

legungs- bzw Abrechnungsbegehren läuft letztlich auf die Berechnung des zu-
stehenden Anspruchs hinaus, allerdings nur dann, wenn dieses ausgehend von
den richtigen maßgeblichen Parametern gefordert wird. Der Arbeitnehmer ist
verpflichtet ein schlüssiges und vollstreckbares Klagebegehren zu formulieren,
das in verbindlicher Weise den Rahmen des Verfahrens absteckt.⁶⁰⁾

Leistet der Arbeitgeber die Beiträge verspätet, so hat er auch die dafür vor-
gesehenen Zinsen zusätzlich zu bezahlen.⁶¹⁾

Ein besonders sensibles Problem stellt die Verjährung von restlichen An-
sprüchen auf Leistung eines Beitrags an die Pensionskasse im Zusammenhang
mit der Übertragung von direkten Betriebspensionsansprüchen und der „Um-
rechnung“ auf den richtigen Beitrag, der an die Pensionskasse zu leisten ist, dar.
Wahrscheinlich wird hier eine differenzierte Zugewandene erforderlich sein.
Für die Geltendmachung von Ansprüchen aus einer diskriminierenden Gestal-
tung von Entgelt-(Pensions-, Beitrags-)systemen sieht § 12 Abs 2 iVm § 15 Abs 1
GIBG eine dreijährige Verjährungsfrist vor. Die Arbeitnehmer haben Anspruch
auf Herstellung des diskriminierungsfreien Zustands⁶²⁾. Werden bei der Übertra-
gung von Betriebspensionsansprüchen nicht nur die Tätigkeiten bis zum Übertra-
gungszeitpunkt, sondern auch die danach „angenommenen“ Dienstzeiten in
die Berechnung des Übergangserfordernisses einberechnet, so beginnt die Ver-
jährung nur für die aus der Vergangenheit resultierenden Ansprüche mit dem
Übertragungszeitpunkt, nicht aber für den Teil des Übertragungserfordernisses,
der auf spätere Perioden entfällt⁶³⁾.

VII. Resümee

Die Rechtsprechung in Betriebspensionsstreitigkeiten hat wesentliche Im-
pulse

- zu den Grenzen und Rahmenbedingungen für KollIV und BV und den Grundrechtsschutz
- zur Abgrenzung von Einzelvertrag und BV/KollIV – „Flucht aus dem kollektiven Arbeitsrecht?“
- zur konsequenten Abgrenzung der verschiedenen Betriebspensionsmodelle
- zur Auslegung von Verträgen zugunsten Dritter und
- zur Rechtsdurchsetzung – Rechnungslegung gebracht.

⁶⁰⁾ OGH 8 ObA 24/07y.

⁶¹⁾ OGH 9 ObA 193/05f, zuvo 2007/13 = DRdA 2007, 146.

⁶²⁾ OGH 8 ObA 24/07y unter Hinweis auf *Kletečka in Rebhahn*, GIBG § 12 Rz 3, 42, 58, § 15 Rz 13.

⁶³⁾ OGH 8 ObA 24/07y.

Georg Schima

Zusammenspiel zwischen gesetzlicher Pensionsversicherung und betrieblicher Altersvorsorge

Inhaltsübersicht

- I. Gesetzesvertretende und gesetzeseergänzende Pensionszusagen
 - A. Einführung
 - B. Gleichartigkeit von Betriebsvereinbarungen bei Aufnahme von Betrieben
 - C. Sonderkündigungsrecht des Veräußerers gemäß § 31 Abs 7 ArbVG
 - 1. Wesen des Sonderkündigungsrechts
 - 2. Sonderkündigungsrecht bei gesetzsesvertretenden Pensionsbetriebsvereinbarungen?
 - 3. Wechsel ins ASVG: Überweisungsbetrag (§ 311 ASVG) statt Pensionsabfindung (§ 5 Abs 2 AVRAG)
 - 4. ASVG-Pensionsäquivalent in der BA-CA als Prototyp einer gesetzsesvertretenden Zusage
 - D. Ablehnungsrecht des Erwerbers gemäß § 5 Abs 1 AVRAG
- II. Gesamtpensionszusagen
 - A. Gesamtpensionszusagen – eine aussterbende Gattung
 - B. Nichtanrechnung der gesetzlichen Pension und Fremdtätlichkeit bei Zusagen an Gesellschafter
 - C. Befreiung von der Gesamtpensionszusage?
- III. Ungleiches gesetzliches Pensionsalter und Betriebspension
 - A. Gemeinschaftsrechtliches Lohngleichheitsgebot und unterschiedliches Pensionsalter
 - B. Anwendungsprobleme, insbesondere bei beitragsorientierten Pensions(kassen)systemen

I. Gesetzesvertretende und gesetzeseergänzende Pensionszusagen

A. Einführung

§ 1 Abs 1 BPG bestimmt, dass das Gesetz die Sicherung von Leistungen und Anwartschaften aus Zusagen zur die gesetzliche Pensionsversicherung ergänzenden Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung (Leistungszusagen) regelt, die dem Arbeitgeber im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses gemacht werden.

Die österreichische Rechtswirklichkeit kennt indes auch Pensionszusagen, die eine gesetzliche Altersversorgung nicht ergänzen, sondern diese ersetzen, weil zB der betroffene Arbeitgeber vom Gesetz ausgenommen ist oder – präziser gesagt – weil umgekehrt die gesetzliche Ausnahme eben wegen der Existenz einer umfassenden Pensionsordnung besteht. Das war zB lange Zeit der Fall bei den österreichischen Bundesbahnen für jene Bediensteten, die der Bundesbahn-Pensionsordnung unterlagen,¹⁾ bis das Bundesbahn-Pensionsgesetz 2001²⁾ in Kraft trat.

Gemäß § 5 Abs 1 Z 3 lit a ASVG sind von der Vollversicherung nach § 4 ASVG ausgenommen: Dienstnehmer hinsichtlich einer Beschäftigung in einem öffentlich-rechtlichen oder unkündbaren privatrechtlichen Dienstverhältnis zum Bund, zu einem Bundesland, einem Bezirk oder einer Gemeinde sowie zu von diesen Körperschaften verwalteten Betrieben, Anstalten, Stiftungen oder Fonds, ferner die dauernd angestellten Dienstnehmer der gesetzlich anerkannten Religionsgesellschaften und die dauernd angestellten Dienstnehmer und Vorstandsmitglieder der Z-Länderbank Bank Austria Aktiengesellschaft, der Anteilsverwaltung Zentralsparkasse und der Salzburger Sparkasse sowie deren Rechtsnachfolger, sofern ihnen aus ihrem Dienstverhältnis die Anwartschaft auf Ruhe- und Versorgungsgenüsse, die den Leistungen der betreffenden Unfall- und Pensionsversicherung gleichwertig sind – im Falle des Vorbereitungsdienstes spätestens mit Ablauf dieses Dienstes – zusteht und sie im Erkrankungsfall Anspruch auf Weiterzahlung ihrer Dienstbezüge durch mindestens sechs Monate haben. Ebenfalls nicht der Vollversicherung unterliegen gemäß § 5 Abs 1 Z 4 ASVG zB die Angestellten „des Dorotheums“, soweit sie im pragmatischen Dienstverhältnis stehen oder der vom Vorstand des Dorotheums erlassenen und vom Kuratorium genehmigten Dienstordnung unterliegen.

Allen diesen Fällen ist gemeinsam, dass es sich um Dienstnehmer handelt, die auf „betrieblicher“ Ebene durch entsprechende Pensionsordnungen versorgt sind und nach Meinung des Gesetzgebers daher des Schutzes des ASVG nicht bedürfen.

¹⁾ Die Bundesbahn-Pensionsordnung (BGBl 1966/313) ist (war) – wie auch die anderen „Dienstordnungen“ der bis zur Ausgliederung mit 1. 1. 1993 als „Regieunternehmen“ des Bundes rechtlich unselbständigen Österreichischen Bundesbahnen gemäß der stRsp des VfGH (vgl. VfSlg 3140/57, 5994/69, 5290/66) und OGH (vgl. OGH 8. 10. 1968, ZAS 1970, 98 ff [Winkler]; OGH 27. 10. 1970, ZAS 1972, 62 ff [Martinek]; OGH 26. 11. 1974, EvBl 1975/200) – ungeachtet ihrer Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt und der Zustimmung des Hauptausschusses des Nationalrates nicht als Verordnung, sondern als Vertragsschablone zu betrachten (aM Mayer, ZAS 1972, 123 ff und Csklich, Anmerkungen zur geplanten ÖBB-Reform, FS Kastner [1992] 85 ff, 93 ff, 95, die diese Dienstordnungen als gesetzsergänzende Verordnungen qualifizierten).

²⁾ Bundesgesetz, mit dem das Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, das Gehaltsgesetz 1956, das Pensionsgesetz 1965, das Nebengebührenzulagengesetz, das Richterdienstgesetz, das Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz 1984, das Land- und forstwirtschaftliche Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz 1985, das Bundestheater-Pensionsgesetz, das Teilpensionsgesetz, das Verfassungsgerichtshofgesetz, das Bundesgesetz über dienstrechtliche Sonderregelungen für ausgeschiedenen Einrichtungen zur Dienstleistung zugewiesene Beamte, das Poststrukturgesetz und das Bundesbahngesetz 1992 geändert werden sowie das Bundesbahn-Pensionsgesetz geschaffen wird (Pensionsreformgesetz 2000), BGBl I 2000/95.

Ein besonders anschauliches Beispiel ist die Situation der definitiv gestellten Mitarbeiter der Bank Austria Creditanstalt AG³⁾, die – wie gesagt – gemäß § 5 Abs 1 Z 3 lit a ASVG von der Vollversicherung nach § 4 ASVG ausgenommen sind und für die eine spezielle „Betriebsvereinbarung über die Leistung eines Bank-Austria-ASVG-Pensionsäquivalents“ (im Folgenden „BV BA ASVG-PÄ“) gilt.

Der Begriff „betriebliche Pensionszusage“ oder „Betriebspension“ etc wird freilich nicht nur im BPG mit seiner Festlegung auf die gesetzliche Altersversorgung ergänzende Zusagen, sondern auch in diversen anderen (arbeitsrechtlichen) Gesetzen verwendet, und es stellt sich vor dem Hintergrund des § 1 Abs 1 BPG die Frage, ob diese prima vista eher programmatisch wirkende Vorschriften in der Weise auch in andere Gesetzesmaterien „ausstrahlt“, dass „gesetzvertretende Zusagen“, selbst wenn sie auf Vertrag und damit privatautonomem Handeln beruhen, eine differenzierte und von herkömmlichen betrieblichen Pensionszusagen abweichende Behandlung verlangen.

