Lexis 360®

LexisNexis®

JBl - Juristische Blätter

Zulässigkeit von Treuepflichtklauseln in Pensionsverträgen innerhalb und außerhalb der Geltung des Betriebspensionsgesetzes

Aufsätze • RA Dr. Georg Schima • JBl 1993, 430 • Heft 7 v. 1.7.1993

(1. Teil)

„Treuepflichtklauseln“ sind seit langem ein fester Bestandteil betrieblicher Pensionsregelungen. Sie bedrohen den Pensions- bzw Anwartschaftsberechtigten regelmäßig mit dem Verfall – in abgeschwächter Form auch bloß mit dem Ruhen – aller Pensionsansprüche und -anwartschaften, wenn der Berechtigte nach Beendigung des zum Pensionsanspruch führenden Arbeitsverhältnisses einer Konkurrenztätigkeit nachgeht und/oder wichtige Interessen seines Arbeitgebers schädigt. Bereits vor Inkrafttreten des Betriebspensionsgesetzes hat der OGH die Zulässigkeit „wettbewerbsbeschränkender“ Treuepflichtklauseln erheblich eingeschränkt. Der folgende Beitrag untersucht einerseits, ob die diesbezügliche Judikatur zutreffend ist, und geht andererseits der Frage nach, ob bzw inwieweit Treuepflichtklauseln in Gestalt von Verfalls-, Ruhens- und Anrechnungsklauseln außerhalb und unter der Geltung des BPG gültig vereinbart werden können.

Deskriptoren: Treuepflichtklauseln, Konkurrenzklauseln, Verfall der Pension, Ruhen der Pension, Arbeitsvertragsübernahme

AngG § 36, AngG § 37, ABGB § 879, BPG § 1, BPG § 6, BPG § 8, BPG § 14, BPG § 19, BPG Art V Abs 4 Z 3

A. Problemstellung

Die Frage, ob bzw inwieweit es zulässig ist, in betrieblichen Pensionszusagen Regelungen vorzusehen, denen zufolge der Pensionsanspruch bzw die bislang erworbenen Anwartschaften verfallen, wenn dem Berechtigten ein „Treuepflichtverstoß“ im weiteren Sinne anzulasten ist, der (ehemalige) Mitarbeiter also zB gegen die Interessen des Unternehmens handelt, wegen einer (gegen das Unternehmen gerichteten) strafbaren Handlung verurteilt wird oder – dies ist der vielleicht häufigste und praktisch bedeutsamste Fall – wenn der ehemalige Mitarbeiter gegen eine bestehende Konkurrenzklausel[1)] verstößt bzw – über deren Reichweite hinaus – nach Beendigung des mit einer Pensionszusage verbundenen Arbeitsverhältnisses bei einem Konkurrenzunternehmen tätig wird, war bereits vor Inkrafttreten des Betriebspensionsgesetzes (BPG) umstritten. Mit dessen Geltung (grundsätzlich mit 1.7.1990) hat sich die Rechtslage für betriebliche Pensionszusagen im allgemeinen und möglicherweise auch für Treuepflichtklauseln grundlegend geändert.

Lehre und Rsp befassen sich mit der Problematik allerdings erst seit wenigen Jahren intensiver[2)] und haben längst noch nicht alle Fragen ausgelotet, geschweige denn beantwortet.

Im Gegenteil: Gerade die bislang vorliegende Judikatur des OGH hat einerseits Verwirrung gestiftet und andererseits Kritik wegen ihres die Zulässigkeitsgrenzen offenbar extrem eng ziehenden Ansatzes hervorgerufen.

Diese Kritik zu vertiefen und zu systematisieren, ist Hauptgegenstand der folgenden Arbeit, die allerdings auch Lösungsansätze und Hinweise für die Vertragspraxis liefern soll.

Wenn im Rahmen des gegenständlichen Beitrages von „Treuepflichtklauseln“ gesprochen wird,

so ist dieser Begriff erläuterungsbedürftig, weil er zu Mißverständnissen Anlaß geben kann und die gegenständliche Thematik im übrigen nicht exakt umschreibt.

