prämienhöhe auf Grund der Leistungen von AN-Gruppen leichter sein kann, das bGG einzuhalten, weil zB AN-Gruppen bereits nach sachlichen und willkür-

fremden Kriterien bestehen. Im Normalfall wird es in diesem Bereich schon objektiv nachvollziehbare Regelungen geben, wie sich die PZ ermittelt bzw die Zielerreichung beurteilt wird.

ME stellt diese Art der PZ eine Mischform zwischen den typischen individuelleleistungsabhängigen PZ und Provisionen dar. Die Abhängigkeiten werden komplexer. Hinsichtlich der Sachlichkeits- und Ausgewogenheitsprüfung im Rahmen des bGG erachte ich die unterschiedliche Betriebspensionshöhe auf Grund der Arbeitsleistung von AN-Gruppen auch für vertretbar. Es bringt das oft mit Betriebspensionen im Zusammenhang stehende ausgleichende Kollektiv stärker zum Ausdruck. Das Kollektiv hat es in der Hand, Einfluss auf die Höhe der Betriebspension zu nehmen. Es erfolgt dabei eine Umverteilung bereits auch im Beitragsrecht.

2.3.3. Ergänzende Anforderungen an Gewinnbeteiligungssysteme

Bei GBS gibt es unterschiedliche Verteilungsschlüssel. Korrelieren für unterschiedliche AN unterschiedliche Relationen mit diesem Verteilungsschlüssel, hat die Sachlichkeits- und Ausgewogenheitsprüfung des bGG im Sinne des Vorsorgegedankens bereits bei Festlegung des Verteilungsschlüssels des GBS zu erfolgen.

2.3.4. PZ mit bzw ohne vorangehender (Ziel)Vereinbarung

Diese Unterscheidung bringt die unter 2 oben angeführte Differenzierung zwischen PZoR und PZmR zum Ausdruck. Wurde eine (Ziel)Vereinbarung getroffen besteht ein Rechtsanspruch auf eine PZ zumindest dem Grunde nach und je nach Zielerreichung ist auch die Höhe vorab festgelegt. Wurde keine (Ziel)Vereinbarung getroffen, hängt die Beurteilung, ob ein Rechtsanspruch vorliegt oder nicht sehr stark vom Verhalten des AG ab (vgl die Ausführungen zu 1.3.1.3 oben).

Wie unter 2.3.1 oben ausgeführt, ist es sehr zweifelhaft, ob PZ ohne vorangehender (Ziel)Vereinbarung einen laufenden Entgeltbestandteil darstellen können, wenn nicht einmal ein Anspruch dem Grunde nach gegeben ist.

2.3.5. PZ mit oder ohne Rechtsanspruch dem Grunde bzw der Höhe nach auf künftige PZ

Diese Unterscheidung bezieht sich auf den Umfang des Anspruches auf PZ. Wie schon in den vorigen Punkten erörtert, ist es mE für die Qualifikation als laufenden Entgeltbestandteil erforderlich, dass den AN auf die PZ ein Rechtsanspruch dem Grunde nach eingeräumt wird. Hinsichtlich der Höhe sollten auch bereits die Voraussetzungen für die Erfüllung festgelegt sein, wenn sie auch einen Beurteilungsspielraum für den AG beinhalten. Nur dann erachte ich die Erwartung eines Entgelts mit gewisser Regelmäßigkeit für berechtigt. Die Variabilität der Höhe nach schadet nicht, wenn die Voraussetzungen derart festgelegt sind, dass es nur ausnahmsweise zu PZ mit der Höhe Null kommen wird.

2.3.6. Beuteilung, wenn derartige PK-Beiträge zusätzlich zu anderen PK-Beiträgen vereinbart werden?

An der rechtlichen Beurteilung ändert sich nichts, wenn es auch andere PK-Beiträge gibt. Selbstverständlich sind zusätzlich variable Beiträge gem § 3 (1) Z 2 3. TS zulässig.

2.4. variable Beiträge gem § 3 (1) Z 2 3. TS

Die Festlegung von variablen Beiträgen bedingt durch PZ oder GBS sind zulässig. In diesem Fall kann die Ableitung der Beitragshöhe komplexer sein, als bei betragsmäßigen Basis-Beiträgen gem § 3 (1) Z 2 2. TS. Es können Relationen zu diversen Entgeltbestandteilen oder die PZ bzw GBS unmittelbar herangezogen werden. Dabei muss die Relation nicht „fest“ festgelegt werden, sondern kann die Höhe der Relation von PZ oder GBS abhängen oder durch sie bedingt sein.

Selbstverständlich muss es neben diesen variablen Beiträgen auch Basis-Beiträge gem § 3 (1) Z 2 2. TS geben, die aus dem bo PKS für sich grundsätzlich eine Pensionsleistung erwarten lassen. Die variablen Beiträge sind auch der Höhe nach beschränkt (siehe 1.2.1.2 oben).

Ist der variable Beitrag von den PZ oder vom GBS abhängig, ist zu beachten, dass eine Beteiligung am bo PKS entsprechend dem bGG (§ 18 (2)) ermöglicht wird. Die Gruppe von AN, der diese zusätzlichen Beiträge angeboten wird, darf nur nach Willkür und sachfremden Differenzierungen ausschließenden Kriterien festgelegt werden, dh auch die Gruppe von Personen, die die Möglichkeit auf die PZ bzw GBS hat, muss diese Kriterien erfüllen. Gibt es unterschiedliche Beiträge, handelt es sich um unterschiedliche AN-Gruppen, deren Abgrenzung auch dem Erfordernis der Sachlichkeit und Willkürfremdheit

entsprechen muss. Die unterschiedlichen Beiträge müssen darüber hinaus dem Ausgewogenheitsgebot iSd Vorsorge entsprechen. Werden variable Relationen zu laufenden Entgeltbestandteilen festgelegt, ist bei zwischen AN unterschiedlichen Relationen dahingehend das bGG zu beachten. Die Höhe der laufenden Entgeltbestandteile unterliegen jedoch nicht dem BPG, weshalb für die vom Gesetzgeber anerkannte Beitragsgrundlage „bloß“ der aaGG einzuhalten ist.

2.4.1. Anforderungen an PZ auf Grund der individuellen Leistung des AN und Beurteilung durch den AG

PZoR in Abhängigkeit von der individuellen Leistung des AN werden in der Praxis oft „freihändig“ und nach Gefühl und Erinnerung an einzelne Ereignisse vergeben. Sollen sie Bedingung für PK-Beiträge sein, müssen die Personen, die eine PZoR erhalten, eine AN-Gruppe bilden, die unter Ausschluss von Willkür und sachfremden Differenzierungen iSd Vorsorge zu Stande gekommen ist. Der AG muss sich also das „Ob,, der PZoR für den einzelnen AN überlegen und sachlich argumentieren können.

Bedingen PZ in unterschiedlicher Höhe unterschiedlich hohe PK-Beiträge ist das bGG differenzierter zu betrachten und auch die unterschiedliche Höhe der PZ müsste dem Ausgewogenheitsgebot entsprechen. Darüber hinaus wären die durch unterschiedlich hohe Zusagen gebildeten AN-Gruppen sachlich zu rechtfertigen und der Ausschluss von Willkür verlangt (siehe 2.3 oben).

Hinsichtlich der Sachlichkeits- und Ausgewogenheitsprüfung erachte ich die unterschiedliche Betriebspensionshöhe auf Grund unterschiedlicher individueller Arbeitsleistungen für vertretbar. Es handelt sich um eine die gesetzliche Pensionsvorsorge ergänzende Betriebspension, die abhängig von den erbrachten individuellen Arbeitsleistungen in unterschiedlicher Höhe ausgestaltet ist. Eine zu erwartende Pension aus Basis-Beiträgen gem § 3 (1) Z2 2. TS muss es jedenfalls für alle Berechtigten geben.

Die Anforderungen sind hoch, andere als sie der AG bei PZoR ohne Koppelung an ein bo PKS bedenkt, aber nicht unmöglich. Die Argumente müssen vorab überlegt und sollten entsprechend dokumentiert werden.

Gleiches gilt für PZmR. Dabei müssen die Gedanken an das bGG nicht nur bei der Gewährung der PZ, also der Beurteilung der Zielerreichung bzw Erfüllung sonstiger vereinbarter

Kriterien, sondern bereits auch bei Einräumung des Rechtsanspruches bedacht werden. Berücksichtigt man das, liegt man schon sehr nahe an der PZS, für die das Gleiche gilt.

An dieser Stelle sei unabhängig von bo PKS darauf hingewiesen, dass der AG bei PZoR oder auch RZmR mit Widerrufsrecht den aaGG einzuhalten hat. Gewährt der AG dem AN jeweils im Nachhinein PZ für das vergangene Jahr, darf der AG nicht einen AN aus Gründen, die ohne Möglichkeit einer Objektivierung allein in seinem Ermessen ("Zufriedenheit" der Geschäftsführung bzw. Genehmigung der Firmenleitung) liegen oder im Wege des Eintritts von Bedingungen, die er allein herbeiführen kann (Kündigung), davon ausschließen.⁴⁶²

2.4.2. Anforderungen an PZ auf Grund der Leistung von AN-Gruppen und Beurteilung durch den AG

Siehe dazu die Ausführungen zu 2.3.2 oben.