Richtigerweise lässt sich diese Frage nur einzelfallbezogen und am Sinn und Zweck der jeweiligen Gesetzesnorm orientiert beantworten, denn das BPG als einfaches Gesetz entfaltet ja keine Oberhoheit über andere einfachgesetzliche Vorschriften, die ebenfalls betriebspensionsrechtliche Themen regeln.

B. Gleichhartigkeit von Betriebsvereinbarungen bei Aufnahme von Betrieben

Nimmt ein bereits bisher bestehender Betrieb einen anderen Betrieb auf, und bleibt die Organisation des aufnehmenden Betriebs im Wesentlichen aufrecht, während jene des aufgenommenen Betriebs untergeht, gelten nach der Aufnahme nur die Betriebsvereinbarungen des aufnehmenden Betriebs für sämtliche (!) Mitarbeiter, also auch jene des aufgenommenen Betriebs (§ 31 Abs 7 ArbVG). Die Mitarbeiter des aufgenommenen Betriebs nehmen jedoch jene Betriebsvereinbarungen aus dem alten Betrieb mit, die Angelegenheiten regeln, die im aufnehmenden Betrieb nicht durch Betriebsvereinbarung geregelt sind. Bei der Frage, ob eine „Angelegenheit“ im aufnehmenden Betrieb ebenso wie im aufgenommenen Betrieb geregelt ist, sind einander gleichartige bzw. ähnliche Regelungen gegenüber zu stellen.⁴⁾ Die Betriebsvereinbarungen des aufnehmenden Betriebs ersetzen die Betriebsvereinbarungen des aufgenommenen Betriebs auch dann, wenn sie für die Arbeitnehmer ungünstiger sind; sie müssen nur „gleichartig“ sein. Nehmen nun die Arbeitnehmer des aufgenommenen Betriebs ihre „alte“ Betriebsvereinbarung mit, so bleibt die Geltung dieser Betriebsvereinbarung ausschließlich auf die übernommenen Arbeitsverhältnisse begrenzt.⁵⁾

³⁾ Das Gesetz spricht zwar von der Z-Länderbank Bank Austria AG (jener Gesellschaft, die aus der Verschmelzung der Zentralsparkasse und Kommerzialbank Aktiengesellschaft und der Österreichische Länderbank Aktiengesellschaft hervorgegangen war); „Rechtsnachfolger“ iSd zitierten Norm ist aber derzeit und nach diversen Umgründungsvorgängen (die ua den Erwerb der Creditanstalt AG umfassten) die Bank Austria Creditanstalt AG.

⁴⁾ Vgl für alle G. Schima, Umgründungen im Arbeitsrecht (2004) 136.

⁵⁾ Cerny in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schmeller, ArbVG II³ (2004) § 31 Erl 10. Posch in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (2007) Kap IV Rz 132.

Sofern im aufnehmenden Betrieb bereits eine Betriebsvereinbarung über betriebliche Pensionsleistungen in Geltung steht und für den aufgenommenen Betrieb eine die gesetzliche Pensionsversorgung ersetzende Betriebsvereinbarung »gleichartig« ist, weil es sich in beiden Fällen um betriebliche Pensionszusagen (Pensionsleistungen) gemäß § 97 Abs 1 Z 18 (allenfalls Z 18a) ArbVG handelt. Meines Erachtens wird man die Gleichartigkeit in solchen Fällen zu verneinen haben: die *BV BA ASVG-PÄ* – um das Paradebeispiel zu nehmen – regelt eine besondere, untrennbar mit der Ermächtigung des § 5 Abs 1 Z 3 lit a ASVG verbundene Pensionsleistung der BA-CA an ihre Mitarbeiter, nämlich ein vollwertiges »ASVG-Äquivalent«. Es handelt sich nicht um eine betriebliche, durch Pensions(kassen)betriebsvereinbarung geregelte Zuschusspension, die zur staatlichen Pensionsvorsorge (mit oder ohne Anrechnung) hinzutritt, sondern um die Übernahme einer umfassenden Vorsorge im Alter und nach Unfall bzw bei Berufserkrankung durch den Arbeitgeber. Diese Vorsorge ist auch untrennbar mit einem bestimmten Bestandschutz⁶⁾, der Haftung einer öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaft für die Ansprüche aus der *BV BA ASVG-PÄ* (Gemeindehaftung) sowie (aufgrund der ASVG-„Vollausnahme“) mit einer besonderen Krankenversicherung (KFA Wien) verbunden. Die *BV BA ASVG-PÄ* ist daher mehr als eine Regelung »betrieblicher Pensionsleistungen« und deshalb auch nicht mit einer »gewöhnlichen« Pensions(kassen)betriebsvereinbarung »gleichwertig«. Die *BV BA ASVG-PÄ* bliebe daher auch nach einer Umstrukturierung gemäß § 31 Abs 7 ArbVG (allenfalls neben einer im aufnehmenden Betrieb geltenden Pensionsbetriebsvereinbarung) aufrecht. Dasselbe hat für andere umfassende, gesetzestretende (mit einer Bereichsausnahme im ASVG korrespondierende) Pensionsordnungen zu gelten.

C. Sonderkündigungsrecht des Veräußerers gemäß § 31 Abs 7 ArbVG

1. Wesen des Sonderkündigungsrechts

Gemäß § 31 Abs 7 ArbVG kann der Betriebsinhaber des aufgenommenen Betriebs Betriebsvereinbarungen über (betriebliche) Pensionsleistungen unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist grundsätzlich kündigen (Sonderkündigungsrecht).⁷⁾ Die Ausübung des Sonderkündigungsrechts gemäß § 31 Abs 7 ArbVG löst zwar Nachwirkung aus; der Erwerber kann aber die nachwirkende Pensionszusage wie eine einzelvertragliche Zusage – bei Einzelrechtsnachfolge – gemäß § 5 Abs 1 AVRAG (siehe weiter unten) durch einen rechtzeitigen Vorbehalt mit der Konsequenz ablehnen, dass der Veräußerer die nach

⁶⁾ Die sog Definitivstellung; vor dem am 12. 10. 2004 erfolgten Wechsel der BA-CA vom Sparkassenverband in den Bankenverband und dem dadurch bewirkten Kollektivvertragswechsel (vgl dazu OGH 23. 11. 2005, 9 Oba 127/04y; ARD 5644/6/2005) gehörten dazu auch die Mitarbeiter im Vorbereitungsdienst und auf der »Warteliste«.

⁷⁾ 1078 BlgNR 18. GP = ARD 4465/35/03.

§ 5 Abs 2 AVRAG berechnete Pensionsabfindung an die betroffenen Arbeitnehmer zu leisten hat.⁸⁾

Nach hM⁹⁾ sind die im ArbVG geregelten Rechte und Befugnisse abschließend und (zweiseitig) zwingend geregelt und können daher durch Parteinotung weder aufgehoben noch beschränkt werden. Der Zweck des § 31 Abs 7 ArbVG ist die Erleichterung von Umstrukturierungen durch die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit, Pensionslasten abzubauen bzw diese (künftig) einzuschränken. Es spricht daher einiges dafür, die Bestimmung des § 31 Abs 7 ArbVG so auszulegen, dass diese Regelung auch die Kündigung von sonst gar nicht kündbaren Betriebsvereinbarungen ermöglichen will und daher – trotz eines in der Pensionsordnung enthaltenen Kündungsverzichts¹⁰⁾ anzuwenden wäre. Der Wortlaut des § 31 Abs 7 ArbVG unterscheidet nicht zwischen einer betrieblichen Pensionszusage, die – wie in der Praxis üblich – als betriebliche Zuschusspension konzipiert ist und einer die ASVG-Pension vollständig ersetzenden betrieblichen Pensionsordnung, wie sie zB die *BV BA ASVG-PÄ* vorsieht.

Aufgrund der bereits erwähnten (wesentlichen) Unterschiede zwischen den Leistungen gemäß der *BV BA ASVG-PÄ* bzw anderen »gesetzestretenden« Pensionsordnungen und einer (typischen) betrieblichen Zuschusspension ist jedoch zu prüfen, wie sich die grundsätzlich zwingende, generelle Bestimmung des § 31 Abs 7 ArbVG zu einem vertraglich vereinbarten, speziellen Kündigungsverzicht in der Pensionsordnung verhält.

2. Sonderkündigungsrecht bei gesetzestretenden Pensionsbetriebsvereinbarungen?

Die Ausübung des Sonderkündigungsrechts gemäß § 31 Abs 7 ArbVG hat grundsätzlich die Nachwirkung der gekündigten Pensionsbetriebsvereinbarung zur Folge.¹¹⁾ Da die Sonderkündigung sohin – zumindest zunächst (siehe weiter oben) – dieselbe Rechtsfolge nach sich zieht wie eine ordentliche Kündigung (auf die zB in § 26 *BV BA ASVG-PÄ* für die Dauer der Geltung der Ausnahmebestimmung in § 5 Abs 1 Z 3 lit a ASVG verzichtet wurde), liegt insofern eine Gleichbehandlung der ordentlichen Kündigung (auf die in der *BV* verzichtet wurde) mit dem Sonderkündigungsrecht gemäß § 31 Abs 7 ArbVG nahe.

Meines Erachtens ist auch unter Bedachtnahme auf den oben erwähnten Regelungszweck (Umstrukturierungen durch den Abbau von Pensionslasten zu erleichtern) davon auszugehen, dass der Geltungsbereich des § 31 Abs 7 ArbVG einschränkend auszulegen und teleologisch auf die typischen betrieblichen Zuschusspensionen zu reduzieren ist, die zu einer dem Mitarbeiter zustehenden

⁸⁾ G. Schima, Aufnahme von Betrieben oder Betriebsteilen und Sonderkündigungsrecht gemäß § 31 Abs 7 ArbVG bei Pensions-(kassen-)betriebsvereinbarungen, ZAS 2001, 65; Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht II⁵ (2004) 210 f.

⁹⁾ Grundlegend Jabornegg. Absolut zwingendes Arbeitsverfassungsrecht, FS Strasser (1983) 367 ff, dem der OGH dann sehr – und teilweise zu – weitgehend folgte.

¹⁰⁾ § 26 *BV BA ASVG-PÄ* enthält zB einen solchen.