Es geht nämlich bei den herkömmlicherweise als „Treuepflichtklauseln“ bezeichneten Bestimmungen keineswegs bloß um Sanktionen für *„Treuepflichtverstöße“* des (ehemaligen) Mitarbeiters. Neben jenen vertraglichen Regelungen, die Rechtsfolgen für – auch *ohne* Bestehen der Treuepflichtklausel – rechtswidriges und schuldhaftes, gegen die Interessen des (ehemaligen) Arbeitgebers gerichtetes Verhalten des (ehemaligen) Mitarbeiters vorsehen[3)], finden sich in der Praxis vor allem Bestimmungen, mit denen das Unternehmen durch Androhung pensionsrechtlicher Sanktionen den Wechsel des (ehemaligen) Mitarbeiters zu einem Konkurrenzunternehmen bzw generell die Ausübung einer konkurrenzierenden Tätigkeit durch den (ehemaligen) Mitarbeiter verhindern will. Die zuletzt genannte Gruppe von „wettbewerbsbeschränkenden Treuepflichtklauseln“ weist daher ein nicht zu leugnendes *Naheverhältnis zu Konkurrenzklauseln* auf, wobei die – ungemein bedeutsame – Frage, ob auf solche Vertragsbestimmungen die §§ 36, 37 AngG direkt oder zumindest analog zur Anwendung gelangen, umstritten ist (s unten B. I.).

Steindl [4)] befaßte sich in seinem – den OGH in der unten näher behandelten E aus 1988 stark beeinflussenden – Beitrag nur mit pensionsvertraglichen Klauseln, die als Sanktion für ein bestimmtes Verhalten des (ehemaligen) Mitarbeiters den *Verfall* von Pensionsleistungen bzw von Anwartschaften vorsehen[5)].

Es dürfte zwar wenig Zweifel darüber bestehen, daß derartige Bestimmungen zumindest bis zum Inkrafttreten des BPG den größeren Teil des Regelungsbestandes ausmachten, doch interessieren im Rahmen dieser Untersuchung auch vertragliche Regelungen, die an ein bestimmtes (seitens des Arbeitgebers unerwünschtes) Verhalten des Mitarbeiters nicht den Verfall, sondern bloß das *Ruhen von Pensionsleistungen* oder auch die *Anrechnung* anderweitig bezogener Leistungen (insb aufgrund einer Konkurrenztätigkeit) *auf die Pensionsleistung* knüpfen.

Es ist nämlich nicht a priori selbstverständlich, daß Verfalls- und Ruhensklauseln gleich zu behandeln sind, und es muß außerdem danach differenziert werden, ob auf die Klausel das BPG anzuwenden ist oder nicht.

Man kann „Treuepflichtklauseln“ daher einerseits nach den in ihnen enthaltenen *tatbestandlichen Voraussetzungen,* dh nach der Art des zur Anwendung der Klausel führenden Verhaltens des (ehemaligen) Mitarbeiters, und andererseits nach der Natur der in der Klausel vorgesehenen *Rechtsfolge* (Verfall einerseits und Ruhen bzw Anrechnung andererseits) unterscheiden.

Unter „Treuepflichtklauseln“ im hier gebrauchten Sinn sind demgemäß Regelungen in betrieblichen Pensionsverträgen zu verstehen, die im Falle eines vom (ehemaligen) Mitarbeiter gesetzten, in der Klausel näher umschriebenen und in irgendeiner Weise gegen die Interessen des (ehemaligen) Arbeitgebers verstoßenden Verhaltens entweder den endgültigen Verfall der vertraglichen Pensionsleistungen bzw der erworbenen Anwartschaften oder das Ruhen der Pensionsleistungen, die Aussetzung des Erwerbes von Anwartschaften bzw die Anrechnung anderweitiger Leistungen auf die Betriebspension vorsehen.

B. Beurteilung von Treuepflichtklauseln vor Inkrafttreten bzw außerhalb der Geltung des BPG

I. Wettbewerbsbeschränkende Treuepflichtklauseln

1. Verfallsklauseln

a) Anwendbarkeit der §§ 36, 37 AngG?

Die in Lehre und Praxis vorherrschende Auffassung und Vertragsgestaltung wurde lange Zeit durch eine E des OGH aus dem Jahre 1970[6)] bestimmt. Daraus wurde – wenngleich diese Aussage dem Erk selbst gar nicht klar zu entnehmen ist[7)] – abgeleitet, daß wettbewerbsbeschränkende Treuepflichtklauseln im Rahmen

der durch § 879 ABGB gezogenen Grenzen zulässig und vor allem *nicht* an die Beschränkungen der §§ 36, 37 AngG gebunden seien[8]. Dementsprechend entwickelten sich Treuepflichtklauseln (iwS) zu einem selbstverständlichen Bestandteil betrieblicher Pensionsvereinbarungen.