2.4.3. Ergänzende Anforderungen an GBS

Wie bei den anderen Formen der Bedingung der PK-Beiträge ist das bGG zu beachten: einerseits bei der Einbeziehung der AN in das GBS und andererseits bei unterschiedlich abgeleiteten Höhe der variablen Beiträge oder Verwendung der individuellen Zahlung aus dem GBS als variablen Beitrag auch hinsichtlich der unterschiedlichen Höhe Ableitungsfaktoren oder individuell unterschiedlichen Zahlungen des GBS und damit der variablen Beiträge (Gruppenbildung, Ausgewogenheit). Anders als bei Ausführungen zu den Basis-Beiträgen gem § 3 (1) Z2 2. TS, wo das GBS als laufender Entgeltbestandteil herangezogen wird (siehe 2.3.3 oben), unterliegt hier auch die Höhe der Zahlungen aus dem GBS dem bGG.

Wie bereits erwähnt, Beim GBS gibt es sehr unterschiedliche Verteilungsschlüssel, zB fixe Zahlungen für den Fall, dass Firmenergebnis (Gewinn in der Bilanz) positiv ist; Zahlungen in Abhängigkeit von Einkommenshöhe, Betriebszugehörigkeit, bestimmte AN-Gruppen, Lebensalter; die Höhe der Zahlungen (und nicht Anspruch) wird mit dem BR verhandelt, etc.⁴⁶³

⁴⁶² OGH 11.10.1995, 9ObA108/95; OLG Wien 19.5.1999, 7Ra129/99p.

⁴⁶³ Vgl Achitz/Krapf/Mayrhofer, Leitfaden für Betriebsvereinbarungen (2001) 142.

Die Sachlichkeits- bzw bei unterschiedlichen PK-Beiträgen die auch die Ausgewogenheitsprüfung hat auch hier im Sinne des Vorsorgegedankens zu erfolgen. Bei GBS, die als variable PK-Beiträge herangezogen werden, muss daher bereits der Verteilungsschlüssel des GBS auch entsprechend betriebspensionskonform sein (was bei den typischen dienstzeit- und entgeltabhängigen Modellen der Fall ist). Verhandeln BR und AG unterschiedliche Zahlungen für unterschiedliche AN-Gruppen, haben sie dabei das bGG zu beachten.

2.4.4. PZ mit oder ohne vorangehender (Ziel)Vereinbarung

Für die grundsätzliche Zulässigkeit von variablen Beiträgen, die unter der Bedingung von PZ stehen, macht es keinen Unterschied, ob die PZ mit oder ohne Rechtsanspruch gebührt bzw mit oder ohne (Ziel)Vereinbarung zur Auszahlung gelangt.

2.4.5. PZ mit oder ohne Rechtsanspruch dem Grunde bzw der Höhe nach auf künftige PZ

Wie schon unter 2.3.5 oben beschrieben, bezieht sich diese Unterscheidung auf den Umfang des Anspruches auf PZ. Für variable Beiträge macht es keinen Unterschied, ob ein Rechtsanspruch auf eine PZ oder auch künftige PZ besteht oder nicht.

2.4.6. Beurteilung, wenn derartige PK-Beiträge zusätzlich zu anderen PK-Beiträgen vereinbart werden?

An der rechtlichen Beurteilung ändert sich nichts dadurch, dass es auch andere PK-Beiträge gibt. Da variable Beiträge nur zusätzlich zu Basis-Beiträgen vereinbart werden können, bedarf es zusätzlich anderer PK-Beiträge, nämlich solcher gem § 3 (1) Z 2 2. TS. Sind auch noch andere PK-Beiträge im bo PKS vorgesehen, die als variable Beiträge iSd § 3 (1) Z 2 3. TS zu qualifizieren sind, sind sie beim maximal zulässigen Ausmaß entsprechend zu berücksichtigen.

Exkurs: AG-Beiträge bedingt durch AN-Beiträge

Wie unter 1.6.2.1 oben ausgeführt, sind mE AG-Beiträge bedingt durch AN-Beiträge grundsätzlich zulässig und auch den Beiträgen gem § 3 (1) Z 2 2. TS zuordenbar, wenn die dadurch bedingten AG-Beiträge betragsmäßig festgelegt sind und daneben unbedingte Basis-Beiträge gem § 3 (1) Z 2 2. TS in dem Umfang geleistet werden, dass allein daraus grundsätzlich eine Pensionsleistung zu erwarten ist.

Dadurch, dass es zusätzlich zu anderen Beiträgen derartige, durch die AN-Eigenbeitragsleistung bedingte PK-Beiträge iSv § 3 (1) Z2 2. TS gibt, ändert sich an der rechtlichen Qualifikation der übrigen PK-Beiträge nichts.

Werden die von der AN-Beitragsleistung abhängigen AG-Beiträge in Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen festgelegt, sind diese Beiträge nicht mehr dem 2. TS, sondern dem 3. TS zuzuordnen. Es handelt sich dann nämlich nicht mehr um eine „feste“ Relation, sondern um eine bedingte Relation, die von der Eigenbeitragsleistung des AN abhängig ist.

Ende Exkurs

2.5. Arbeitsrechtliche Einordnung der im Steuerrecht vorgesehenen Umwandlung von PZ („ohne arbeitsrechtlichen Anspruch gewährte Bezüge“) in PK-Beiträge des AG

Werden an Stelle von Lohn- bzw Gehaltserhöhungen oder –zahlungen andersartige, zum Teil aufgeschobene Leistungen angeboten wie zB Beiträge im Rahmen eines bo PKS, wird im wirtschafts- und steuerrechtlichen Sprachgebrauch der Begriff "deferred compensations" verwendet.⁴⁶⁴ Dabei ist es nicht nur möglich, PK-Beiträge zusätzlich zum vereinbarten Entgelt vorzusehen, sondern auch an Stelle des bereits fixierten Entgelts festzulegen (Gehaltsumwandlung). Wie *Schindler* richtig ausführt, ist im Fall der Gehaltsumwandlung für AN mit Einkommen unterhalb der ASVG-Höchstbeitragsgrundlage zu bedenken, "... daß ausgerechnet Betriebspensionen ... zu Pensionsverlusten (!)...“ in der gesetzlichen Altersversorgung sowie zu reduzierten Abfertigungsansprüchen führen können.⁴⁶⁵

Das Angebot an den AN, an Stelle der Barauszahlung Teile des Entgelts als AG-Beitrag in eine PK einbringen zu lassen, ist Ende der 90iger Jahre verstärkt vorgekommen. Eine Gehaltsreduktion zu Gunsten von Beiträgen im Rahmen eines bo PKS kann aus arbeitsrechtlicher Sicht grundsätzlich vereinbart werden, soweit keine zwingenden Normen dem entge-

⁴⁶⁴ *Doetsch/Emmett/Kaether*, Die „arbeitnehmerfinanzierte“ Betriebspension – Gestaltung, Vorteilhaftigkeit und Bilanzauswirkungen von Deferred Compensation, RdW 1997, 19.

⁴⁶⁵ *Schindler*, „Deferred compensations“, insb Betriebspensionszusagen als abfertigungsrelevante Entgelte, RdA 1999, 187; vgl auch *Stupar*, Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen (2001) 56.

genstehen (zB Mindestlöhne gem KV sind nicht umwandelbar). Der gewünschte Effekt wäre einerseits die Ersparnis der Lohnnebenkosten für den AG und die auch für AG-Beiträge übliche lohnsteuer- und sozialabgabenfreie Einbringung von Entgeltbestandteilen in die PK, in der das Vermögen steuerbefreit veranlagt wird und erst bei Auszahlung der Leistung eine Besteuerung erfolgt (EET-Prinzip⁴⁶⁶).⁴⁶⁷ Das brächte auch den Vorteil mit sich, dass der zur Besteuerung herangezogene Prozentsatz in der Pensionsphase geringer ist als in der Aktivphase. Darüber hinaus ist der AG bei derartigen Modellen oft bereit, die Ersparnis von Lohnnebenkosten an die AN weiterzugeben, in dem er die AG-Beiträge um einen vergleichbaren pauschalen Satz erhöht.⁴⁶⁸

Das Steuerrecht hat dieser Idee sehr bald klare Grenzen gesetzt. Zunächst wurde mit Erlässen klargestellt, dass Beiträge, die anstelle des bisher gezahlten Arbeitslohnes oder Lohn-erhöhungen, auf die jeweils ein Anspruch besteht, als AN-Beiträge zu qualifizieren sind und damit aus dem versteuerten Einkommen des AN an die PK zu leisten sind.

Oberleitner hat 2001 einen Versuch unternommen, - wider den Erlässen - die mangels Zufluss nicht steuerbare Umwandlung, zu argumentieren. Er hat dabei auch arbeitsrechtliche Aspekte angeführt: die mittelbare Diskriminierung von Mitarbeitern von Klein- und Mittelbetrieben, die in der überwiegenden Zahl keine außertarifliche Entlohnung erfahren und damit nicht in den Genuss eines PKS gelangen können.⁴⁶⁹ Bald danach (2002) wurde der wesentliche diesbezügliche Inhalt der Erlässe sowie Lohnsteuerrichtlinien in § 26 Z 7 lit a EStG aufgenommen und fixiert. Damit sind individuelle, steuerwirksame Umwandlungen klar ausgeschlossen. Eine steuerwirksame Umwandlung kann dann noch erfolgen, wenn eine lohngestaltende Vorschrift iSv § 68 (5) Z 1-6 EStG dies vorsieht⁴⁷⁰ oder in einem betragsmäßig sehr beschränkt (dzt EUR 300 pa) im Rahmen der Zukunftssicherung gem § 3 (1) Z 15 lit a) EStG.