¹¹⁾ Im Einzelnen sind aber insb die die Anwendung des § 5 AVRAG betreffenden Konsequenzen umstritten (vgl dazu G. Schima, Umgründungen im Arbeitsrecht [2004] 137 ff mwN).

staatlichen ASVG-Pension hinzutreten. Dem Gesetzgeber kann nicht unterstellt werden, er habe mit dem Sonderkündigungsrecht gemäß § 31 Abs 7 ArbVG in Kauf genommen, dass ein Dienstgeber, der freiwillig (!) von der besonderen Ermächtigung des § 5 Abs 1 Z 3 lit a ASVG Gebrauch macht und gegenüber seinen Mitarbeitern (auch) als Sozialversicherungsträger fungiert, sich durch entsprechende Umstrukturierungsmaßnahmen und die Ausübung des Sonderkündigungsrechts der übernommenen Verpflichtung zur Erbringung einer die ASVG-Pension ersetzenden Pensionsleistung einfach – noch dazu mit dem oben erwähnten Ablehnungsrecht des Erwerbers gemäß § 5 Abs 1 AVRAG – entledigen könnte. Die Inanspruchnahme der ASVG-Vollausnahme gemäß § 5 Abs 1 Z 3 lit a ASVG, die (auch) dem Dienstgeber aufgrund der Beitragsfreiheit Vorteile brachte, führt mE zu besonderen Anforderungen in puncto Bestandfestigkeit der Pensionszusage des Dienstgebers, die in einem in der Pensionsordnung verankerten Kündungsverzicht (wie zB § 26 der BV BA ASVG-PÄ) besonders zum Ausdruck kommt.

Darüber hinaus würde die Bejahung eines Sonderkündigungsrechts gemäß § 31 Abs 7 ArbVG trotz eines in der Pensionsordnung vereinbarten Kündungsverzichts zu besonderen Schwierigkeiten führen: so müsste mE wohl davon ausgegangen werden, dass der Zustand der Nachwirkung, in den die Ausübung des Sonderkündigungsrechts die Pensionsordnung versetzen würde, wenn sie eine Betriebsvereinbarung ist, entweder durch den Erwerber (entgegen den obigen Ausführungen zu § 31 Abs 7 ArbVG) nicht gemäß § 5 Abs 1 AVRAG abgelehnt werden dürfte, oder aber die Beendigung des Erwerbs künftiger Anwartschaften gemäß der Pensionsordnung (man denke zB an einen Mitarbeiter, der erst 40 Jahre alt ist) nicht ohne entsprechende Überführung der betroffenen Mitarbeiter in das ASVG möglich wäre.

Während die Beendigung des Erwerbs künftiger Pensionsanwartschaften bei einer Zuschusspension (nur) dazu führt, dass sich die Mitarbeiter darauf einstellen müssen, die zur ASVG-Pension hinzutretende, ihre Pensionseinkünfte verbessernde Zusatzleistung werde nicht mehr gewährt bzw nicht mehr weiter wachsen, würde die Einstellung des Erwerbs der Anwartschaften gemäß einer Pensionsordnung wie der BV BA ASVG-PÄ die gesamte Pensionsvorsorge der betroffenen Mitarbeiter gefährden, weil diese Mitarbeiter im Regelfall keine ASVG-Pension erhalten.

3. Wechsel ins ASVG: Überweisungsbetrag (§ 311 ASVG) statt Pensionsabfindung (§ 5 Abs 2 AVRAG)

Zusätzlich würde sich die – durchaus komplexe – Frage stellen, wie vorzugehen wäre, wenn die Mitarbeiter aufgrund der Aufkündigung der gesetzestretenden Pensionsordnung (zB der BV BA ASVG-PÄ) bei gleichzeitiger Ablehnung der Übernahme der Pensionsanwartschaften durch den Erwerber gemäß § 5 Abs 1 AVRAG in das ASVG zurückkehren müssten. Grundsätzlich ist beim Ausscheiden aus einem versicherungsfreien Dienstverhältnis gemäß § 311 ASVG (Überweisungsverfahren) vorzugehen.

Wie bereits erwähnt, hat bei Ausübung des Sonderkündigungsrechts gemäß § 31 Abs 7 ArbVG und Ablehnung der nachwirkenden Pensionszusage durch den

Erwerber der Veräußerer die nach § 5 Abs 2 AVRAG berechnete Pensionsabfindung an die betroffenen Arbeitnehmer zu leisten. Diese nach dem Teilwertverfahren ermittelte Abfindung ist idR wesentlich höher als die gemäß § 311 ASVG vorgesehenen Überweisungsbeträge.

Eine Pensionsabfindung gemäß § 5 Abs 2 AVRAG setzt das Vorliegen einer „betrieblichen Pensionszusage“ voraus. Daraus, dass § 5 Abs 2 AVRAG ganz deutlich an das BPG anknüpft, folgt, dass außerhalb von dessen Anwendungsbereich gelegene Zusagen die Rechtsfolgen des § 5 Abs 2 AVRAG nicht auslösen. Das gilt für die gesetzliche Pensionsversicherung nicht ergänzende, sondern – wie hier – ersetzende Pensionszusagen des Arbeitgebers. Bei solchen an die Stelle der gesetzlichen Pensionsvorsorge tretenden Arbeitgeberzusagen – wie dem BV BA ASVG-PÄ – löst der Wegfall regelmäßig (nur) die Verpflichtung des (bisherigen) Arbeitgebers zur Leistung eines Überweisungsbetrags gemäß § 311 ASVG aus, der funktional (wenn auch nicht betragsmäßig) der Pensionsabfindung nach § 5 Abs 2 AVRAG vergleichbar ist und diese daher verdrängt.¹²⁾

Auch diese Konsequenz spricht mE dafür, dass ein Sonderkündigungsrecht gemäß § 31 Abs 7 ArbVG bei gesetzestretenden Pensionsbetriebsvereinbarungen zu verneinen ist, auch wenn § 31 Abs 7 ArbVG – im Unterschied zu § 5 Abs 2 AVRAG – nicht von „betrieblichen Pensionszusagen“ spricht und daher grundsätzlich auch außerhalb des Anwendungsbereichs des BPG liegende Zusagen erfasst.

Rechtsprechung oder Lehrmeinungen zu den hier konkret aufgeworfenen Fragen (der Anwendbarkeit des § 31 Abs 7 ArbVG trotz Kündungsverzichts) gibt es – soweit ersichtlich – nicht. § 31 Abs 7 ArbVG käme bei einer Umstrukturierung der BA-CA wohl auch deswegen nicht zur Anwendung, weil gemäß § 26 BV BA ASVG-PÄ beide Vertragspartner auf die Aufkündigung der BV BA ASVG-PÄ „auf die Dauer der Geltung der Ausnahmebestimmung des ASVG für die Bank Austria ausdrücklich verzichtet“ haben und dieser Kündungsverzicht im vorliegenden, sehr speziellen Fall auch ein allfälliges Sonderkündigungsrecht gemäß § 31 Abs 7 ArbVG verdrängen würde.

4. ASVG-Pensionsäquivalent in der BA-CA als Prototyp einer gesetzestretenden Zusage

Das bedeutet, dass eine (ordentliche) Kündigung der „BV BA ASVG-PÄ“ mit dem Ergebnis, dass die vom persönlichen Anwendungsbereich umfassten Mitarbeiter der BA-CA in der Folge dem ASVG-Pensionsystem zu unterstellen wären, zumindest so lange nicht möglich ist, als entweder die Ausnahmeregelung des § 5 Abs 1 Z 3 lit a ASVG insgesamt für die BA-CA gilt oder eine der drei kumulativ erforderlichen Voraussetzungen für die Ausnahmeregelung, nämlich „dauernde Anstellung“ und/oder „Gleichwertigkeit des dienstrechtlichen Versorgungssystems iSd § 6 ASVG“¹³⁾ und/oder „Anspruch auf Weiterzahlung der Dienstbezüge im Erkrankungsfall“ für diese Mitarbeiter wegfällt.

¹²⁾ G. Schima, Umgründungen im Arbeitsrecht 78.

¹³⁾ Gemäß § 6 ASVG ist die in § 5 Abs 1 Z 3 lit a sublit aa ASVG als Voraussetzung für die Ausnahme vom Gesetz geforderte „Gleichwertigkeit“ der Anwartschaften und An-

Im Ergebnis würde der Wegfall der Voraussetzungen für die Ausnahme von der Vollversicherung jedoch nur bedeuten, dass die „BV BA ASVG-PÄ“ dann kündbar wäre, nicht jedoch den Wegfall der Betriebsvereinbarung per se auslösen. Denn als auflösende Bedingung, deren Eintritt nicht mit Nachwirkung verbunden wäre,¹⁴⁾ ist der Wegfall der gesetzlichen Ausnahme in der „BV BA ASVG-PÄ“ nicht konstruiert. Eine derartige Kündigung würde daher die Konsequenz der Nachwirkung gemäß § 32 Abs 3 ArbVG auslösen, sodass – bis zum Abschluss einer neuen Betriebsvereinbarung über pensionsrechtliche Ansprüche oder neuer Einzelvereinbarungen mit den betroffenen Mitarbeitern der BA-CA – die „BV BA ASVG-PÄ“ für die schon bisher vom Anwendungsbereich betroffenen Dienstnehmer (dispositiv) weitergelten würde.

D. Ablehnungsrecht des Erwerbers gemäß § 5 Abs 1 AVRAG

Der Erwerber kann die Übernahme einer einzelvertraglichen¹⁵⁾ Betriebspensionszusage ablehnen, wobei der einzelvertraglichen Pensionszusage richtiger, wenn auch nicht unbestrittener Ansicht zufolge eine nachwirkende Betriebsvereinbarung gleichzuhalten ist. Der Erwerber muss die Ablehnung aber rechtzeitig, dh bereits im Zuge der Übernahmeverhandlungen oder innerhalb einer ihm vom Mitarbeiter gesetzten Frist erklären.¹⁶⁾ Mit der Ablehnung endet der Erwerb neuer Anwartschaften; der Arbeitnehmer hat gegen den Veräußerer diesfalls Anspruch auf eine Pensionsabfindung gemäß § 5 Abs 2 AVRAG. Ist der Erwerber Gesamtrechtsnachfolger, besteht kein Ablehnungsrecht (§ 5 Abs 1 I. Satz AVRAG). Dieses besondere Ablehnungsrecht kann vom Erwerber aber dann nicht in Anspruch genommen werden, wenn die Pensionsordnung (wie dies bei der BV BA ASVG-PÄ der Fall ist) nicht gekündigt und somit nicht in das Stadium der Nachwirkung versetzt werden kann; darüber hinaus ist – wie vorstehend ausgeführt – die Anwendbarkeit sowohl des Sonderkündigungsrechts gemäß § 31 Abs 7 ArbVG als auch des Ablehnungsrechts gemäß § 5 Abs 1 AVRAG auf derart umfassende, „gesetzesvertretende“ Zusagen wie das BV BA ASVG-PÄ aufgrund der Besonderheiten dieser betrieblichen Pensionsleistung mE zu verneinen.

sprüche des aus dem ASVG ausgenommenen Personenkreises mit der durch das ASVG gewährleisteten Versorgung bei auf bundesgesetzlicher oder gleichartiger landesgesetzlicher Grundlage beruhenden Anwartschaften generell gegeben, bei auf privatrechtlicher Grundlage (Vertragschablone, Betriebsvereinbarung oder Kollektivvertrag) beruhenden Pensionsordnungen dagegen vom Bundesministerium für soziale Verwaltung speziell zu prüfen (und durch Bescheid zu entscheiden), wobei die Gesamtansprüche „nach Billigkeit zu veranschlagen“ sind.