In einer E aus dem Jahre 1988 bereitete der OGH dieser „Rechtsüberzeugung" der Praxis allerdings ein recht jähes Ende, indem er aussprach, daß auf die in einer betrieblichen Pensionsvereinbarung enthaltene Treuepflichtklausel, die den Verfall der Anwartschaften bzw Leistungen bei Wechsel des Berechtigten zu einem Konkurrenzunternehmen vorsah, die *§§ 36 und 37 AngG* betreffend das nachvertragliche Wettbewerbsverbot von Angestellten

Seite 431

zumindest für den *Zeitraum zwischen Vollendung der Anwartschaft und Erreichung des (betrieblichen) Pensionsalters anzuwenden* seien. Dem Arbeitnehmer werde durch eine solche Treuepflichtklausel – entgegen *Holzer* – nicht eine bloße Obliegenheit, dh eine „Rechtspflicht minderer Intensität", auferlegt, sondern es sei der Verlust der (nach Vollendung der Wartezeit erworbenen) Pensionsanwartschaften vielmehr als *Vertragsstrafe* zu qualifizieren, die zwingend dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliege[9].

In der zitierten E ging es um folgenden – hier auf seine für die gegenständliche Untersuchung wesentlichen Aspekte reduzierten – Sachverhalt: Der Kläger war bei der beklagten Partei vom 1.5.1950 bis 31.8.1957 und vom 1.4.1959 bis 31.12.1982 als Angestellter beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis endete am 31.12.1982 durch Arbeitgeberkündigung. In dem zwischen den Streitteilen abgeschlossenen Pensionsvertrag ist unter anderem folgende Klausel enthalten:

Der Anfall der in diesem Vertrag geregelten Pension setzt die Auflösung des Dienstverhältnisses von seiten der Firma H. oder die dauernde Berufsunfähigkeit im Sinne der Angestelltenversicherung [...] oder die Vollendung des 65. Lebensjahres voraus. Wird das Dienstverhältnis von der Firma H. gekündigt, ohne daß gleichzeitig eine Rente aus der gesetzlichen Pensionsversicherung der Angestellten anfällt, so bleibt dem Dienstnehmer bzw dessen Angehörigen die Pensionsanwartschaft, wie sie im Zeitpunkt der Auflösung des Dienstverhältnisses bestand, gewahrt. Die Pension fällt daher erst dann an, sobald eine Pension aus der gesetzlichen Pensions- oder Unfallversicherung gewährt wird.

Herrn P. und dessen pensionsberechtigten Angehörigen ist es nicht gestattet, ohne ausdrückliche Genehmigung der Firma H. selbständig oder unselbständig im Geschäftszweig der Firma H. tätig zu werden. Bei Nichteinhaltung dieses Vertragspunktes ist die Firma berechtigt, die Pensionszahlungen endgültig einzustellen. Weiters erlischt der Anspruch auf Pensionsbezüge, wenn der Bezugsberechtigte oder Personen, denen nach ihm Versorgungsbezüge zustehen, wichtige Interessen der Firma vorsätzlich schädigen sollten.

Nach Ende des Dienstverhältnisses mit der beklagten Partei, im Alter von 57 Jahren, trat der Kläger in die Dienste eines Unternehmens mit Stammsitz in Deutschland, welches in Wien und Linz Niederlassungen betrieb und wie die beklagte Partei auf dem Gebiet des Tiefbaus und daneben vor allem auf dem Gebiet des Industriebaus tätig war, wohingegen die beklagte Partei schwerpunktmäßig neben dem Tiefbau im Wohnbau und nur in geringerem Ausmaß im Industriebau engagiert war.

Der Kläger forderte für die Zeit ab 1.7.1986, jenem Zeitpunkt, ab dem er eine Pension aus der gesetzlichen Sozialversicherung bezog, von der beklagten Partei eine monatliche Betriebspension aufgrund des

Pensionsvertrages. Die beklagte Partei verweigerte dies im Hinblick auf die in der Vereinbarung enthaltene Verfallsklausel.