⁴⁶⁶ EET-Prinzip: exempt-exempt-taxed: steuerliche Absetzbarkeit der Beiträge, Steuerfreiheit der Kapitalansammlung, volle Besteuerung in der Auszahlungsphase (Janda, ÖBA Heft 11/99, 22).

⁴⁶⁷ Vgl auch *Stupar*, Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen (2001) 56.

⁴⁶⁸ *Stupar*, Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen (2001) 57.

⁴⁶⁹ *Oberreiter*, Diskriminierung niedrig entlohnter Mitarbeiter durch Bezugsumwandlungsverbot des § 26 Z 7 lit. a EStG 1988?, SWK H 11/2001, 351.

⁴⁷⁰ § 25 (1) Z 1 lit a EStG.

Auch die Sozialversicherungsträger legen § 49 (3) Z18 lit b) ASVG dahingehend eng aus, als die Bemessungsgrundlage für Sozialversicherungsbeiträge der anspruchsbegründende und nicht der tatsächlich ausbezahlte Lohn bzw Gehalt heranzuziehen ist.⁴⁷¹ Das ermöglicht nicht einmal die Befreiung von Sozialversicherungsbeiträgen im Rahmen der steuerrechtlichen Zukunftssicherung, wenn diese auf Gehaltsumwandlung basiert. Im Übrigen ist die Befreiung der AG-Beiträge von Sozialversicherungsabgaben an die Steuerbefreiung von § 26 Z7 lit a EStG geknüpft (siehe 1.1.4.4 oben).

Dass AG-Beiträge bei Gehaltsumwandlung steuerrechtlich als AN-Beitrag qualifiziert werden, stört aus arbeitsrechtlicher Sicht zunächst nicht. Es sind mehrfach Beispiele bekannt, in denen die Begriffe aus dem Arbeitsrecht nicht zwingend Deckung finden mit jenen des Steuer oder Sozialversicherungsabgabenrechtes. Bei bo PKS sind arbeits- und steuerrechtliche Verknüpfungen so vielfältig, dass es in der Praxis nur mit einem unverhältnismäßig großem Aufwand und vielen offenen Fragen möglich wäre, eine unterschiedliche Begriffsverwendung abzuwickeln.

Ein bo PKS allein auf Grundlage einer Gehaltsumwandlung ist daher nicht denkbar, weil es gem § 3 (4) ohne AG-Beiträge grundsätzlich keine AN-Beiträge geben kann, was bei der Gehaltsumwandlung aber der Fall wäre.

Rz 760 der Lohnsteuerrichtlinien 2002 erwähnen ua explizit die Möglichkeit „Boni“ (PZ), auf die kein Rechtsanspruch besteht, als AG-Beitrag zu verwenden. Wird die PZ neu vereinbart, kann auch die Form der Leistung (Barauszahlung oder PK-Beitrag) neu vereinbart werden. Der AN kann bei jeder PZ nur dann über die Verwendung entscheiden, wenn kein laufender Anspruch dem Grunde nach gegeben ist bzw wenn ein laufender Anspruch dem Grunde nach eingeräumt wird, kann sich der AN nur einmalig bei Einräumung dieses Anspruches entscheiden.

Wie aber aus den Überlegungen in dieser Arbeit und der bisherigen Analyse ersichtlich ist, gibt es für die Verwendung von PZoR als PK-Beitrag und damit für eine immer wieder neue Entscheidung des AN hinsichtlich der Verwendung nur einen sehr eingeschränkten

⁴⁷¹ VwGH 3.10.2002, 97/08/0594: Für die Bemessung der Beiträge ist nicht das tatsächlich gezahlte Entgelt maßgebend, sondern jenes Entgelt, auf dessen Bezahlung ein Rechtsanspruch des AN besteht. Letzteres ist nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen. Gibt es keine Vereinbarung, ist der Ortsgebrauch heranzuziehen.

Anwendungsbereich: variable Beiträge gem § 3 (1) Z2 3. TS, die mit der Höhe der Basis-Beiträge gem § 3 (1) Z2 2. TS beschränkt sind. Weitere deutliche Schranken werden durch das bGG gesetzt.

Damit sind die Möglichkeiten des Steuerrechts nur scheinbar attraktiv, weil gerade PZ sehr oft über den Beitrag gem § 3 (1) Z2 2. TS hinausgehen und daher nur zu einem sehr geringen Teil als PK-Beitrag verwendet werden können. Darüber hinaus erfüllen PZoR selten die Anforderungen des bGG.

Die finanziell nicht unbeachtlichen steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen einer Gehaltsumwandlung führen dazu, dass bei der arbeitsrechtlichen Gestaltung eines bo PKS, insbesondere in Abhängigkeit von PZ oder GBS größte Vorsicht geboten ist. Besteht bereits ein arbeitsrechtlicher Anspruch auf die PZ oder die Zahlung aus dem GBS dem Grunde nach, können diese nicht als steuer- und sozialversicherungsabgabenbefreite AG-Beiträge herangezogen werden. Dazu gehört nicht nur die betragsmäßige Verwendung, sondern auch die Festlegung einer Relation zu den PZ oder GBS, wenn sie die Ansprüche auf die bisherige Leistungsform (meist Barauszahlung) verringern. Auch bei der Einräumung von Wahlrechten des AN zwischen einem AG-Beitrag für ein bo PKS und andere Leistungsformen (so genanntes „Cafeteria-System“), ist von zentraler Bedeutung, dass diese Wahl vor Entstehen von Ansprüchen dem Grunde nach erfolgt.

Damit wird deutlich, dass insbesondere bei der Gestaltung von bo PKS mit Beiträgen in Abhängigkeit von PZ oder PKS neben der schwierigen arbeitsrechtlichen Betrachtung in der Praxis die steuerliche und Sozialversicherungsabgaben-Komponente zu berücksichtigen ist, weil diese weitere Einschränkungen für ein finanziell attraktives Modell vorgeben.

In Bezug auf das bGG des § 18 (2) wird es als willkürfremd und sachfremde Differenzierungen ausschließend zu qualifizieren sein, wenn die am PKS beteiligte AN-Gruppe dadurch gebildet wird, dass sich AN im Rahmen von Wahlmöglichkeiten für PK-Beiträge entschieden haben. Das aber nur dann, wenn jene Gruppe, die diese Wahl hatte, auch nach

einem zulässigen Kriterium iSd § 18 (2) abgegrenzt wurde. Dabei ist insbesondere auf all-fällige mittelbare Differenzierungen zu achten.⁴⁷²

2.6. Zusammenfassung

Die Beurteilung von Beiträgen in Abhängigkeit von PZ und GBS erfolgte in drei Teilbereichen. Die Ergebnisse sind in nachstehenden Tabellen im Überblick dargestellt.

Bei der Kombination mehrerer Beitragsgestaltungen spielen Beiträge in Abhängigkeit von der Eigenbeitragsleistung des AN eine besondere Rolle. Sind die Beiträge betragsmäßig bestimmt, sind sie Beiträge gem § 3 (1) Z2 2. TS. Da grundsätzlich eine AG-finanzierte Pensionsleistung aus dem bo PKS erwartbar sein muss, sind weitere Beiträge gem § 3 (1) Z2 2. TS erforderlich, die dieses Erfordernis alleine erfüllen. Die durch die Eigenbeitragsleistung abhängigen Beiträge können auch variable Beiträge iSv § 3 (1) Z2 3. TS sein, vor allem dann, wenn sich die Ermittlung des Betrages aus einer Relation zu Entgeltbestandteilen ergibt.

In der Praxis ist neben der arbeitsrechtlichen Beurteilung auch die finanziell oft bedeutsame steuerrechtliche und sozialversicherungsabgabenrechtliche Behandlung der Beiträge näher zu betrachten. Gerade bei PZ und GBS gibt es im Arbeits- und Steuerrecht wechselseitige Einschränkungen, die auf den ersten Blick interessante Möglichkeiten begrenzen.

⁴⁷² Vgl dazu auch *Oberreiter*, der die mittelbare Diskriminierung von niedrig bzw tariflich entlohnnten Mitarbeitern thematisiert (*Oberreiter*, Diskriminierung niedrig entlohnter Mitarbeiter durch Bezugsumwandlungsverbot des § 26 Z 7 lit. a EStG 1988?, SWK H 11/2001, 351).