¹⁴⁾ Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch (Hrsg), ArbVG-Kommentar (2002) § 32 Rz 10; aM Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 115, der die Zulässigkeit der Vereinbarung einer auflösenden Bedingung – jedoch ohne Begründung – bezweifelt.

¹⁵⁾ G. Schima in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar, Kap VII Rz 82.

¹⁶⁾ Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht II⁵, 211.

II. Gesamtpensionszusagen

A. Gesamtpensionszusagen – eine aussterbende Gattung

Eine Gesamtpensionszusage ist dadurch gekennzeichnet, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine bestimmte Pensionsleistung zusagt (leistungsorientierte Zusage) und auf diese Leistung die gesetzliche Pension, die dem Berechtigten einmal zufließen soll, angerechnet wird.¹⁷⁾

Sind schon direkte, dh vom Arbeitgeber unmittelbar zu erfüllende Betriebspensionszusagen in den letzten Jahren in Österreich viel seltener geworden,¹⁸⁾ so gehören Gesamtpensionszusagen mittlerweile zu einer aussterbenden Spezies. Der Grund dafür ist leicht erklärt: Die vom Gesetzgeber in den letzten Jahren und Jahrzehnten verfügte Einschnitte in die gesetzliche Altersversorgung zwecks Sicherstellung von deren Finanzierbarkeit haben den berechtigten „Schereneffekt“, dh die sich zum Nachteil des eine Gesamtpensionszusage abgebenden Arbeitgebers öffnende Kluft zwischen der zugesagten Gesamtleistung und der geringer werdenden ASVG-Pension, immer weiter verstärkt. Dieser Effekt hat im Grunde genommen bereits vor bald 25 Jahren mit der vierzigsten ASVG-Novelle¹⁹⁾ zu wirken begonnen, als der Gesetzgeber die Arbeitslosenrate als Dämpfungsfaktor bei der Pensionsvalorisierung berücksichtigte. Die von der letzten Bundesregierung durchgeführten Pensionsreformen bilden mit Sicherheit nur einen vorläufigen Schlusspunkt der Entwicklung; weitere Reformen und schmerzhaft Eingriffe sind schon wegen der demographischen Entwicklung unausweichlich. Gelegentliche „Politiker-Zuckerln“²⁰⁾ werden daran nichts ändern, sondern höchstens die folgenden Korrekturen umso stärker ausfallen lassen.

Auf den Punkt gebracht, kann man daher sagen, dass heute – dieser Befund gilt aber in Wahrheit schon seit vielen Jahren – ein Vorstand oder Personalchef, der seinen Arbeitnehmer oder ein Aufsichtsrat, der seinem Vorstand eine Gesamtpensionszusage macht, geradezu objektiv sorgfalswidrig handelt.

B. Nichtanrechnung der gesetzlichen Pension und Fremdüblichkeit bei Zusagen an Gesellschafter

Aus den gerade gemachten Ausführungen ergibt sich auch zwanglos, dass jene Rsp des VwGH²¹⁾ nicht zutreffend sein kann, der zufolge bei einem Gesellschafter-Geschäftsführer (oder allgemein: bei einem an der Gesellschaft beteiligten Pensionsberechtigten) eine Vertragsgestaltung, bei der die gesetzliche Pen-

¹⁷⁾ Vgl ausführlich Pobenberger in Runggaldier/Steindl, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987) 227 ff, 229 ff mwN.

¹⁸⁾ Das liegt daran, dass Arbeitgeber immer mehr davor zurückscheuen, bilanzielle Vorsorgen (Rückstellungen) für betriebliche Pensionsleistungen bilden zu müssen und deshalb – und zwar auch gegenüber ihren Führungskräften und Top-Managern immer mehr dazu übergehen, die betriebliche Vorsorge auf Pensionskassen auszulagern.

¹⁹⁾ BGBl 1984/484.

²⁰⁾ Wie die jüngst erfolgte Pensionserhöhung.

²¹⁾ Vgl zB VwGH 9. 11. 1982, SWK 1983 A I 248 = ÖJZ 1983, 610; 24. 6. 1999, ÖStZB 1999, 687; zuletzt VwGH 20. 5. 2002, 99/15/0059, ÖStZB 2002/470.

sion auf die von der Gesellschaft zugesagte Betriebspension nicht angerechnet wird, schon *per se* einem „Fremdvergleich“ nicht standhält und die Zusage bzw die vom Arbeitgeber gebildeten Rückstellungen daher aus steuerlicher Sicht nicht anerkennen sind, sondern eine verdeckte Gewinnausschüttung bedeuten. Bei an der Gesellschaft beteiligten Arbeitnehmern – im Regelfall Geschäftsführern, die eine Pensionszusage erhalten haben – unterliegt die Vertragsgestaltung bekanntlich sowohl aus zivil- und gesellschaftsrechtlicher als auch aus steuerrechtlicher Sicht einer speziellen Prüfung. Zivil- und gesellschaftsrechtlich ist zu untersuchen, ob die Zusage als nicht fremdüblich gegen den in § 82 GmbHG bzw § 56 AktG verankerten Grundsatz der Kapitalerhaltung verstößt und eine verbotene Einlagenrückgewähr bedeutet;²³⁾ und steuerrechtlich ist – nach ganz ähnlichen, wenn auch im Einzelfall nicht völlig deckungsgleichen – Kriterien das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung zu prüfen.²⁴⁾ Während Rechtsprechung zu unangemessenen Pensionszusagen unter dem Blickwinkel der Einlagenrückgewähr in Österreich überhaupt fehlt, hatte sich der VwGH mit der steuerrechtlichen Behandlung solcher Zusagen – insb in Familien-GmbHs – schon öfters zu beschäftigen.²⁴⁾ Ein tragender Grundsatz der Rsp des VwGH ist dabei die Erwägung, dass eine Pensionszusage jedenfalls dann nicht einem Fremdvergleich standhält, wenn sie zu einer „Übersorgung“ dergestalt führt, dass die Betriebspension gemeinsam mit der gesetzlichen Alterspension im maximalen Ausmaß höher ist als das letzte Aktiveinkommen.²⁵⁾

Der Auffassung, dass ein wirtschaftlich vernünftig denkender Arbeitgeber üblicherweise einem Arbeitnehmer nicht eine Pension zusage, die gemeinsam mit der gesetzlichen Alterspension das letzte Aktiveinkommen übersteigt, kann mE nicht beanstandet werden, sodass bei einer solcherart festgestellten „Übersorgung“ die „Fremdüblichkeit“ der Zusage zu Recht zu verneinen ist. So la-gen ja auch die Dinge in der oben zitierten E v 22. 5. 2002²⁶⁾, denn dort wurde einem 47-jährigen Gesellschafter-Geschäftsführer, der zu 25% an der GmbH beteiligt war, eine Pensionszusage im Ausmaß von 80% des letzten Aktivbezugs ohne Anrechnung einer ASVG-Pension gemacht. Nach den Feststellungen betrug die Summe aus betrieblicher Pension und voraussichtlicher gesetzlicher

²³⁾ Vgl dazu OGH 25. 6. 1996, SZ 69/149; 13. 2. 1997, eolox 1997, 851; 11. 3. 1999, GesRZ 1999, 128; 11. 11. 1999, GesRZ 2000, 25; 20. 1. 2000, wbl 2000, 330 (zur Beweislastverteilung); Krejci, Zum GmbH-rechtlichen Ausschüttungsverbot, wbl 1993, 269 ff; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ (2007) § 82 Rz 1 ff; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² (1997) 647 ff; Reich-Rohrwig, Grundfragen der Kapitalerhaltung (2004) 96, 130; Reich-Rohrwig, eolox 2003, 152.

²⁴⁾ Vgl Doralt/Ruppe, Steuerrecht I⁸ (2003) Rz 975 f, 987; Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werlitz, Die Körperschaftsteuer I (1988) § 8 Rz 37; VwGH 8. 3. 1994, ÖStZB 1994, 699; 23. 5. 1978, ÖJZ 1979, 166; 18. 2. 1981, ÖJZ 1982, 136 = SZ 54/82; 9. 11. 1982, SWK 1983 A I 248 = ÖJZ 1983 610; 7. 2. 1990, ÖStZB 1990, 299; 24. 6. 1999, ÖStZB 1999, 687; 22. 5. 2002, eolox 2002/292; 27. 11. 2003, GesRZ 2004, 65.

²⁵⁾ Vgl VwGH 23. 5. 1978, ÖJZ 1979, 166; 18. 2. 1981, ÖJZ 1982, 136 = SZ 54/82; 9. 11. 1982, SWK 1983 A I 248 = ÖJZ 1983, 610; 7. 2. 1990, ÖStZB 1990, 299; 24. 6. 1999, ÖStZB 1999, 687; 22. 5. 2002, eolox 2002/292; 27. 11. 2003, GesRZ 2004, 65.

²⁶⁾ So zB VwGH 7. 2. 1990, ÖStZB 1990, 299 ua.

²⁷⁾ VwGH 22. 5. 2002, 99/15/0059, ÖStZB 2002/470.