Eine gründliche Analyse der genannten E des OGH läßt zunächst erkennen, daß die vom OGH gelieferte Begründung für die Anwendbarkeit der §§ 36, 37 AngG auf Treuepflicht-Verfallsklauseln der oben geschilderten Art jedenfalls nicht den vom OGH in der E selbst gesetzten Anforderungen gerecht wird. Das Höchstgericht setzte sich zunächst mit seiner eigenen E aus dem Jahr 1970[10)] auseinander und schloß diese Auseinandersetzung mit der – mE zutreffenden – Erkenntnis, daß dieser früheren E die von *Holzer* gezogene Schlußfolgerung, § 36 AngG sei auf derartige Verfallsklauseln nicht anwendbar (sondern bloß § 879 ABGB), gar nicht entnommen werden könne.

Da sich demnach aus der vom Berufungsgericht zitierten Entscheidung nichts über die Anwendbarkeit der §§ 36, 37 AngG auf eine in einer mit einem Angestellten im Sinne dieses Gesetzes getroffene Pensionsvereinbarung enthaltene Treuepflichtklausel gewinnen läßt, so der OGH weiter, bedarf diese erstmals an den OGH herangetragene Frage einer eingehenden Prüfung unter Bedachtnahme auf die Qualität einer in einer Pensionsregelung enthaltenen Wettbewerbsbeschränkung, die als Sanktion den Verfall von Pensionsanwartschaften oder Pensionsansprüchen vorsieht, sowie auf den Zweck der in den §§ 36, 37 AngG getroffenen Regelung.

In der Folge blieb der OGH diese „eingehende“ Prüfung freilich schuldig, ja er *begründete* die das von ihm erzielte Ergebnis letztlich tragende These von der Anwendbarkeit der §§ 36, 37 AngG auf derartige Treuepflicht-Verfallsklauseln *in Wahrheit überhaupt nicht.* Vielmehr *setzte* der OGH die Richtigkeit dieser These ganz offensichtlich bereits *voraus,* wenn er seine – auch vom Umfang her überaus spärlichen – Ausführungen damit begann, daß er – wiederum ohne eigene Begründung – *Steindl* [11)] beipflichtete, wonach der Verlust einer infolge Absolvierung der Wartezeit, jedoch mangels Erreichens der Altersgrenze voll entstandenen, aber noch nicht fälligen[12)] Forderung als *Vertragsstrafe* zu qualifizieren sei, *„die das Ausmaß der üblicherweise in Konkurrenzklauseln gemäß § 37 Abs 3 AngG vereinbarten Konventionalstrafe im allgemeinen bei weitem übertrifft“.*

Der OGH ging daher vom Vorliegen einer Vertragsstrafe aus, was schon für sich genommen begründungsbedürftig gewesen wäre[13)], und er machte zugleich – nochmals ohne den Versuch einer Begründung – den nächsten Schritt, indem er das Vorliegen einer *Kombination von Konkurrenzklausel und Konventionalstrafe* bejahte. Davon

Seite 432

ausgehend, fiel es dem Höchstgericht nicht mehr allzu schwer, § 37 Abs 3 AngG, wonach bei Absicherung einer Konkurrenzklausel durch eine Konventionalstrafe nur diese und nicht die Unterlassung des konkurrenzierenden Verhaltens verlangt werden darf[14)], als Argument gegen die von *Holzer* vertretene Auffassung ins Treffen zu führen, der zufolge dem (ehemaligen) Arbeitnehmer durch eine den Verfall von Pensionsansprüchen bei Ausübung einer konkurrenzierenden Tätigkeit vorsehende Treuepflichtklausel bloß eine „Rechtspflicht minderer Intensität“ und nicht ein echtes – Unterlassungs- und Schadenersatzpflichten auslösendes – Wettbewerbsverbot auferlegt werde.

Überdeutlich machte der OGH die Art der von ihm gewählten Argumentation durch den folgenden Satz: *„Qualifiziert man daher den Verfall der vom Kläger erworbenen Pensionsanwartschaft als eine die*

Konkurrenzierung der beklagten Partei sanktionierende Vertragsstrafe, dann sind die §§ 36, 37 AngG unmittelbar auf die gegenständliche Treuepflichtklausel anwendbar [...]“.