Prämienzahlungen ohne Rechtsanspruch abhängig von der individuellen Leistung		
	Beiträge gem § 3 (1) Z2 2. TS	
	betragsmäßig	in fester Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen
PZoR bedingt diese Beiträge	ist nicht zulässig, weil auflösende Bedingung im Einflussbereich des AG steht und für den AN das „Ob“, „Wann“ und „Wieviel“ nicht abschätzbar ist (Umgehung von § 6)	ist nicht zulässig, weil auflösenden Bedingungen keine feste Relation darstellen würden
PZoR wird dafür verwendet		ist nicht zulässig, weil ohne Rechtsanspruch dem Grunde und ohne Regelungen zur Höhe der laufende Entgeltbestandteil sehr zweifelhaft ist
	Beiträge gem § 3 (1) Z2 3. TS (variable Beiträge)	
PZoR bedingt diese Beiträge	ist zulässig; die Herleitung der Höhe des Beitrages kann komplexer sein; auch Relationen zu verschiedenen Entgeltbestandteilen können festgelegt werden; bei der Entscheidung, ob einem AN eine PZ gewährt wird, ist das bGG zu beachten; sind die Beiträge auch an die Höhe der PZ gekoppelt, ist auch bei der Entscheidung in welcher Höhe die PZ gewährt wird das bGG einzuhalten	
PZoR wird dafür verwendet	ist zulässig; bei der Entscheidung, ob und in welchem Ausmaß einem AN eine PZ gewährt wird, ist das bGG zu beachten	

Prämienzahlungen mit Rechtsanspruch / leistungsbezogene Prämien mit System / Gewinnbeteiligungssysteme		
	Beiträge gem § 3 (1) Z 2. TS	
	betragsmäßig	in fester Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen
PZmR/PZS/GBS bedingt diese Beiträge	ist nicht zulässig, weil auflösende Bedingung im Einflussbereich des AG steht und für den AN das „Ob“, „Wann“ und „Wieviel“ nicht abschätzbar ist (Umgehung von § 6)	wie PZoR
PZmR/PZS/GBS wird dafür verwendet		zulässig, wenn PZmR/PZS/GBS laufender Entgeltbestandteil ist (gebührt dem Grunde nach und mit gewisser Regelmäßigkeit zu erwarten). Bei der Entscheidung, wer eine Leistung erhält, ist das bGG einzuhalten wie auch bei unterschiedlichen Relationen, nicht aber bei der Höhe der Leistung selbst
	Beiträge gem § 3 (1) Z 3. TS (variable Beiträge)	
PZmR/PZS/GBS bedingt diese Beiträge	ist zulässig; die Herleitung der Höhe des Beitrages kann komplexer sein; auch Relationen zu verschiedenen Entgeltbestandteilen können festgelegt werden; bei der Entscheidung, wer einen Rechtsanspruch erhält, ist das bGG zu beachten; sind die Beiträge auch an die Höhe der PZ gekoppelt, ist auch bei der Festlegung der Höhe der PZ das bGG einzuhalten	
PZmR/PZS/GBS wird dafür verwendet	zulässig; Bei der Entscheidung, in welchem Ausmaß eine PZ gewährt wird, ist das bGG zu beachten.	

3. Wechselwirkungen zwischen Entgeltbestandteilen und den daraus abgeleiteten PK-Beiträgen

3.1. Folgen bei Reduktion oder Aussetzen des laufenden Entgeltes oder Entgeltbestandteile

Diese Frage hat nur Relevanz bei Basis-Beiträgen gem § 3 (1) Z2 2. TS, die in Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen festgelegt sind.

Dazu ist auf die Ausführungen unter 1.2.1.1.1 oben (Erörterung zu den laufenden Entgelten und Entgeltbestandteilen iSv § 3 (1) Z2 2. TS) und 1.3.1.2 oben (Verhältnis zu § 6) zu verweisen. Sind Entgeltbestandteile als laufend zu qualifizieren, gibt es außer eines verringerten Anwartschaftserwerbes keine Auswirkungen. So verhält es sich auch bei reduziertem Entgelt auf Grund von Änderungskündigungen oder Verschlechterungsvereinbarungen.

Ein Aussetzen des laufenden Entgelts oder Entgeltbestandteile sollte es nur dann geben, wenn auch die Arbeitsleistung, die dem Entgelt gegenüberstehende Hauptleistungspflicht (Karenz, Präsenz-/Zivildienst, etc), ausgesetzt wird. Sind laufende Entgeltbestandteile der Höhe nach variabel (zB GBS), darf es nur ausnahmsweise dazu kommen, dass die Höhe Null beträgt, weil andernfalls kein laufender Entgeltbestandteil vorliegt. Ist das dennoch der Fall, handelt es sich um eine unzulässige Beitragsgrundlage für Basis-Beiträge gem § 3 (1) Z2 2. TS. Die Grundlagenvereinbarung und der PKV erfordern zwingend eine Anpassung.

3.2. Können aus PZ oder GBS abgeleitete PK-Beiträge die dort zulässige Bedingtheit / Verbindlichkeit verändern?

Auch diese Frage stellt sich nur bei Basis-Beiträgen gem § 3 (1) Z2 2. TS, die in Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen festgelegt sind; und zwar dann, wenn die Basis-Beiträge, die für die zu erwartende Pensionsleistung notwendig sind, von PZ oder GBS abgeleitet werden.

Wie eben unter 3.1 oben erläutert, ist die Grundlagenvereinbarung und der PKV zwingend anzupassen, wenn sich herausstellt, dass es sich bei der Beitragsgrundlage nicht um laufende Entgeltbestandteile handelt, weil sie nicht mit der erwarteten Regelmäßigkeit gebüh-

ren. Es läge eine Verletzung der Mindestinhalte der Grundlagenvereinbarung gem § 3 vor, die den PKV potenziell mit Nichtigkeit bedroht.

Selbstverständlich verändert das Beitragsrecht von bo PKS nicht automatisch die PZ oder GBS, sondern die Grundlagenpartner müssen eine Korrektur vornehmen, die entweder eine andere oder adaptierte Beitragsgrundlage in der Grundlagenvereinbarung vorsieht oder sie nehmen eine Adaption der PZ oder GBS vor, sodass die Anforderungen des § 3 (1) Z2 2. TS erfüllt werden. Im Ergebnis hat dann ein mittelbarer Durchgriff des BPG auf diese Entgeltbestandteile stattgefunden.

3.3. [Inwieweit schlägt das bGG des § 18 \(2\) BPG auf die PZ oder GBS durch?](#)

Je nach Art der Beitragsgestaltung und Weise der Verknüpfung von PZ oder GBS mit bo PK-Beiträgen ist § 18 (2) auf unterschiedliche Eckpunkte des Modells zu beziehen. Die hier analysierten Fälle wurden unter 2.2 oben, 2.3 oben und 2.4 oben erörtert und in Punkt 2.6 oben zusammengefasst.

Unabhängig von der Art des Beitrages (Basis-Beitrag iSv § 3 (1) Z2 2. TS oder variabler Beitrag iSv § 3 (1) Z2 3. TS) erfolgt ein unmittelbarer Eingriff in die PZ bzw das GBS, wenn das bGG verletzt wurde und Angleichungsansprüche erfolgreich geltend gemacht werden. Auf Grund der oft gravierenden finanziellen Folgen für den AG ist dieses Risiko nicht zu unterschätzen und die Prüfung eines geplanten bo PKS auf die Einhaltung des bGG gründlich vorzunehmen und zu dokumentieren.

4. Ergebnis

Auslöser für diese Arbeit waren die in den letzten Jahren immer wiederkehrenden Fragen der Arbeitgeber und Betriebsräte bzw Arbeitnehmer, inwieweit im Rahmen eines beitragsorientierten Pensionskassenmodells Pensionskassenbeiträge in Abhängigkeit von Prämienzahlungen und Gewinnbeteiligungssystemen zulässigerweise vereinbar sind. Diese Nachfrage hat mit der Entwicklung der Entlohnungssysteme hin zu variablen Entgeltbestandteilen der Höhe und bzw oder dem Grunde nach zugenommen. Die arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen (insbesondere §§ 3, 6 und 18 BPG) scheinen auf den ersten Blick die Möglichkeiten klar zu beschreiben; bei Prüfung konkreter Fälle ist dann allerdings meist die Verwirrung und damit Unsicherheit groß; diese nimmt in der Regel noch weiter zu, wenn man die relevanten steuerlichen Regelungen zusätzlich in die nähere Betrachtung einbezieht.

Die Entscheidung zur Durchführung dieser Analyse ist zeitlich im Zusammenhang mit der Veröffentlichung des einzigen diesbezüglichen höchstgerichtlichen Erkenntnisses (VwGH 20.3.2006, 2005/17/0239) gefallen. Der VwGH vertritt dabei im Wesentlichen die Auffassung, dass ausschließliche Pensionskassenbeiträge in Relation zu Ausschüttungen aus Gewinnbeteiligungssystemen nicht den Anforderungen des BPG entsprechen. Der VwGH zeigt in seinen Ausführungen, dass seine Auffassung auf einer historischen Interpretation basiert, die mE an einer Gesetzesanwendung auf vorliegende Gegebenheiten vorbei geht. Zusätzlich wurden scheinbare Begründungen angeführt. Ich bin meinem Eindruck nachgegangen, habe die §§ 3 und 6 BPG näher analysiert und bin im Wesentlichen zu dem erwarteten und unten kurz zusammengefassten Ergebnis gelangt. Dabei habe ich auch den umfangreichen und für die Praxis sehr wichtigen Aspekt der Gleichbehandlung aufbereitet und in die Beurteilungen mit aufgenommen.

Diese Arbeit liefert eine rein arbeitsrechtlichen Beurteilung; auf andere (steuerrechtliche, aufsichtsrechtliche, etc) Aspekte wird an den jeweiligen Stellen nur kurz eingegangen. An dieser Stelle sei nur bemerkt, dass bei der zu diesem Thema einzigen höchstgerichtlichen Entscheidung nicht der OGH, sondern der VwGH im Rahmen eines aufsichtsrechtlichen Verfahrens eine arbeitsrechtliche Beurteilung vorgenommen hat.