Alterspension 115% des letzten Aktivbezugs. Bemerkenswert ist aber, dass der VwGH seine die Beschwerde der Gesellschaft abweisende E nicht einfach darauf (dh auf Übersorgung) gestützt, sondern (im Einklang mit der belangten Behörde) gemeint hatte, der Ausschluss jeglicher Anrechnung der gesetzlichen Sozialversicherungspension sei ganz allgemein als unangemessen anzusehen. Diese Meinung ist nicht nur – zumindest seit rund 15 Jahren – empirisch falsch²⁷⁾, sondern auch insofern rechtlich verfehlt, als ganz im Gegensatz zur Auffassung des Höchstgerichts ein umsichtiger Arbeitgeber die Vertragsgestaltung so wählen muss, dass die gesetzliche Pension gerade nicht angerechnet wird, denn nur so vermeidet er den beschriebenen „Schereneffekt“, der seine Gesamtbelastung korrespondierend mit den Einschnitten in das gesetzliche Pensionssystem immer mehr erhöht. Das Fehlen einer Anrechnungsklausel *per se*, das heißt ohne Blick auf die Pensionshöhe, ist kein geeignetes Fremdüblichkeits- bzw Angemessenheitskriterium. Denn die Auffassung des VwGH würde sogar dazu führen, die Parteien in eine heute längst (und zu Recht) aus Arbeitgebersicht als unkalkulierbar betrachtete und daher generell vermiedene Vertragsgestaltung zu zwingen. Man kann es auch noch prägnanter sagen: dem VwGH diesbezüglich zu folgen, hätte zu bedeuten, dass tendenziell gerade die Pensionszusagen jener Arbeitnehmer (Geschäftsführer) als fremdüblich qualifiziert werden, die das – heute als unzeitgemäß erkannte – Privileg genießen, über eine Betriebspension zu verfügen, die den durch die ständig schwächer werdende „ASVG-Dynamik“ sich ergebenden „Schereneffekt“ auffängt, also mit tendenziell sinkender oder weniger stark steigender ASVG-Pension laufend angehoben wird, wohingegen das Fehlen dieses Privilegs die Zusage der Gefahr aussetzt, als nicht fremdüblich betrachtet zu werden. Schon eine Betrachtung dieser untragbaren Konsequenzen zeigt die Unhaltbarkeit der Meinung des VwGH.²⁸⁾

Richtig ist natürlich, dass eine Betriebspension im Ausmaß von 80% des letzten Aktivbezugs unter Anrechnung der ASVG-Pension *ceteris paribus* noch eher einem Fremdvergleich standhält als 80% ohne Anrechnung, doch geht eine solche Betrachtung am Problem vorbei und kann die allgemeine Aussage des VwGH nicht decken, die Nichtanrechnung der gesetzlichen Pension sei *per se* unangemessen.²⁹⁾

In dem gerade behandelten Fall hätte der VwGH im Übrigen die fehlende Fremdüblichkeit der Pensionszusage neben dem Kriterium der Übersorgung

²⁷⁾ Vgl zB Reich, Pensionszusage der Kapitalgesellschaft an beteiligte Arbeitnehmer ohne Anrechnung der Sozialversicherung, SWK 2000, 315; Felzinger, Unsicherheiten bezüglich der steuerlichen Anerkennung von Pensionszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer, SWK 2001, 657.

²⁸⁾ Studiert man die vielbeachtete E des VwGH v 24. 6. 1999 (ÖStZB 1999, 299), dann gewinnt man freilich den Eindruck, das Höchstgericht sei von einer „verkehrten ASVG-Welt“ ausgegangen. Denn der VwGH begründet sein zweifellos richtiges Ergebnis (es lag eine Zusage von bis zu 80% des Aktiveinkommens ohne ASVG-Anrechnung vor, die mE *per se* nicht fremdüblich ist – siehe im Text) ua mit der Erwägung, die Nichtanrechnung der gesetzlichen Pension widerspräche dem Versorgungsgedanken, weil die Höhe der staatlichen Pension nicht vorhersehbar sei.

²⁹⁾ Wie hier im Ergebnis auch Käferböck, Aktuelle abgabenrechtliche Judikatur der Höchstgerichte zum KommStG, eolox 2002, 769.

ieS (Betriebspension und gesetzliche Alterspension übersteigen in Summe den letzten Aktivbezug) auch drauf stützen können, dass – unabhängig vom Eintritt einer derartigen Überversorgung – die Gewährung von Pensionszusagen im Ausmaß von 80% eines Managerbezugs ohne Anrechnung der ASVG-Pension in Österreich nach der vom Verfasser in fast 20 Jahren gesammelten, reichhaltigen empirischen Erfahrung mit der Konzipierung sowie Beurteilung einer Unzahl derartiger Verträge nie üblich war – und dies selbst dann nicht, wenn – wie es bei Vorstandsmitgliedern von Großunternehmen in Anbetracht der dort herrschenden Einkommensverhältnisse leicht der Fall sein kann – 80% des Aktiveinkommens plus ASVG-Pension 100% des Aktiveinkommens nicht erreichen, also per se keine „Überversorgung“ iSd Rsp des VwGH vorliegt³⁰). Für den Zeitraum seit Anfang der 90er-Jahre gilt dieser Befund noch verstärkt. Eine Pensionszusage an einen Gesellschafter-Manager, die 80% der mit dem Aktiveinkommen definierten Bemessungsgrundlage ohne Anrechnung der gesetzlichen Pension beträgt, hält daher unabhängig vom Vorliegen einer Überversorgung iSd einem Fremdvergleich nicht stand und ist Einlagenrückgewähr bzw verdeckte Gewinnausschüttung.

Schließlich hätte der VwGH – soweit dies dem veröffentlichten Sachverhalt entnommen werden kann – die mangelnde Fremdblichkeit der Zusage mit der Konsequenz, dass die steuerlichen Rückstellungen nicht anzuerkennen waren, auch darauf stützen können, dass die Pension offensichtlich unabhängig von der Dienstdauer 80% des Aktiveinkommens betrug. Dies ist jedenfalls (grob) unangemessen und in Verträgen rein angestellter Manager völlig unüblich, wobei die Angemessenheit – und dies gilt insb auch für die Frage der zivilrechtlichen Nichtigkeit des Pensionsvertrags unter dem Blickwinkel des Verstoßes gegen das Einlagenrückgewährverbot – im **Zusagezeitpunkt**, also ex ante – beurteilt wer-

³⁰) Vgl dazu zB *Runggaldier/G.Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) 285, 282 ff und den dort abgedruckten Muster-Pensionsvertrag mit dem Vorstandsmitglied einer AG, der – den Änderungen des gesetzlichen Pensionsrechtes Rechnung tragend – bereits so konzipiert war, dass das Maximum 50% der mit dem letzten Monatsbezug definierten Bemessungsgrundlage beträgt (vgl Pkt IV Abs 1 des Muster-Pensionsvertrags); vgl auch folgende Aussage bei *Runggaldier/G.Schima*, Führungskräfte (1991) 285: „Früher war es in Österreich eher üblich, Vorstandsmitgliedern eine vertragliche Gesamtpension zu gewähren, die i.d.R mit 80% des letzten Aktivbezugs nach oben begrenzt war. Leistungen aus der gesetzlichen Pensionsversicherung (uU auch andere Leistungen) sind auf eine solche Gesamtpension anzurechnen.“ In den letzten Jahren hat, soweit ersichtlich, allerdings ein gewisses Umdenken eingesetzt. Ausschlaggebend dafür dürfte ua die Tatsache sein, dass die Entwicklung der Leistungen aus der gesetzlichen Pensionsversicherung nur sehr schwer abschätzbar ist, dass langfristig jedoch eine zumindest abgeschwächte Dynamik erwartet werden muss. Damit ergibt sich für die Gesellschaft uU ein „Schereneffekt“, dh die von der Gesellschaft zu erbringende Leistung ist letztlich höher als im Zeitpunkt der Zusage angenommen. Dieses Problem lässt sich zwar vertraglich in den Griff bekommen (vgl das Muster 2 bei *Runggaldier-Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung 419 ff), doch ist der vertragliche Regelungsaufwand geringer, wenn statt einer Gesamtpension eine – entsprechend niedrigere – Pension ohne Anrechnungsvorbe-

den muss³¹) und eine nach diesen Kriterien nichtige (oder allenfalls teilnichtige) Zusage nicht durch Abdienen einer entsprechend langen Dienstzeit gleichsam „nachträglich gerechtfertigt“ werden kann. Der gängigen Vertragspraxis – insb mit noch weit vom Pensionsantrittsalter entfernten Berechtigten – entspricht die Festlegung eines gewissen Grundbetrags in Höhe eines Prozentsatzes der Bemessungsgrundlage (zB 20 oder 25%) und von – sich üblicherweise zwischen 1,5 und 2% der Bemessungsgrundlage bewegenden – Steigerungsbeträgen für jedes Dienstjahr.³²)

C. Befreiung von der Gesamtpensionszusage

Gleichwohl gibt es heute noch immer ein nicht unbeträchtliches Ausmaß an alten Gesamtpensionszusagen, bei denen der zuzugende Arbeitgeber vom erwähnten „Schereneffekt“ negativ betroffen ist. Derartige Arbeitgeber werden

³¹) Bei einem Rechtsgeschäft muss im Zeitpunkt seines Abschlusses beurteilbar sein, ob es wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gemäß § 879 ABGB nichtig ist (vgl für alle OGH SZ 9/203; *Krejcí* in *Rummel*, ABGB³ I § 879 Rz 15), was insb auch für den Bereich der Angemessenheitskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB gilt (OGH 13. 4. 1983, JBl 1983, 534; 22. 2. 1984, EvBl 1984/110). Daraus ergibt sich auch, dass es keineswegs generell auf die Zusammenwirkung von Aktivbezug und Pensionszusage („Gesamtausstattung“) bei der Beurteilung der Fremdblichkeit ankommen kann, weil eine solche Gesamtbetrachtung jedenfalls nicht dazu führen darf, dass ein im Abschlusszeitpunkt als nichtig (weil gegen § 56 AktG bzw § 82 GmbHG verstoßend) zu qualifizierender Pensionsvertrag dadurch „geheilt“ wird, dass der Berechtigte entsprechend lange in den Diensten des Unternehmens verbleibt (Bsp: der Pensionsvertrag sieht vor, dass der Berechtigte, der im Abschlusszeitpunkt vom Pensionsantrittsalter noch 20 Jahre entfernt ist, sofort die Pension in voller Höhe [von zB 60 oder 80% des Aktiveinkommens] „unverfallbar erdient“ hat, selbst wenn er kurz nach Vertragsabschluss ausscheidet; hier kann es für die Nichtigkeit der Zusage keinen Unterschied machen, ob der Berechtigte tatsächlich nach kurzer Zeit geht [und die Pension behält] oder ob er bis zum Pensionsantritt in den Diensten des Unternehmens verbleibt.) Dass im zweitgenannten Fall dasselbe Ergebnis (dh dasselbe vertragliche Anspruchsniveau) auch durch eine zulässige und fremdbliche Vertragsgestaltung mit Grund- und Steigerungsbeträgen hätte erreicht werden können, kann keine Rolle spielen, weil sonst im Extremfall erst Jahrzehnte nach Vertragsabschluss klar wäre, ob der Vertrag nichtig und steuerlich anzuerkennen ist. Vgl auch VwGH 22. 5. 2002, ecolex 2002/292, wo der Geschäftsführer (dem eine Pension von 80% des Aktiveinkommens ohne Anrechnung der gesetzlichen Pension zugesagt worden war, auch vergeblich entgegenwandelte hatte, sein Aktivbezug sei um 50% niedriger gewesen als der vergleichbarer Geschäftsführer). Bei der in der Rsp des VwGH entwickelten Figur der „Überversorgung“ (Ruhebezug und höchstmögliche gesetzliche Pension übersteigen gemeinsam den letzten Aktivbezug) kann ja eine hohe Pension ex definitione gerade nicht durch ein niedriges Aktivgehalt gerechtfertigt werden; ein solches verschiebt vielmehr jene Pensionshöhe, ab der „Überversorgung“ und damit verdeckte Gewinnausschüttung anzunehmen ist, weiter nach unten.