Insb der zuletzt zitierte Satz ist dazu geeignet, Verwirrung zu stiften. Meint der OGH damit wirklich, daß die §§ 36, 37 AngG (allein) *deshalb* auf derartige Treuepflichtklauseln anwendbar sind, *weil* laut Auffassung des Höchstgerichtes die in der Klausel vorgesehene Sanktion den Charakter einer Vertragsstrafe besitzt? Wie hätte der OGH entschieden, wäre er der Auffassung gewesen, der Verfall von Pensionsleistungen bzw Anwartschaften könne *nicht* als Vertragsstrafe, dh als pauschalierter Schadenersatz (dazu unten), qualifiziert werden?

In Wahrheit kann die Beurteilung der in der Klausel angedrohten *Sanktion* als Vertragsstrafe nicht von Einfluß auf die Beantwortung der Frage sein, ob die §§ 36, 37 AngG *überhaupt* auf „Treuepflichtklauseln“, die ein konkurrenzierendes Verhalten des (ehemaligen) Mitarbeiters mit dem Verfall von Ansprüchen sanktionieren, anzuwenden sind. Diese Frage ist vielmehr isoliert und sinnvollerweise *vor* der Problematik der Vertragsstrafe zu untersuchen. Eine derartige Untersuchung hat der OGH gänzlich unterlassen, was umso schwerer wiegt, als die gegenständliche E die Praxis einerseits schon aufgrund ihres Ergebnisses stark verunsichert und andererseits das Höchstgericht damit juristisches Neuland betreten hat.

Ist nun die vom OGH vertretene – wie gesagt, nicht begründete, sondern in Wahrheit vorausgesetzte – These, wonach Treuepflichtklauseln in Pensionsverträgen, die als Sanktion für die Ausübung einer Konkurrenztätigkeit durch den ehemaligen Mitarbeiter den Verfall von Pensionsansprüchen bzw Pensionsanwartschaften oder die – diese Fragegestaltung wurde vom OGH nicht untersucht – *sonstige Sanktionen* vorsehen, unter die Geltung der §§ 36, 37 AngG fallen, zutreffend oder nicht?

Gewiß handelt es sich nach erster Betrachtung bei der vom OGH beurteilten Regelung sowie bei den sonst in der Praxis diesbezüglich üblichen Treuepflichtklauseln um Vereinbarungen, *„durch die der Angestellte für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner Erwerbstätigkeit beschränkt wird“* [15)]. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, *welcher Art* die in der Treuepflichtklausel vorgesehene *Sanktion* ist, ob diese also zB im völligen Verfall von Pensionsleistungen bzw -anwartschaften oder bloß in einem Ruhen besteht, weil auch durch die letztere, mildere Rechtsfolge eine *gewisse* Beschränkung der Erwerbstätigkeit des Angestellten bewirkt wird. Dieser Aspekt wurde vom OGH – offenbar weil er bloß eine Verfallsklausel zu beurteilen hatte – nicht beachtet, obwohl er mE von nicht unbeträchtlicher Bedeutung ist. Es wird allerdings noch zu untersuchen sein (vgl 2.), ob tatsächlich *jedwede* nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkung des Arbeitnehmers unter die §§ 36, 37 AngG fällt und ob diese Gesetzesbestimmungen nicht doch das Überschreiten einer bestimmten „Erheblichkeitsschwelle“ voraussetzen.

Ungeachtet der prima vista bestehenden Gemeinsamkeiten von Konkurrenzklauseln und „wettbewerbsbeschränkenden Treuepflichtklauseln“ in Pensionsverträgen kann dem OGH der Vorwurf jedoch nicht erspart werden, die zum Teil *grundlegenden strukturellen Unterschiede* zwischen den beiden Regelungen einfach *übergangen* zu haben.

Resch [16)] hat in seiner Anmerkung zur gegenständlichen E zutreffend ausgeführt, daß die in der Treuepflichtklausel angedrohte Sanktion für konkurrenzierendes Verhalten, nämlich die Einstellung der Pensionsleistungen (bzw der Verfall von Anwartschaften), entgegen der Auffassung des OGH *keine* Vertragsstrafe, sondern vielmehr ein vertraglich eingeräumtes *Widerrufsrecht,* dh ein Gestaltungsrecht ist. Trifft dies zu, was nach Meinung des Verfassers der Fall ist, gewinnt das von *Steindl* [17)] für den Charakter als Vertragsstrafe ins Treffen geführte und vom OGH – von seinem Standpunkt aus zu Unrecht – nicht auf seine Tauglichkeit geprüfte Argument gar keine Bedeutung, wonach der Verfall von Anwartschaften infolge der versicherungsmathematisch möglichen Kapitalisierung