Hinsichtlich der Möglichkeiten der Beitragsgestaltung in einem beitragsorientierten Pensionskassensystem sagt der Gesetzgeber in § 3 (2) Z2 BPG zunächst sehr klar, dass „die Höhe der vom Arbeitgeber zu entrichtenden Beiträge ... betragsmäßig oder in fester Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen festzulegen sind; zusätzlich können variable Beiträge bis zur Höhe der vom Arbeitgeber verpflichtend zu entrichtenden Beiträgen vorgesehen werden;“. Bei detaillierter Betrachtung komme ich zum Ergebnis, dass sich daraus im Wesentlichen nachstehende Varianten hinsichtlich der Höhe der Basisbeiträge (jedenfalls erforderliche Beiträge) ableiten lassen:

- betragsmäßig bestimmte Beiträge, dh laufende oder einmalige Beiträge, deren Betrag vom Berechtigten auf einfachem Wege eruierbar sein muss. Dabei gibt das Gesetz an dieser Stelle keine Hinweise zur Möglichkeit bzw Unmöglichkeit des Setzens von Bedingungen oder Befristungen.
- laufende Beiträge in fester Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen, dh laufende Beiträge, deren Höhe sich aus ausgesuchten laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen ergibt. Grundlage können ein laufendes Entgelt oder Teile davon sein. Der Gesetzgeber erlaubt hier die Anknüpfung an laufende Entgeltbestandteile, deren Entwicklung der Höhe nach nicht von vorne herein vorhersehbar ist. „Laufende“ bringt aber zum Ausdruck, dass die gewählten Entgeltbestandteile dem Grunde nach mit einer gewissen Regelmäßigkeit gebühren müssen. Zusätzliche Bedingungen für die Beitragsleistung erlaubt mE die Formulierung „in fester Relation“ nicht. Bedingungen für das Zustehen der Grundlage, des laufenden Entgeltbestandteiles, sind mE insoweit zulässig, als damit nicht die Eigenschaft als laufender Entgeltbestandteil (ein Gebühren mit gewisser Regelmäßigkeit) vernichtet wird. Anders als der VwGH, der Basisbeiträge in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers grundsätzlich verneint, komme ich zum Ergebnis, dass die Relation zu laufenden Entgeltbestandteilen bei einer festgelegten Relation von Ausschüttungen aus einem Prämienzahlungs- oder Gewinnbeteiligungssystem möglich sind, sofern das System Zahlungen als Gegenleistung für das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft der Arbeitnehmer vorsieht, die mit gewisser Regelmä-

ßigkeit gebühren (werden).⁴⁷³ Ist das System der Prämienzahlungen bzw Gewinnbeteiligung nicht dafür geeignet (weil zB gar kein System vorliegt bzw dieses so gestaltet ist, dass nur ausnahmsweise mit Zahlungen zu rechnen ist) bzw sollte sich zu einem späteren Zeitpunkt herausstellen, dass es nicht geeignet ist als laufender Entgeltbestandteil qualifiziert zu werden, gibt es Handlungsbedarf. Einerseits haben die Parteien die arbeitsrechtliche Grundlagenvereinbarung (Betriebsvereinbarung, Kollektivvertrag bzw Einzelvereinbarung) anzupassen und der Arbeitgeber dafür zu sorgen, dass eine Anpassung des Pensionskassenvertrages erfolgt.

Für alle Varianten gilt selbstverständlich, dass die gewählte Höhe für den überwiegenden Teil der Berechtigten bei Annahme des aufrechten Arbeitsverhältnisses bis zur Pensionierung eine Pensionsleistung erzielbar ist (dh die jeweilige Abfindungsgrenze von dzt. EUR 9.900 überschritten wird).

Der VwGH begründet seine Ansicht ua damit, dass die Abhängigkeit der Beitragsleistung von der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers nur in § 3 (2) Z2 3. TS BPG bzw im Rahmen des § 6 BPG Platz findet. Es ist natürlich nicht zu übersehen, dass der Gesetzgeber in seinen Erläuternden Bemerkungen gerade bei (der späteren) Einführung der zusätzlich möglichen Beiträge gemäß 3. TS in § 3 (2) Z2 BPG beispielsweise die Abhängigkeit der zusätzlichen Beiträge von der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers nennt. Doch sind damit eben solche gemeint (betragsmäßig oder in Relation zu Entgeltbestandteilen), die nicht als laufenden Entgeltbestandteil qualifiziert werden können, weil sie nicht mit gewisser Regelmäßigkeit gebühren. Hierher gehören typischerweise Prämienzahlungen und Gewinnbeteiligungen, die von vorne herein nicht vereinbart sind bzw derart gestaltet sind, dass sie nur einmalig gebühren bzw das System Voraussetzungen vorsieht, die nur unter ganz bestimmten Umständen zu erreichen sind, von deren Vorliegen nicht mit einer gewissen Regelmäßigkeit gerechnet werden kann.

Die Zusammenschau des VwGH mit § 6 BPG (einseitiges Einschränken/Aussetzen bzw Widerruf der laufenden Beitragsleistung durch den Arbeitgeber ua nur bei zwingenden wirtschaftlichen Gründen bzw bei Existenzgefährdung) erfolgt zu Recht, doch übersieht der VwGH mE, dass der Gesetzgeber in § 3 BPG die Anknüpfung an laufende Entgeltbe-

⁴⁷³ Ein Indiz dafür könnte sein, ob Arbeitnehmer bzw Arbeitgeber langfristig mit einer laufenden Ausschüttung rechnen.

standteilen erlaubt. Der BPG-Gesetzgeber gibt aber nicht (auch nicht in § 6) Vorgaben für den laufenden Entgeltbestandteil. Es gibt keine Bestimmung, die ein variieren der laufenden Entgeltbestandteile der Höhe nach – auch in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers – verbietet. Im Gegenteil: Die Praxis zeigt, dass vom Arbeitnehmer mehr und mehr der Umgang mit einer gewissen Variabilität seines laufenden Entgeltes, ua in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers verlangt bzw erwartet wird. Selbstverständlich darf die feste Relation einseitig nur dann reduziert bzw auf Null gesetzt bzw betragsmäßig festgelegte Beiträge nur dann eingeschränkt, ausgesetzt bzw widerrufen werden, wenn die Voraussetzungen des § 6 BPG vorliegen. Abgesehen davon, dass die „feste Relation“ bereits zusätzliche Bedingungen für die Beitragsleistung verbietet, schiebt § 6 BPG dem Setzen von Bedingungen bei betragsmäßigen Basisbeiträgen einen Riegel vor. Bedingungen, bei denen das Ob, Wann und Wieviel nicht absehbar ist, sind nur bei den zusätzlichen Beiträgen gem § 3 (2) Z2 3. TS BPG zulässig.

Zusammenfassend kann man daher sagen, dass Basisbeiträge nur ohne zusätzliche Bedingungen für die Beitragsleistung vereinbart werden können und zwar entweder betragsmäßig (auf kurzem Wege eruierbar) oder in fester Relation zu laufenden Entgeltsbestandteilen (die mit einer gewissen Regelmäßigkeit gebühren). Das BPG bezieht sich mit § 3 (2) Z2 2. TS und § 6 auf die Gestaltung der Beiträge (Festlegung des Betrages oder der festen Relation) und nicht auf die Prüfung, ob ein Entgeltbestandteil als laufend zu qualifizieren ist oder nicht; an das Vorliegen eines laufenden Entgeltbestandteiles knüpft der BPG-Gesetzgeber an bzw setzt diesen voraus. Es sind daher die Entwicklungen am Arbeitsmarkt hinsichtlich der Gestaltung der Lohnsysteme zu berücksichtigen und nicht nur solche Entgeltbestandteile als laufend zu qualifizieren, die typischerweise nur eine Anpassung nach oben erfahren (können). Zusätzliche Beiträge, die die Basisbeiträge der Höhe nach nicht übersteigen dürfen, können mit Bedingungen versehen werden sowie auch in Relation zu Entgeltbestandteilen, die nicht als laufend zu qualifizieren sind, festgelegt werden.

Eine Verletzung des § 3 BPG kann einen Verbesserungsauftrag der FMA gegenüber der PK zu Folge haben, die Ihrerseits die Partner der Grundlagenvereinbarung zur Anpassung bewegen muss. Kann diesem Auftrag binnen 6 Monaten nicht gefolgt werden, ist der PKV mE – anders als in den Erläuternden Bemerkungen zum § 15 PKG ausgeführt – mit Wir-

kung ex nunc nichtig. Eine ex tunc Wirkung ist aus den gleichen Gründen wie bei Dauerschuldverhältnissen abzulehnen. Unabhängig davon sind Beiträge, die dem BPG widersprechen, nicht als Betriebsausgaben absetzbar, nicht lohnsteuerbefreit und daher auch sozialversicherungspflichtig.

Bei der Gestaltung der Beiträge in beitragsorientierten Systemen dürfen die umfangreichen Regelungen der Gleichbehandlung iWV nicht außer Acht gelassen werden. Die Vorschriften und Judikatur sowohl auf europarechtlicher Ebene wie auch im nationalen verfassungsrechtlichen wie einfachgesetzlichen Bereich engen den Rahmen der Möglichkeiten deutlich ein.

Dabei ist zunächst der europarechtliche Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit zu erwähnen, der neben der Verankerung und unmittelbaren Anwendbarkeit des EG-Vertrages (Art 141) einige Richtlinien und national umsetzende gesetzliche Regelungen hervorgebracht hat (GIBG bzw B-GIBG hinsichtlich unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung in Bezug auf die Gleichbehandlung von Männern und Frauen, aber auch zur Vermeidung von Diskriminierungen auf Grund der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung). Der Beitrag in einem beitragsorientierten Pensionskassensystem ist nach der Rspr des EuGH als Entgelt im Sinne dieser Bestimmungen zu qualifizieren. Bei Verletzung der Bestimmungen des GIBG bzw B-GIBG gibt es Sonderregelungen wie Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung, besonderen Kündigungsschutz, Beweislastumkehr etc sowie zusätzliche, spezielle Institutionen wie die Gleichbehandlungskommission.).

Weiters ist selbstverständlich der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz sowie der von der Judikatur entwickelte allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Beitragsgestaltung (beitragsmäßige Festlegung oder Festlegung der festen Relation [zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen]) zu berücksichtigen.