³²) Vgl die Vertragsgestaltung bei *Runggaldier/Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung 419 ff, 424 f (Muster einer Gesamtpensionszusage) und *Runggaldier/G.Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften 282 ff, 283 (Muster-Pensionsvertrag mit dem Vorstandsmitglied einer AG); ebenso *Runggaldier/G.Schima*, Manager-Dienstverträge³ (2006) 225 ff, 227 (Muster-Pensionsvertrag mit dem Vorstandsmitglied einer AG).

tendenziell nach Wegen suchen, sich von der Zusage zu befreien. Der Weg der Einbringung in eine Pensionskasse mit Umstellung auf ein beitragsorientiertes Modell wurde in Österreich in nicht unbeträchtlichem Ausmaß gewählt (siehe dazu den Beitrag von B. Schwarz in diesem Buch) und bot die Möglichkeit, Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen insofern zu vereinigen, als der Arbeitgeber den „Schereneffekt“ und die Rückstellungsbelastung beseitigen konnte, der Arbeitnehmer dagegen vor einem Verfall bei Selbstkündigung gefeit war und außerdem die Chance besaß, bei Übertreffen der dem Modell zugrunde gelegten Veranlagungserträge auch eine höhere als die bisher zugesagte Pension zu erhalten. Durch den Börsencrash der Jahre 2000/2001 bis 2002/2003 und die in den letzten Jahren eingetretene Dämpfung der Erwartungen, was die Höhe der langfristig erzielbaren Veranlagungserträge anbelangt, ist freilich eine solche Auslagerung von Pensionszusagen an Pensionskassen auch bei reiner Beitragsorientiertheit wegen der deutlich niedrigeren Zinsannahmen als sie noch bis 1999 verwendet wurden, für den Arbeitgeber viel teurer geworden. Und Arbeitnehmer überlegen sich die – im Fall einer auf Einzelvertrag beruhenden Pensionszusage unabdingbare – Zustimmung zur Auslagerung heute lieber zweimal, bevor sie sie geben.

Ein denkbare Mittel, sich von immer teurer werdenden Gesamtpensionszusagen zu lösen, könnte die Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlagen sein. Nach dieser in Österreich – wenigstens mit unterschiedlichen Begründungen – anerkannten Rechtsfigur kann ein Vertragsteil sich vom Vertrag lösen oder – idR kommt nur das in Betracht – dessen Anpassung begehren, wenn der Vertrag – ohne dass die Parteien dies zur Bedingung erhoben hätten – unausgesprochen von bestimmten, von beiden Parteien als selbstverständlich gegebenen Voraussetzungen abhängig gemacht wurde und diese Voraussetzungen nun weggefallen sind.³³⁾ Der Wegfall der Geschäftsgrundlage wird aber dem durch eine sich ständig vertuernde Gesamtpensionszusage belasteten Arbeitgeber nicht helfen können. Denn einer solchen Vorgangsweise steht richtigerweise schon der typische Vertragszweck der Gesamtpension entgegen, besteht diese doch ihrem Wesen nach darin, dass der Arbeitgeber eben eine Gesamtleistung zusagt und von dieser eine staatliche Leistung abgezogen wird, auf deren Gestaltung und Höhe keine der Parteien Einfluss hat. Dem Arbeitnehmer soll mit einer solchen Gestaltung daher auch das Risiko einer sich verschlechternden staatlichen Versorgung abgenommen werden. Die ergänzende Vertragsauslegung, die der Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage vorgeht,³⁴⁾ wird daher mE in aller Regel ergeben, dass das Risiko einer sich ungünstiger entwickelnden staatlichen Alterspension vom Arbeitgeber zu tragen ist. Eine Änderung der Sozialgesetzgebung gehört vor diesem Hintergrund daher nicht in die gemeinsame Risikosphäre der Vertragspartner als Voraussetzung für die Anwendung des Rechtsinstituts des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, sondern in die Risikosphäre des leistenden Arbeitgebers. Darüber hinaus ist dieses Risiko, wie oben angedeutet,

³³⁾ Vgl dazu für alle *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹² (2002) 144 ff mwN zum Meinungsstand.

³⁴⁾ OGH 25. 5. 1994, wobl 1995, 152 (*Arnold*); *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹² 148.

für Kunde schon seit gut 20 Jahren erkennbar,³⁵⁾ sodass wohl nur bei sehr alten Zusagen denkbar ist, zu sagen, den Parteien sei die Möglichkeit nicht stetig wachsender staatlicher Pensionsleistungen gar nicht in den Sinn gekommen. Das bedeutet nicht, dass nicht ein Zustand denkbar wäre, in dem der Wegfall der Geschäftsgrundlage argumentierbar ist. Denn der Risikosphäre des Arbeitgebers kann man wohl nur solche gesetzlichen Änderungen und Einschnitte zuordnen, die in einem geordneten Staatswesen als zur Sicherstellung der Finanzierung des Systems erforderlich und unter Gewährung angemessener Übergangsbestimmungen noch zumutbar sind. Für ein „Kippen“ in die gemeinsame Risikosphäre reichen die bislang erfolgten Einschnitte ins gesetzliche Pensionssystem aber von ihrer Tragweite her mE eindeutig nicht aus. Träte dieser Fall ein, wäre außerdem ohnehin der VfGH auf den Plan gerufen.

III. Ungleiches gesetzliches Pensionsalter und Betriebspension

A. Gemeinschaftsrechtliches Lohnungleichsgebot und unterschiedliches Pensionsalter

Art 141 EG verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit, wobei unter „Entgelt“ die „üblichen Grund- oder Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen“ zu verstehen sind, „die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt.“ Bei der Vorschrift handelt es sich um den seltenen Fall einer unmittelbar horizontal wirkenden Vorschrift des Gemeinschaftsrechts, aus der auch Private direkt gegeneinander Rechtsansprüche vor innerstaatlichen Gerichten geltend machen können.

Dass betriebliche Pensionsleistungen dem Entgeltbegriff des Art 141 EG unterfallen, ist zu Recht nicht zweifelhaft³⁶⁾ und fügt sich in die seit Jahrzehnten festgefügte Rsp des OGH, dass es sich bei Betriebspensionsleistungen um Entgelt und nicht etwa um eine unentgeltliche Zuwendung handelt.³⁷⁾ Für die „all-

³⁵⁾ Diskutiert wurde über die langfristige Finanzierbarkeit des gesetzlichen Pensionssystems im Übrigen auch schon vor der 40. ASVG-Novelle Ende 1984, sodass die Erwartung einer „ewig dauernden, leistungsmäßigen Einbahnstraße nach oben“ schon vor diesem Zeitpunkt niemand ernsthaft haben dürfte.

³⁶⁾ Vgl schon EuGH 25. 5. 1971, Rs C-80/70 – *Defrenne I*, wo der Gerichtshof aussprach, dass (nur) die gesetzliche Altersversorgung aus dem Entgeltbegriff des Art 119 EGV hinausfalle; EuGH 17. 5. 1990, Rs C-262/90 – *Barber ua; Krebber in Callies/Ruffert*, EUV/EGV Art 141 Rz 26, 29 f, 72 mwN; aM noch M. Heinze, in Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht¹ (1997) § 11 Rz 69.

³⁷⁾ Vgl zB OGH 4. 11. 1987, JBl 1988, 467 (*Pfersmann*) = ZAS 1989, 58 ff (*Kerschner*) = DRdA 1990, 122 ff (*Runggaldier*); 11. 1. 1989, DRdA 1989, 417 ff (*Rummel*) = RdW 1989, 103; *Petrovic*, Betriebspension und Treuepflicht, in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung 318; G. Schima, Die betriebliche Altersvorsorge, in *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht VII Rz 2; für Deutschland zB *Steinmeyer*, Betriebliche Altersversorgung und Arbeitsverhältnis (1991) 49 ff, 85 f.

gemeinen Versorgungssysteme“ gilt dagegen Art 141 EG nicht, sondern gestattet Art 7 Abs 1 lit a der RL 97/7/EG zur Gleichbehandlung in der sozialen Sicherheit den Mitgliedstaaten, die Festsetzung des Rentenalters für die Gewährung der Altersrente oder Ruhestandsrente und etwaige Auswirkungen daraus auf andere Leistungen von ihrem Anwendungsbereich auszuschließen. Der Begriff des „allgemeinen Versorgungssystems“ ist nicht identisch mit dem der gesetzlichen Pensionsversicherung. Vielmehr kommt es nach der Rsp des EuGH darauf an, ob zwischen der Leistung und einem bestimmten Beschäftigungsverhältnis ein ausreichender Zusammenhang besteht³⁸⁾ und ob nur bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern, insb die Belegschaft eines bestimmten Arbeitgebers, erfasst sind³⁹⁾. In diesen Fällen kommt Art 141 EG zur Anwendung, sodass auch gesetzliche Pensionssysteme dem Lohnleichheitsgebot unterliegen, wenn sie zB nur für die Beschäftigten eines Arbeitgebers oder einer Gruppe von Arbeitgebern gelten.⁴⁰⁾ Überzeugend ist diese Abgrenzung gleichwohl nicht.

In Österreich ist bekanntlich auf verfassungsgesetzlicher und im Jahr 1992 geschaffener Grundlage ein unterschiedliches gesetzliches Pensionsantrittsalter für Männer und Frauen in der gesetzlichen Altersvorsorge noch bis zum Jahr 2033 festgeschrieben.⁴¹⁾

Der EuGH hat beginnend mit seinem „Barber-Erkenntnis“ v 17. 5. 1990 und einigen Folgeurteilen die These vertreten, dass in der betrieblichen Altersversorgung ein unterschiedliches Pensionsanfallalter für Männer und Frauen unzulässig ist. Dies soll – darum ging es gerade im Anlassfall „Barber“ – nach Meinung des EuGH sogar dann gelten, wenn es sich um ein die gesetzliche Pensionsversorgung ersetzendes System (vgl zu diesen oben in Kap I.) handelt, das an das (zulässigerweise) differenzierte gesetzliche Pensionsalter anknüpft.⁴²⁾

Der EuGH hat seine diesbezügliche Rsp selbst mit einem „Rückwirkungsverbot“ ausgestattet,⁴³⁾ sodass vor dem 17. 5. 1990 grundsätzlich auch kein Alt-

³⁸⁾ Vgl zB EuGH 10. 2. 2000, Rs C-50/96 – Schröder Rn 27.