als „pauschalierter Schadenersatz“ iSd § 1336 ABGB qualifiziert werden könne[18]. Gegen den Charakter der Verfallssanktion als Vertragsstrafe spricht nämlich nicht primär die uU mangelnde Bezifferbarkeit des dem (ehemaligen) Arbeitnehmer drohenden Nachteils, sondern der Umstand, daß es sich beim „Verfall“ eben um ein im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses einem Vertragsteil eingeräumtes *Gestaltungsrecht in Form eines Widerrufsrechtes* mit der Wirkung einer *vorzeitigen Auflösung ex nunc* handelt. Daß mit der Ausübung eines solchen Gestaltungs-(Widerrufs-)rechts dem Erklärungsgegner typischerweise ein – uU auch exakt bezifferbarer – Nachteil zugefügt wird bzw der Widerruf beim Ausübungsberechtigten zu einem entsprechenden Vorteil (Einnahme bzw Ausgabenersparnis) führt, versteht sich von selbst und ist notwendige Begleiterscheinung der Ausübung von Rechten zur vorzeitigen Vertragsauflösung, wobei allerdings die Ausübung des Widerrufsrechts nur die *Sanktion* für die beim (ehemaligen) Arbeitgeber durch die Konkurrenztätigkeit seines (ehemaligen) Arbeitnehmers typischerweise eingetretene Schädigung ist[19].

Legt man die Auffassung des OGH zugrunde bzw denkt man sie konsequent weiter, müßte jedwede vorzeitige Auflösung eines Ziel- oder Dauerschuldverhältnisses bzw jedes vertraglich eingeräumte Widerrufsrecht letztlich als Vertragsstrafe deutbar sein und damit – außerhalb des Anwendungsbereiches des § 348 HGB – zwingend dem richterlichen Mäßigungsrecht nach § 1336 Abs 2 ABGB unterliegen. Letztlich würde man auf diese Weise zu einer *allgemeinen Billigkeitskontrolle im Leistungsstörungsrecht* bzw bei der Ausübung vertraglicher Rücktritts- und Widerrufsrechte gelangen, deren Reichweite deutlich über die durch § 879 ABGB gestreckten Grenzen hinausginge und für die eine auch nur einigermaßen tragfähige zivil- bzw arbeitsrechtliche Grundlage fehlt.

Ausgehend von der hier vertretenen Ansicht, daß die Anwendbarkeit der §§ 36, 37 AngG auf wettbewerbsbeschränkende Treuepflichtklauseln grundsätzlich isoliert, dh insb unabhängig von der Beurteilung der Sanktion als Vertragsstrafe, geprüft werden muß, ist mit der Feststellung, es handle sich entgegen der Auffassung des OGH beim Verfall um *keine* Vertragsstrafe, allerdings noch nicht unbedingt gesagt, daß auf die Klausel nicht die inhaltlichen Beschränkungen der §§ 36, 37 AngG anzuwenden sind. Auch hier hat mE *Resch* [20] den richtigen Weg grundsätzlich bereits gewiesen: Die (wettbewerbsbeschränkende) Treuepflichtklausel ist *in eine Pensionsvereinbarung eingebettet* und innerhalb derselben als Widerrufstatbestand konzipiert. Das Widerrufsrecht ist unselbständiger Bestandteil der Pensionsvereinbarung. Bei der Konkurrenzklausel handelt es sich dagegen um eine selbständige und *rechtlich selbständig existenzfähige* Vereinbarung (daran ändert der Umstand nichts, daß die Konkurrenzklausel regelmäßig *de facto* Bestandteil eines Arbeitsvertrages ist), die mit einer Vertragsstrafe als Nebenvereinbarung zum Konkurrenzverbot[21] kombiniert ist (bzw kombiniert werden *kann*).

Daraus folgt, daß die *§§ 36, 37 AngG* auf „das im Widerrufstatbestand eingebaute Konkurrenzverbot“[22] grundsätzlich *nicht anzuwenden* sind.