Eine Besonderheit stellt das besondere Gleichbehandlungsgebot des § 18 (2) BPG dar. Es „muss den Arbeitnehmern oder Arbeitnehmergruppen des Betriebes eine ausgewogene, willkürliche und sachfremde Differenzierungen ausschließende Beteiligung am Pensions-

kassensystem ... ermöglicht werden.“ Über die Bedeutung dieses Satzes gibt es von Beginn an unterschiedliche Meinungen in der Literatur. Ein Erkenntnis des VfGH hat lediglich klargestellt, dass damit nicht zwingend die Einbeziehung sämtlicher Arbeitnehmer eines Betriebes gemeint ist. Ich komme zum Ergebnis, dass jede Unterscheidung in der Beitragsgestaltung (Festlegung des Basisbeitrages in Form des Betrages oder der festen Relation bzw des zusätzlichen Beitrages) zur Bildung von Arbeitnehmergruppen führt, die sachlich begründbar im Sinne des Zweckes der betrieblichen Vorsorge sein muss. Darüber hinaus darf die Unterscheidung Willkür nicht ermöglichen. Die Ausgewogenheit spielt bei der unterschiedlichen Ausgestaltung für die einbezogenen Gruppen eine zusätzliche Rolle. Dabei können nur Argumentarien für die unterschiedlichen Inhalte gemeint sein, weil eine Ausgewogenheit zu einem Inhalt mit Null nicht möglich ist oder doch alle Arbeitnehmer einbezogen werden müssten (sei es auch mit nur sehr geringen Beiträgen). Letzteres würde zum ungewollten Ergebnis führen, dass bereits planmäßig vielleicht für einen beachtlichen Teil der Berechtigten die Abfindungsgrenze nicht überschritten wird. Bei anderen vertretenen Auffassungen ist für mich nicht nachvollziehbar, welchen Sinn es haben sollte, dass für die Gruppenbildung bei Einbeziehung ein anderer Maßstab angewendet wird als bei der Gruppenbildung für unterschiedliche Beitragsfestlegungen.

Bei allen Differenzierungen und deren Begründungen handelt es sich gezwungenermaßen um Wertvorstellungen, die im Zeitverlauf Veränderungen unterliegen können. Die Verletzung des § 18 führt zu Angleichungsansprüchen „nach oben“ und damit zu einem nicht unerheblichen finanziellen Risiko für den AG.

Im Ergebnis gelange ich zur Auffassung, dass die Gestaltung von Pensionskassenbeiträgen in Abhängigkeit von Prämienzahlungen und Gewinnbeteiligungssystemen in beitragsorientierten Pensionskassensystemen denkbar ist, sowohl in Form von Basisbeiträgen (iSd § 3 (2) Z2 2. TS BPG) wie auch in Form von zusätzlichen Beiträgen (iSd § 3 (2) Z2 3. TS BPG).

Basisbeiträge in Abhängigkeit von Prämienzahlungen und Gewinnbeteiligungen können nur festgelegt werden, wenn Prämienzahlungs- oder Gewinnbeteiligungssysteme existieren und Ausschüttungen erwarten lassen, die mit gewisser Regelmäßigkeit erfolgen. Nur dann

sind mE diese Ausschüttungen als laufender Entgeltbestandteil zu qualifizieren und als Grundlage für einen Basisbeitrag geeignet. Die feste Relation zu diesen laufenden Entgeltbestandteilen darf einseitig vom Arbeitgeber nur unter den Voraussetzungen des § 6 BPG verändert werden. Die Einbeziehung von Arbeitnehmern sowie allfällige Unterscheidungen in der festen Relation müssen § 18 (2) BPG entsprechen.

Zusätzliche Beiträge in Abhängigkeit von Prämienzahlungen und Gewinnbeteiligungen, die mit der Höhe der Basisbeiträge beschränkt sind, können betragsmäßig oder sonst festgelegt werden (komplexere Herleitung des Betrages, Relationen von laufenden oder nicht laufenden Entgeltbestandteilen). Dabei ist kein System erforderlich, das Ausschüttungen mit einer gewissen Regelmäßigkeit erwarten lässt. Bei der Festlegung der Beiträge bzw der Prämienzahlungen oder Gewinnbeteiligungen, auf die sich der Beitrag bezieht, oder bei Anbringen von Bedingungen ist das besondere Gleichbehandlungsgebot des § 18 (2) BPG anzuwenden.

Interpretationsbedürftige Regelungen, wie die §§ 3, 6 und 18 BPG bieten immer mehrere Möglichkeiten der Beurteilung von konkreten Fällen. Ich gehe davon aus, dass das Gesetz auf aktuelle Gegebenheiten anzuwenden und unter diesen verstanden werden muss. Dazu gehören hier im Besonderen die jeweiligen Lohn- und Gehaltsstrukturen. Ideologische Wunschvorstellungen von ausschließlich der Höhe nach ansteigenden laufenden Entgeltbestandteilen sowie einer Planbarkeit und damit Vorhersehbarkeit von Pensionsleistungen bei rein beitragsorientierten Modellen nach dem österreichischem Modell führen meiner Meinung nach zur Ignoranz der Entwicklungen am Arbeits- und Kapitalmarkt und führen daher zu keinem zulässigen Interpretationsergebnis.

Bei allen vorliegenden Erkenntnissen im Rahmen dieser Arbeit ist zu bedenken, dass sich gerade die arbeitsrechtlichen Vorschriften primär an den Arbeitgeber richten und dieser bewusst zu entscheiden hat, inwieweit er dabei das Risiko einer anders lautenden Ansicht von Höchstgerichten auf sich nehmen kann und will. Der Möglichkeit, diese Entscheidungen bewusst zu treffen und die jeweiligen wesentlichen Risiken zu kennen ist diese Arbeit gewidmet.

Anhang 1: Abkürzungsverzeichnis

aaGG	allgemeiner arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz
AB	Ausschussbericht 1318 BlgNR 17.GP
AG	Arbeitgeber
AN	Arbeitnehmer
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AWB	Anwartschaftsberechtigter
bGG	besonderer Gleichbehandlungsgrundsatz
BPG	Betriebspensionsgesetz
bo PKS	beitragsorientiertes Pensionskassensystem
BV	Betriebsvereinbarung
EB	Erläuternde Bemerkungen
EStG	Einkommensteuergesetz
FMA	Finanzmarktaufsicht
GBS	Gewinnbeteiligungssystem
KV	Kollektivvertrag
LB	Leistungsberechtigter
PK	Pensionskasse
PKG	Pensionskassengesetz
PKV	Pensionskassenvertrag
PZ	Prämienzahlung
RV	Regierungsvorlage
TS	Teilsatz
VVM	Vereinbarung gemäß Vertragsmuster

Anhang 2: Literaturverzeichnis

Kommentare und Bücher

- Achitz/Krapf/Mayrhofer*, Leitfaden für Betriebsvereinbarungen, Verlag des ÖGB, Wien 2001
- Bednar*, Die Betriebspension², Linde Verlag, Wien 1997
- Eberhartinger*, Mehr Pension durch die Pensionskasse, Signum Verlag, Wien 1990
- Farny/Wöss*, Betriebspensionsgesetz Pensionskassengesetz, Verlag des ÖGB, Wien 1992
- Felbinger*, Betriebliche Altersvorsorge³, LexisNexis Verlag ARD Orac, Wien 2006
- Hipsch*, Betriebspension, Verlag Österreich, Wien 1996
- Kapl*, Leitfaden für die betriebliche Altersvorsorge², Ueberreuter, Wien 1990
- Kapl*, Das neue Recht der Betriebspension, Ueberreuter, Wien 1989
- Karl in Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote, Braumüller, Wien 2005
- Klec/Mum*, Betriebliche Altersvorsorge in Österreich, Verlag des ÖGB, Wien 2006
- Knell/Freudhofmeier/Weber*, Dienstverträge für Führungskräfte, Linde, Wien 2004
- Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I, Manz, Wien 2006
- Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II, Manz, Wien 2006
- Lindmayr*, Gleichbehandlungsrecht, LexisNexis Verlag ARD Orac, Wien 2003
- Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰, Verlag des ÖGB, Wien 2003
- Marhold in Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote, Braumüller, Wien 2005
- Mazal*, Der Angestelltendienstvertrag², Orac, Wien 1999
- Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, LexisNexis Verlag ARD Orac, Wien 2003 (Stand 07/2006)
- Mekis/Callipari/Sturzlbaum/Petrovic*, Betriebspensionsrecht, Verlag der Österr. Staatsdruckerei, Wien 1991
- Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Manz, Wien 2006
- Resch*, Leistungs- und erfolgsbezogene Entgeltfindung, Verlag des ÖGB, Wien 2003
- Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Manz, Wien 2003
- Runggaldier*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung, Wien 1987
- Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge², Manz, Wien 1997
- Schima in Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht I, LexisNexis Verlag ARD Orac, Wien 2005
- Schrammel*, BPG, Manz, Wien 1992
- Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung, Manz, Wien 1991
- Stupar*, Die Übertragung von Betriebspensionen auf Pensionskassen, Linde, Wien 2001
- Sturm in Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht I, LexisNexis Verlag ARD Orac, Wien 2005
- Walter-Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁸, Manz, Wien 1996
- Weber/Burmester*, Der Anstellungsvertrag des Managers³, Linde, Wien 2001