³⁹⁾ EuGH 28. 9. 1994, Rs C-7/93 – Beune Rn 16 ff, 43 ff; 23. 10. 2003, Rs C-4/02 – Schönheit Rn 56 ff; vgl näher *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 3 Rz 170.

⁴⁰⁾ Das hätte in Ö zB zu bedeuten, dass das Bundesbahn-Pensionsgesetz (BGBl I 2000/95) kein allgemeines Versorgungssystem ist (so auch *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 3 Rz 170; *Runggaldier*, Altersversorgung 70); gegenständig aber offenbar *Kreber* in *Callies/Ruffert*, EUV/EGV³ (2007) Art 141 Rz 30, der davon spricht, dass maßgebend für die Abgrenzung allein die formale Zuordnung der Leistung zu einem gesetzlichen oder einem betrieblichen System sei.

⁴¹⁾ BGBl 1992/832 als Reaktion auf die E des VfGH v 6. 12. 1990, G 223/88-31, G 235/88-26, G 33/90-23, G 63/90-21, G 144/90-21.

⁴²⁾ EuGH 17. 5. 1990, Rs C-262/88 – Barber; 14. 12. 1993, Rs C-110/91 – Moroni; anders noch die RL 86/378, derzufolge bei einem unterschiedlichen Pensionsalter im gesetzlichen Versorgungssystem die Mitgliedstaaten diese Unterschiede auch bei Pensionen beibehalten durften.

⁴³⁾ EuGH 17. 5. 1990, Rs C-262/90 – Barber Rn 43, wo der Gerichtshof die zeitliche Begrenzung der Urteilswirkungen damit begründete, dass aus den in den RL 79/7 und 86/378 enthaltenen Ausnahmen „die Mitgliedstaaten und die Betroffenen vernünftigerweise annehmen (durften), dass Art 119 (jetzt: Art 141) nicht für Renten gilt, die aufgrund eines an die Stelle des gesetzlichen Systems getretenen betrieblichen Systems gezahlt werden und

Mitgliedstaat zur Berücksichtigung eines identischen Pensionsanfallalters für Männer und Frauen in betrieblichen Versorgungswerken verpflichtet ist (sofern nicht das eigene nationale Recht schon vor diesem Zeitpunkt eine Gleichschaltung auch bei betrieblichen Pensionsordnungen gebot). Was Österreich anbelangt, herrscht über den maßgebenden „Wirksamkeitsbeginn“ der Barber-Rechtsprechung des EuGH nach wie vor Uneinigkeit. Vertreten werden zB der 1. 7. 1990 als Inkraftretenszeitpunkt von § 18 BPG⁴⁴⁾ oder der 1. 1. 1993 als Inkrafttreten der 3. Novelle zum GIBG.⁴⁵⁾ Zutreffend ist dagegen die hM, dass der für Österreich in Bezug auf die Barber-Judikatur maßgebende Stichtag der 1. 1. 1994, dh der Zeitpunkt des Beitritts Österreichs zum EWR ist. Dies folgt aus Art 69 iVm Anhang XVIII Pkt 20 des EWR-Abkommens.⁴⁶⁾ Für den völlig vergleichbaren Fall Finnland hat dies der EuGH ausdrücklich ausgesprochen.⁴⁷⁾ Auch aus dem nationalen österreichischen Recht ergibt sich kein früherer Stichtag, weil dieses richtigerweise vor dem 1. 1. 1994 ein unterschiedliches Anfallalter bei Betriebspensionen nicht verbot.⁴⁸⁾ Wie *Rebhahn*⁴⁹⁾ überzeugend ausführt, kann schon in Anbetracht der nach dem Erk des VfGH, mit dem das unterschiedliche gesetzliche Pensionsanfallalter für verfassungswidrig erklärt worden war,⁵⁰⁾ erfolgten verfassungsgesetzlichen Absicherung dieses unterschiedlichen Alters⁵¹⁾ nicht davon ausgegangen werden, dass einfachgesetzliche Generalklauseln, zB im GIBG, entgegen dieser Wertung des Verfassungsgesetzgebers zu interpretieren sind.

Der Grundsatz des gleichen Pensionsanfallalters in der betrieblichen Altersvorsorge gilt in Österreich daher nur für seit dem 1. 1. 1994 erdiente Anwartschaften, sodass (Teil-)Pensionsansprüche aus davor erworbenen Anwartschaften generell nicht auf das Lohnleichheitsgebot gestützt werden können.⁵²⁾

dass Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in diesem Bereich nach wie vor zulässig seien.“ Man fragt sich angesichts dieser Ausführungen freilich, warum der EuGH diesen Pfad der Vernunft eigentlich verlassen und die gegenteilige Ansicht vertreten hat, denn gerade bei die (allgemeine) gesetzliche Altersversorgung ersetzenden Versorgungswerken führt die in der Barber-Rsp vertretene Sichtweise des EuGH zu ganz unstimmen und vermeidbaren Ergebnissen. Vgl näher zum Rückwirkungsstema und seiner differenzierten Behandlung *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 3 Rz 183 ff.

⁴⁴⁾ Vgl *Sturm/Körber*, Die Gleichbehandlungspflichten im Arbeitsrecht, in *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht VII Rz 24; dagegen zu Recht *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 3 Rz 181.

⁴⁵⁾ Vgl *Gruber*, Betriebspensionen und Gleichbehandlung – Neues vom EuGH, *ecol* 1995, 273 ff, 276.

⁴⁶⁾ So *Weinmeier*, EU und Betriebspensionen: Zur Frage des Stichtages für die Beseitigung von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, *RdW* 1995, 306 ff, 310; *Kirschbaum*, Zur Rückwirkung des Diskriminierungsverbotes bei Betriebspensionen, *DRdA* 1994, 287 ff, 291; *G. Schima*, Die betriebliche Altersvorsorge, in *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht VII Rz 76; *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 3 Rz 180 f.

⁴⁷⁾ EuGH 12. 9. 2003, Rs C-351/00 – *Niemmi*.

⁴⁸⁾ So zutr *Runggaldier*, Altersversorgung 79; *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 3 Rz 181.

⁴⁹⁾ In *Rebhahn*, GIBG § 3 Rz 181.

⁵⁰⁾ VfGH 6. 12. 1990, G 223/88, G 235/88-26, G 33/90-23, G 63/90-21, G 144/890-21.

⁵¹⁾ Geschehen mit BGBl 1992/832.

⁵²⁾ Vgl näher *G. Schima*, Die betriebliche Altersvorsorge, in *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht VII Rz 78.

B. Anwendungsprobleme, insbesondere bei beitragsorientierten Pensions(kassen)systemen

Die erläuterte Rsp des EuGH stellt die Beteiligten in der betrieblichen Praxis jener Mitgliedstaaten vor große Herausforderungen, deren traditionell unterschiedliches gesetzliches Rentenalter naturgemäß seit Jahrzehnten in der betrieblichen Altersversorgung »gespiegelt« wird. Insb für rein beitragsorientierte Systeme (Pensionskassensysteme) ist die bisherige EuGH-Judikatur zudem weitgehend unergiebig, und ihre »Umsetzung« bei solchen Systemen erfordert differenzierte Überlegungen.⁵³⁾ Solche können hier aufgrund des beschränkten Platzes nur angedeutet werden.

Besonders schwierige Probleme können sich bei der – in Österreich ja von vielen (Groß-)Unternehmen in der Vergangenheit genutzten – Auslagerung leistungsorientierter Direktzusagen an Pensionskassen mit Umstellung auf ein rein beitragsorientiertes Modell stellen.⁵⁴⁾ Denn bei einer solchen Umstellung wurde bzw wird in Österreich dann, wenn die zunächst bestehende Betriebspensionsordnung – wie dies eben häufig der Fall ist – für Frauen ein früheres Anfallsalter vorsieht als für Männer, das an die Pensionskasse vom Arbeitgeber zu leistende Deckungskapital naturgemäß aus den für die bis dahin geltende Direktpension vereinbarten Regeln abgeleitet. Errechnet wird üblicherweise, welche Pension ein Arbeitnehmer dann nach den bisherigen Regeln zu erwarten hat, wenn er/sie weiter im Unternehmen verbleibt, sein/ihr Gehalt eine (meist nach dem anwendbaren KollV errechnete) Dynamisierung erfährt und er/sie zum frühestmöglichen Zeitpunkt (»Zielpensionsstichtag«) die Pension antritt. Dies bedeutet bei Männern ein geringeres Deckungsfordernis als bei Frauen.

Darin eine Diskriminierung der Männer zu erblicken, wäre gleichwohl vorliegend. So ist nämlich anerkannt, dass eine Gleichbehandlung voraussetzt, dass Männer und Frauen sich »in einer gleichen Lage« befinden.⁵⁵⁾ Dies ist mE jedenfalls dann nicht der Fall, wenn *de facto* Frauen früher (also zB mit 55) als Männer (zB mit 60) in Pension gehen. Denn dann ist es sachgerecht, das Deckungskapital für Männer am tatsächlichen Pensionsantritt (zB mit 60) und für Frauen ebenfalls am tatsächlichen früheren Pensionsantritt (zB mit 55) auszurichten. Würde man in einem solchen Fall das Deckungskapital für Männer zu jenem Stichtag berechnen, mit dem Frauen üblicherweise in Pension gehen, wäre eine Unterdeckung die Folge, wohingegen die Berechnung des Deckungskapitals für Frauen zum faktischen Männer-Pensionsantrittsalters eine Überversorgung auslösen würde. Im ersten Fall blieben Steigerungen der Pension bis zum tatsächlichen Männer-Antrittsalter unberücksichtigt; im zweiten Fall würde man tatsächlich nicht erzielbare Steigerungen der Pension einrechnen.

⁵³⁾ Sehr instruktiv *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 3 Rz 187 ff.

⁵⁴⁾ Vgl dazu den Beitrag von B. Schwarz in diesem Buch.

⁵⁵⁾ Auf dieses Kriterium nimmt die Rsp des EuGH immer wieder Bezug: vgl zB EuGH 9. 11. 1993, Rs C-132/92 – *Birds Eye Walls* Rn 17 f; 13. 2. 1996, Rs C-342/93 – *Gillespie* Rn 16 ff; 13. 12. 2001, Rs C-206/ – *Moufflin* Rn 28, 19. 12. 2004, Rs C-19/02 – *Hlozek*.

Der EuGH ist – wie *Rebhahn*⁵⁶⁾ zutreffend hervorhebt – den damit zusammenhängenden Fragen bislang weitgehend ausgewichen. So hat er bei unterschiedlichen (nämlich für Frauen höheren) Beiträgen eines Arbeitgebers zu einem Rentenfonds, der eine bestimmte monatliche Leistung zusagte, die Einordnung der Beiträge als Entgelt verneint und ausgeführt, es ginge dabei bloß um die »Finanzierung«, sodass Art 141 nicht der Verwendung von nach dem Geschlecht unterschiedlichen versicherungsmathematischen Faktoren (Lebenserwartung etc.) entgegenstehe.⁵⁷⁾

Dem gegenüber sind bei beitragsorientierten Pensionskassensystemen mE in erster Linie die Beiträge des Arbeitgebers, die an die Pensionskasse fließen, das für die Anwendung des Art 141 EG maßgebende »Entgelt« und nicht – wie im leistungsorientierten System – die Leistungen.⁵⁸⁾ Deswegen kann die Einrichtung gleicher Beiträge bei geschlechtsspezifischer Pensionsberechnung und Verwendung unterschiedlicher versicherungsmathematischer Parameter für die beiden Geschlechter zu unterschiedlichen Leistungen führen, was mit Art 141 EG vereinbar ist.⁵⁹⁾ Während in einem leistungsorientierten System gleiche Leistungen unterschiedliche Beiträge bedingen, resultieren in einem beitragsorientierten System aus gleich hohen Beiträgen unterschiedliche Leistungen für Männer und Frauen. Dies verstößt nicht gegen Art 141 EG.⁶⁰⁾ Freilich darf gerade bei der Auslagerung von Direktzusagen an Pensionskassen mit Umstellung auf ein beitragsorientiertes System, wo der Arbeitgeber üblicherweise einen Einmalbeitrag (Deckungsfordernis) an die Pensionskasse leistet und darüber hinauslaufende Beiträge entrichtet, keine isolierte Betrachtung angestellt werden. In den Geschlechtervergleich einzubeziehen sind vielmehr Deckungsfordernis und Grundbeiträge, weil diese eine einheitliche Leistung des Arbeitgebers bilden und es allein auf das vom Arbeitgeber insgesamt im Rahmen der Pensionsordnung Versprochene anzukommen hat. Das bedeutet, dass zB die längere Dauer der Leistung von laufenden Beiträgen für (die später in Pension gehenden) Männer deren (aus denselben und oben erwähnten Gründen) üblicherweise niedrigeres Deckungsfordernis grundsätzlich auszugleichen vermag.

Schon in der Rechtssache *Birds Eye Walls*⁶¹⁾ anerkannte das Luxemburger Höchstgericht ein unterschiedliches staatliches Pensionsanfallsalter als ausreichenden Grund für die unterschiedliche Dimensionierung eines betrieblichen Überbrückungsgeldes. Dieses verfolgte den Zweck, Männern und Frauen insgesamt dadurch zu einem vergleichbaren Einkommen zu verhelfen, dass nach Erreichen des Pensionsalters (65 bei Männern und 60 bei Frauen) eine fiktive

⁵⁶⁾ *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 3 Rz 189 mwN.

⁵⁷⁾ Vgl zB EuGH 28. 9. 1994, Rs C-200/91 – *Coloroll*; *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 3 Rz 189.

⁵⁸⁾ Diese Frage ist vom EuGH bisher nicht entschieden und überaus komplex (vgl. *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 3 Rz 191).

⁵⁹⁾ So auch *Gruber*; Betriebspensionen ohne geschlechtsbezogene Diskriminierung, *ecolx* 1995, 740 f und *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 3 Rz 191 mwN zur hM in Deutschland.

⁶⁰⁾ Vgl EuGH 22. 12. 1993, Rs C-152/91 – *Neath*.

⁶¹⁾ EuGH 9. 11. 1993, Rs C-132/92.

Pension (und zwar die Höchstpension) angerechnet wurde, was dazu führte, dass das Überbrückungsgeld für Frauen über 60 Jahre niedriger war als das Überbrückungsgeld für gleichaltrige Männer. Das Höchstgericht gestattete aber ausdrücklich, die volle gesetzliche Rente und nicht die tatsächlich von einer Frau aufgrund geringerer Beiträge bezogene, niedrigere Rente anzurechnen. Andernfalls – so der EuGH – ergäbe sich eine Bevorzugung von Frauen, die sich für niedrigere Beiträge entschieden hätten, gegenüber Frauen, die von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht hätten und gegenüber Männern, die immer höhere Beiträge hätten entrichten müssen.

Wenn man diese Wertung auf den Fall der Auslagerung leistungsorientierter Direkt pensionen an Pensionskassen unter Umstellung auf ein beitragsorientiertes System überträgt, dann kann man sagen, dass ein tatsächlicher, früherer Pensionsantritt der Frauen ebenfalls das Resultat autonomer Willensentscheidung ist, weshalb eine Berechnung des Deckungskapitals unter Zugrundelegung des späteren Männer-Pensionsantrittsalters zu einer Bevorzugung von Frauen führen würde.

In der einen österreichischen Fall betreffenden Rechtssache *Hlozek/Roche*⁶²⁾ knüpfte der EuGH an die Betrachtung im Fall *Birds Eye Walls* an und sprach aus, es liege kein Verstoß gegen Art 141 EG vor, wenn ein den Anspruch auf Überbrückungsgeld beinhaltender Sozialplan für gekündigte Arbeitnehmer, die als Männer das 55. und als Frauen das 50. Lebensjahr überschritten hatten, eine Überbrückungszahlung bis zur Erlangung des Anspruchs auf eine ASVG-Pension vorsehe. Dies führte beim 54-jährigen Kläger dazu, dass er keine Überbrückungszahlung erhielt, wohingegen eine gleichaltrige Frau Anspruch auf eine solche Zahlung gehabt hätte.

Inwieweit darin wirklich ein Bruch mit der bisherigen Rsp des EuGH zur Frage der Anknüpfung betrieblicher Pensionsleistungen oder gleichartiger Leistungen an ein national geltendes unterschiedliches gesetzliches Pensionsanfallsalter erblickt werden kann, ist eine den Rahmen dieser Untersuchung bei weitem sprengende Frage und wird nicht ganz einheitlich beurteilt. Dass die Rechtsprechungslinie in den Fällen *Birds Eye Walls* und *Hlozek* aber jenen Auftrieb gibt, die der durch die E in der Sache *Barber* und einige Folgejudikate vorgezeichnet scheidenden Linie einer – überspitzt gesagt – Ignorierung der Auswirkungen unterschiedlicher gesetzlicher Pensionsanfallsalter auf betriebliche Pensionsleistungen (zu Recht) wenig abgewinnen konnten, lässt sich mE kaum bezweifeln.⁶³⁾

Vermutlich wird die Rsp des EuGH in dieser Frage aber auch in Zukunft zwischen mehr oder weniger verkrampfter Frauenförderung und rational motivierter Korrektur im Einzelfall oszillieren, denn das Problem ist im Grunde unlösbar.⁶⁴⁾ bietet doch zwangsläufig jedes Lösungskonzept Angriffsflächen und Raum für den Vorhalt der Benachteiligung entweder des einen oder des anderen Geschlechts.

⁶²⁾ EuGH 9. 12. 2004, Rs C-19/02 – *Hlozek/Roche Austria GmbH*.

⁶³⁾ Vgl idS auch *Urlesberger*, Das unterschiedliche Pensionsantrittsalter als Rechtfertigungsgrund für weitere Ungleichbehandlungen? ZAS 2005, 124 ff, 127 mwN.

⁶⁴⁾ Vgl zB *Kreber* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³ Art 141 Rz 72: „beinahe unlösbare Friktionen“ (gemünzt auf Deutschland).

Josef Wöss

Stellenwert der „2. Säule“ im Gesamtsystem der Alterssicherung

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Betriebspensionen und öffentliche Alterssicherung
- III. (Mögliche) Funktionen betrieblicher Altersvorsorge
- IV. Bedeutung der betrieblichen Altersvorsorge in Österreich
- V. Zentrale Herausforderungen für die Alterssicherung – „2. Säule“ als Antwort?

I. Einleitung

Die richtige Gestaltung der Alterssicherung ist eine der großen sozialpolitischen Herausforderungen. Wertsicherung der Pensionen, Generationengerechtigkeit, langfristige Finanzierbarkeit, etc sind Themen, die nicht nur Pensionsexperten und Politiker, sondern auch breite Kreise der Bevölkerung mit hohem Interesse diskutieren. Der Anstieg des Altenanteils an der Gesamtbevölkerung spielt dabei eine zentrale Rolle.

Vor diesem Hintergrund sind seit einiger Zeit auch die Betriebspensionen wieder verstärkt ins Rampenlicht getreten. Die oft als „2. Säule“ der Alterssicherung titulierte betriebliche Altersvorsorge hatte in Österreich lange Zeit nur ein Schattendasein geführt. Geändert hat sich das seit den 1990er-Jahren, nachdem mit dem Pensionskassengesetz attraktive steuerliche Rahmenbedingungen für die Einrichtung privater Pensionskassen geschaffen worden waren. Dazu kommt, dass in der politischen Diskussion das sog. „3-Säulen-Modell“ an Stellenwert gewonnen hat, das im Kern auf eine Stärkung der betrieblichen und der privaten Altersvorsorge abzielt, also auf einen Ausbau der „2. Säule“ und der „3. Säule“.

Aktuell gibt es für etwa 20 Prozent der österreichischen Arbeitnehmer betriebliche Pensionszusagen. Das sind deutlich mehr als noch vor 20 Jahren, der Großteil der Arbeitnehmer hat aber nach wie vor keine Aussicht auf eine betriebliche (Zusatz-)Pension. Von einer echten „2. Säule“ der Alterssicherung sind wir damit sehr weit entfernt.

Im Folgenden wird in einem ersten Schritt gezeigt, dass der Stellenwert der Betriebspensionen in hohem Maß von der jeweiligen Ausformung der öffentlichen Alterssicherung („1. Säule“) abhängt.

Daran anschließend werden verschiedene Funktionen von Betriebspensionen und unterschiedliche Interessenslagen erörtert.