Aufsätze

- Arbeiterkammer*, Gleichbehandlungsgebot für Pensionskassenversorgungen, INFAS 1991 H4, 5
- Bednar/Massera/Moser*, Betriebliches Pensionsalter in der EU, RdW 1996, 120
- Binder*, Zur Sicherung und Erhaltung von Ansprüchen gegenüber der Pensionskasse, RdA 1991, 417
- Binder*, Rechtsprobleme des Dreiecksverhältnisses zwischen Unternehmer, Pensionsbegünstigtem und Pensionskasse, ZAS 1991, 106
- Csillag/Eberhartinger*, Bedingte Beitragsleistungen des Arbeitgebers an eine Pensionskasse?, ecolex 1991, 407
- Doetsch/Emmett/Kaether*, Die „arbeitnehmerfinanzierte Betriebspension – Gestaltung, Vorteilhaftigkeit und Bilanz Auswirkungen von Deferred Compensation, RdW 1997, 19
- Eberhartinger*, § 18 Betriebspensionsgesetz und der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, ecolex 1990, 700
- Eichenhofer*, Gleiches Pensionsalter für Mann und Frau nach EG-Recht?, ZAS 1991 H5, 145
- Eichinger*, Betriebspension – Widerrufsrecht – Gleichbehandlung, RdA 1997, 200
- Eichinger*, Zur Auslegung des § 18 BPG, RdA 1995, 346
- Eichinger*, Zum Gleichbehandlungsgebot gem § 18 BPG, ZAS 1991, 119
- Eichinger*, Gleichbehandlungsgebot bei Überleitung betrieblicher Pensionszusagen auf Pensionskassen, RdW 1991 H6, 179
- Gerlach*, Ausgewählte betriebsvereinbarungsrechtliche Probleme bei der Auslagerung von Direktzusagen, ZAS 2006, 11
- Gerlach*, Zur „Höhe der Beiträge“ gem § 3 Abs 1 Z 2 BPG, ecolex 1991, 187
- Gröhs*, Die rechtliche Neuorganisation der Pensionskassen, ecolex 1990, 375
- Gröhs*, Der Entwurf eines Pensionskassengesetzes, WBI 1989, 289
- Gröhs/Mazal*, Betriebspensionen: Neue arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen, ecolex 1990, 365
- Gruber*, Betriebspensionsrechtliche Auswirkungen von Karenz und Arbeitszeitreduktion, ZAS 1999 H4, 97
- Gruber*, Betriebspensionen ohne geschlechtsbezogene Diskriminierung, ecolex 1995, 740
- Gruber*, Betriebspensionen: EU-rechtliche Rückwirkungsbeschränkungen, ecolex 1995, 653
- Gruber*, Betriebspensionen und Gleichbehandlung - Neues vom EuGH, ecolex 1995, 273
- Holzer*, Das Betriebspensionsgesetz, ein Wendepunkt in der betrieblichen Altersversorgung in Österreich?, FS Schwarz 1991, 369
- Kirschbaum*, Neues zur Gleichbehandlung der Geschlechter bei Betriebspensionen, ZAS 1995 H2, 37
- Kirschbaum*, Betriebliche Versorgungssysteme und Gleichbehandlung, RdA 1994, 160
- Kirschbaum*, Zur Rückwirkung des Diskriminierungsverbotes bei Betriebspensionen, RdA 1994, 287
- Kirschbaum*, Betriebliche Versorgungssysteme und Gleichbehandlung, RdA 1994, 160
- Kirschbaum*, Zur Rückwirkung des Diskriminierungsverbotes bei Betriebspensionen, RdA 1994, 287
- Köck*, „Umwandlung von Arbeitsentgelt in Pensionskassenbeiträge“, ecolex 1992, 489
- Kuras*, Möglichkeiten und Grenzen einzelvertraglicher Gestaltungen im aufrechten Arbeitsverhältnis, ZAS 2003, 19
- Lang*, Moderne Vergütung mit System! – Indikatoren und Komponenten für eine wertorientierte Personal- und Unternehmensführung, ASoK 2003, 323

- Laurer*, Gleichheitssatz und Gleichbehandlung im Betriebspensionsrecht, FS Rill 1995, 487
- Löschnigg*, Die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte, RdA 6/2000, 467
- Mayer-Maly*, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, RdA 1980, 126
- Mazal*, Nachträgliche Veränderung der Rechnungszinssätze bei Pensionskassenzusagen, ecolex 2001, 652
- Mekis*, Kennt das Höchstgericht das Betriebspensionsgesetz nicht?, SWK 2002 H11, 457
- Oberleitner*, Diskriminierung niedrig entlohnter Mitarbeiter durch Bezugsumwandlungsverbot des § 26 Z 7 lit. a EStG 1988?, SWK 2001 H11, 451
- Petrovic*, Pensionskassen-Betriebsvereinbarung und Vertragsmuster, ZAS 1991, 90
- Runggaldier*, Der Widerruf betrieblicher Sozialleistungen, FS Schwarz 1991, 145
- Schindler*, Deferred compensations, RdA 1999, 187
- Schrammel*, Die Übertragung von Anwartschaften aus Direktzusagen auf eine Pensionskasse, ZAS 2006, 9
- Schrammel*, Gleichbehandlungsgebot bei Pensionskassenzusagen, ZAS 1996 H4, 127
- Schrammel*, Zum Anwendungsbereich des Betriebspensionsgesetzes, ZAS 1991, 73
- Schrank*, Gewinnbeteiligung und Abfertigung, RdW 1984, 374
- Schrank*, Zur Zulässigkeit von „Verslechterungsvereinbarungen“ bei aufrehtem Arbeitsverhältnis, RdW 1983, 12
- Schwarz*, Rechtswirkungen von Betriebsvereinbarungen im Pensionskassenrecht, RdA 2003, 204
- Schwarz*, Gedanken zur Betriebspension, ÖJZ 1990, 231
- Schwarz*, Verichtslehre und Wissenserklärung im Arbeitsrecht, RdA 1984, 1
- Strasser*, Zum Geltungsbereich und zur Rückwirkung des Betriebspensionsgesetzes, RdA 1990, 314
- Strasser*, Betriebspension und Beitragspflicht des Arbeitnehmers, FS Schwarz 1991, 425
- Thomasberger*, Neues Gleichbehandlungsgesetz, RdA 2004, 285
- Tomandl*, Nochmals: Betriebsvereinbarungen über Betriebspensionen, ZAS 1995, 46
- Tomandl*, Ungereimtheiten und Unzulänglichkeiten im neuen Betriebspensionsrecht H 3/4, ZAS 1991, 80
- Tomandl*, Einige Bemerkungen zum Entwurf des Betriebspensionsgesetzes, RdW 1989, 394
- Weinmeier*, Ein Pensionskassenbeitritt, RdA 1996, 248
- Weinmeier*, VfGH: Sachliche Differenzierung bei der Einbeziehung in ein Pensionskassensystem zulässig, RdW 1995 H6, 223
- Weinmeier*, EU und Betriebspensionen: zur Frage des Stichtages für die Beseitigung von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, RdW 1995 H8, 306
- Weinmeier*, EuGH zur geschlechtsspezifischen Berechnung von Betriebspensionen, ZAS 1994, 145
- Weinmeier*, EuGH zur geschlechtsspezifischen Berechnung von Betriebspensionen, ZAS 1994, 145
- Welser*, Widerrufsvorbehalt und Teilkündigungsvereinbarung bei entgeltwerten Leistungen des Arbeitgebers, RdA 1991, 1
- Widermann*, Das Gleichbehandlungsgebot gem. § 18 Abs. 2 BPG, SWK 1995 H7, 7
- Wöss*, VfGH: Aufhebung eines Bescheides des BMAS zum Gleichbehandlungsgebot bei Pensionskassenversorgungen, RdA 1995, 183
- Wöss*, Das Gleichbehandlungsgebot nach § 18 BPG, RdA 1991, 345

Anhang 3: Deutsche Zusammenfassung

In einem beitragsorientierten Pensionskassensystem sind die Beiträge entsprechend § 3 (1) Z2 2. und 3. TS BPG (Betriebspensionsgesetz) festzulegen. Die Zusammenschau sämtlicher pensionskassenrelevanten Bestimmungen ergibt, dass die Beiträge in einem beitragsorientierten Pensionskassensystem grundsätzlich zu einer laufenden Pensionsleistung führen sollten. Dabei ist die Beurteilung, inwieweit Beiträge der Höhe nach schwanken dürfen, auf Grund der interpretationsbedürftigen Bestimmungen umstritten.

Die hA und das einzige höchstgerichtliche Erkenntnis dazu gehen davon aus, dass eine ausschließliche Beitragsleistung in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Entwicklung des Arbeitgebers nicht zulässig ist. ME sind der Höhe nach schwankende Beitragszahlungen denkbar, wenn der Beitrag in fester Relation zu einer – allenfalls auch von wirtschaftlichen Ergebnissen abhängigen - Grundlage festgelegt wird, die als laufender Entgeltbestandteil zu qualifizieren ist, weil sie für die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft mit einer gewissen Regelmäßigkeit gebührt. Diese Beurteilung hat ex ante zu erfolgen. Stellt sich die Einschätzung im Verlauf als unrichtig heraus, haben die Vertragspartner eine Adaption der Grundlagenvereinbarung sowie des Pensionskassenvertrages herbeizuführen, widrigenfalls der Pensionskassenvertrag potenziell mit Nichtigkeit bedroht ist.

Darüber hinaus gibt es die Möglichkeit zusätzliche variable Beiträge, die die Anforderungen an die Basisbeiträge (Beiträge in Relation zu laufenden Entgelten oder Entgeltbestandteilen oder an die betragsmäßig fixierten Beiträge) nicht erfüllen, festzulegen. Die Grundlagenvereinbarung hat diese zu konkretisieren und die Begrenzung der Höhe nach zu beachten.

Einschränkungen der Basisbeiträge (Beiträge gem § 3 (1) Z2 2. TS BPG) haben die Regelungen des § 6 (1) bzw (6) BPG einzuhalten. Diese Bestimmungen verbieten Beitragseinschränkungen im Ermessen des Arbeitgebers, außer bei Existenzgefährdung bzw zwingender wirtschaftlicher Gründe. Ein Einschränken der Beitragsleistungen iSv § 6 BPG liegt bei Beiträgen in Relation zu laufenden Entgeltbestandteilen dann vor, wenn die Relation reduziert wird, nicht aber, wenn die Beitragsgrundlage (laufende Entgeltbestandteile) der Höhe nach sinkt. § 6 BPG verhindert daher nicht die Möglichkeit, laufende Entgeltbestandteile als Beitragsgrundlage heranzuziehen, die der Höhe nach schwanken.

Von großer Bedeutung für die Gestaltung von Pensionskassensystemen ist die Qualifikation von Betriebspensionen als Entgelt auf europarechtlicher Ebene. Art 141 EG-Vertrag (gleiches Entgelt für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit) ist nach ständiger Judikatur des EuGH unmittelbar anwendbar. Weiters haben viele EU-Richtlinien in die zwingenden Vorschriften des GIBG bzw B-GIBG Eingang gefunden, die Regelungen zur Vermeidung von unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierungen enthalten. Darüber hinaus bietet auch unsere Verfassung einige Differenzierungsverbote, die wie der Gleichheitssatz insbesondere bei der Gestaltung kollektiver Grundlagenvereinbarungen mittelbar von Bedeutung sind. Als eine der zentralsten Bestimmungen für Pensionskassensysteme ist die zwingende Bestimmung des § 18 (2) BPG zu qualifizieren. Diese Regelung gebietet es, unabhängig von der Art der Grundlagenvereinbarung, sowohl bei der Einbeziehung in ein Pensionskassensystem als auch bei der Ausgestaltung unterschiedlicher Zusagen innerhalb eines Pensionskassensystems, Unterscheidungen zur Bildung von Arbeitnehmergruppen nur unter Ausschluss von Willkür und sachfremden Differenzierungen vorzunehmen. Bei Ausgestaltung der Zusagen ist in einem zweiten Schritt die Ausgewogenheit der Zusagen zueinander zu prüfen. Bei Einbeziehung wie auch bei der Ausgestaltung bleibt Raum für sachliche Differenzierungen, die am Zweck des Pensionskassensystems, der unter dem Hauptzweck der Ergänzung der gesetzlichen Pensionssicherung subsumierbar sein muss, zu messen sind. Dabei handelt es sich gezwungenermaßen um Wertvorstellungen, die im Zeitverlauf Veränderungen unterliegen können und von dem es den Beurteiler zu überzeugen gilt. Die Verletzung des § 18 BPG führt zu Angleichungsansprüchen „nach oben“ und damit zu einem nicht unerheblichen finanziellen Risiko für den Arbeitgeber.

Bei allen Überlegungen zu beitragsorientierten Pensionskassensystemen in Abhängigkeit von Prämienzahlungen und Gewinnbeteiligungssystemen ist zu bedenken, dass die Einhaltung arbeitsrechtlicher Bestimmungen des BPG auf Grund der Verknüpfung mit dem Pensionskassengesetz auch von der Finanzmarktaufsicht und der Verknüpfung mit dem Einkommensteuergesetz 1988 sowie dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz von der Betriebsprüfung überwacht werden. Die Interpretation der relevanten Bestimmungen des BPG obliegt daher nicht nur den Arbeitsgerichten und in letzter Instanz dem OGH, sondern auch dem VwGH.

Anhang 4: Englische Zusammenfassung

Contributions of a defined benefit pension fund plan should be determined according to § 3 (1) Z2 2. und 3. TS BPG (“Betriebspensionsgesetz”, Company Pension Act). A synopsis of all regulations concerning pension fund systems implies that contributions of a defined benefit pension fund plan should be that high that they normally lead to an annuity. Hereby the question how far contributions may vary is answered controversial because of interpretation needed regulations.

It is prevailing opinion and statement of the only sentence of one of the highest courts that contributions only depending on economic development of the employer are not allowed. For my personal opinion varying contributions are thinkable, if contribution is fix-related to a basis which has to be qualified as an ongoing wage (because it is paid for putting the manpower at the employer’s disposal with some regularity), also if ongoing wage depends on economic results. Legal assessment has to be done ex ante. If time course turns out that estimation was inaccurate, contracting parties should adopt the base contract and the pension fund contract otherwise the pension fund contract is threatened with invalidity.

Furthermore it is possible to agree additional variable contributions which do not meet the requirements of base contributions (contributions fix-related to ongoing wage or parts of wage or contributions accorded to amount). The base contract should concrete these contributions considering the limit for maximum variable contributions.

Restrictions of base contributions (contributions according to § 3 (1) Z2 2. TS BPG) should comply to § 6 (1) respectively (6) BPG. These regulations outlaw restrictions at employer’s discretion except in case of danger to the employer’s existence respectively mandatory economic reasons. Restriction of contribution within the meaning of § 6 BPG is constituted by contributions fix-related to ongoing parts of wage only if the fix-relation is restricted but not if amount of contribution base (ongoing parts of wage) decreases. Therefore § 6 BPG does not prevent using ongoing parts of wage as contribution base, even if the amount of these parts of wage is varying.

For designing a pension fund system it is important to consider that company funded pension fund annuities are parts of (suspended) wage. Art 141 EC Treaty (equal pay for male and female workers for equal work or work of equal value) is directly applicable to con-

stant jurisprudence of ECJ. Also many EU-Directives have been taken to compulsory rules of GIBG (“Gleichbehandlungsgesetz”, Equal Treatment Act for civil employments) respectively B-GIBG (“Bundes-Gleichbehandlungsgesetz”, Equal Treatment Act for public employments), regulations to avoid direct and indirect discrimination. Furthermore our constitution contents some differentiation bans as „Gleichheitssatz“ (principle of equality) indirect applicable for collective base contracts. The compulsory rule of § 18 (2) BPG is one of the key regulations for designing pension fund systems. Regardless the kind of base contract it mandates for inclusion into a pension fund system as well as for designing different promises within a pension fund system differentiations only free from arbitrariness and without unjustified distinctions. In a second step the balance between different promises has to be proved. At inclusion and at designing different promises justified distinctions are allowed. These differentiations should be measured at the purpose of the pension fund system (main purpose is the provision for old-age additional to legal system of Social Security). When designing justified different promises the distinctions are always based on values which change typically overtime; the appraiser has to get convinced of these values. Contravening § 18 BPG leads to alignment requirements „to top“ and therefore to not negligible risks for the employer.

All reflections to defined contribution pension fund plans depending on bonus payments or profit sharing systems should consider that the compliance of BPG (which is part of labour law) is because of linking with PKG (“Pensionskassengesetz”, Pension Fund Act) also controlled by financial market supervision and because of the linking with EStG 1988 (“Einkommensteuergesetz 1988”, Income Tax Act 1988) and with ASVG (“Allgemeines Sozialversicherungsgesetz”, General Social Insurance Act) also controlled by Tax and Social Auditing. The interpretation of relevant regulations of BPG is therefore not only jurisdiction of labour courts and in the last instance of OGH (“Oberster Gerichtshof”, Supreme Court for civil rights) but also of VwGH (“Verwaltungsgerichtshof”, higher administrative court).

Anhang 5: Lebenslauf

Mag. Tatjana SCHREFL

Persönliche Angaben

Staatsangehörigkeit: Österreich
Geburtsdatum: 28.8.1973

Studium

Rechtswissenschaften (Diplomarbeit im Wirtschaftsrecht)
Doktoratsstudium (Dissertation im Arbeitsrecht)

Berufliche Tätigkeiten

ab Dez 2008:	kpmg Arbeits-, Sozial- und Lohnsteuerrecht
seit Sep 2005:	Lehrgang Sozialkapital Vorträge: Pensionskasse, Betriebliche Kollektivversicherung, Tools Betrieblichen Altersvorsorge, Praxistransfer
Sep 2004 – Nov 2008:	ÖPAG Pensionskassen AG Teamleiterin "Key Account Service" Beratung & Umsetzung komplexer Pensionskassenmodelle, vertriebliche Aktivitäten; interne Schulungen
Jän 2002 – Aug 2004:	Mercer Human Resource Consulting GmbH Gruppenleiterin "Zukunft Mercer" Beraterin betriebliche Personenvorsorge, Investment Consulting, Alle Formen der betrieblichen Altersvorsorge, Veranlagung, Abfertigung neu, öffentliche Auftragsvergabe, Recht, interne Schulungen
Mrz 2000 - Dez 2001:	GrECo International AG Beraterin „Employee Benefits“ Alle Formen der betrieblichen Altersvorsorge, öffentliche Auftragsvergabe, Recht, interne Schulungen
Mai 1997 – Feb 2000:	APK-Pensionskasse AG (und APK-Versicherung AG) Assistentin des Vorstandsvorsitzenden „Recht und Vertrieb“
Jul 1995 - Apr 1997:	Sachbearbeiterin in der Beitrags- und Leistungsverwaltung, Teilzeitangestellte, Pensionsauszahlung
Jun 1991 - Juli 1995:	Kleine Projekte und Tätigkeiten im Bereich des Vorstandssekretariates