Damit erweist sich auch das – auf den ersten Blick bestechende – Argument des OGH, aus § 37 Abs 3 AngG folge, daß es sich bei dem in der Treuepflichtklausel enthaltenen „Konkurrenzverbot“ nicht bloß um eine Obliegenheit[23] des (ehemaligen) Arbeitnehmers handle, bei Nähe besehen als petitio principii. § 37 Abs 3 AngG besagt, daß im Falle der „Absicherung“ der Konkurrenzklausel durch eine Konventionalstrafe der Dienstgeber nur diese verlangen und nicht auf Erfüllung oder Ersatz weiteren Schadens bestehen kann. Durch diese – von allgemein-zivilrechtlichen Grundsätzen abweichende[24] – Gesetzesbestimmung wird die

Konkurrenzklausel im Falle der zusätzlichen Vereinbarung einer Vertragsstrafe zur „Rechtspflicht minderer Intensität“, dh zur *Obliegenheit,* weil ihre Einhaltung nicht erzwungen werden kann, sondern bei Nichteinhaltung dem (ehemaligen) Arbeitnehmer bloß anderweitige Nachteile (Verfall der Vertragsstrafe) drohen. Die Vertragsstrafe wandelt sich damit zur Reugeldvereinbarung[25)].

Der grundlegende Argumentationsfehler des OGH liegt darin, aus dem Umstand, daß eine Konkurrenzklausel mit Konventionalstrafe kraft spezieller Gesetzesbestimmung zur bloßen Obliegenheit und die Vertragsstrafe zum Reugeld mutiert, abzuleiten, daß auf die – hinsichtlich der Unterlassung

einer konkurrenzierenden Tätigkeit unzweifelhaft genauso als Obliegenheit konzipierte, weil nicht selbständig durchsetzbare – pensionsvertragliche Treuepflichtklausel die §§ 36, 37 AngG anzuwenden seien. Hier zeigt sich das Versäumnis des OGH, die Frage, *ob* eine wettbewerbsbeschränkende Treuepflichtklausel *überhaupt* einer Konkurrenzklausel gleichzuhalten ist, als solche gar nicht geprüft zu haben. In Wahrheit hätte der OGH die im Pensionsvertrag enthaltene Treuepflichtklausel – ohne besonderes Augenmerk auf die *Art* der Sanktion (Verfall) zu legen – mit einer Konkurrenzklausel *ohne* Vertragsstrafe vergleichen müssen. Dann hätte sich vielleicht auch gezeigt, daß zwischen der „reinen“ Konkurrenzklausel und der wettbewerbsbeschränkenden Treuepflichtklausel sehr wohl der Unterschied besteht, daß erstere eine *volle Verpflichtung* beinhaltet, letztere jedoch hinsichtlich der Unterlassung einer Konkurrenztätigkeit *generell bloßen Obliegenheitscharakter* aufweist. Das diesbezügliche – wenn auch nicht allein gegen die Anwendbarkeit der §§ 36, 37 AngG den Ausschlag gebende – *Argument der hL* [26)] ist demgemäß *nach wie vor gültig.*

Resch [27)] hat bereits darauf hingewiesen, daß bei Zugrundelegung der Auffassung des OGH, die §§ 36, 37 AngG seien unmittelbar auf „wettbewerbsbeschränkende“ Treuepflichtklauseln anzuwenden, *für deren Zulässigkeit* nicht bloß im Anlaßfall (dort ging es zusätzlich um Vertragsauslegungsprobleme), sondern vielmehr generell *fast kein Raum bleibt.* Zwar hatte der OGH bloß über den Fall zu befinden, daß ein (ehemaliger) Arbeitnehmer zwischen dem Zeitpunkt der Vollendung der Wartezeit und der Erreichung des Pensionsalters, dh *vor Pensionsanfall,* zu einem Konkurrenzunternehmen wechselte, doch differenziert § 36 AngG – jedenfalls seinem Wortlaut nach – nicht danach, ob der (ehemalige) Arbeitnehmer bereits über einen *fälligen* Pensionsanspruch verfügt oder nicht bzw ob der Arbeitnehmer bereits das „gesetzliche Pensionsalter“ erreicht hat[28)].

Der OGH hat überdies in der zitierten E durch die Problematisierung des Umstandes, daß der Arbeitnehmer im Anlaßfall infolge Nichterreichens des gesetzlichen sowie des in der Pensionsvereinbarung vorgesehenen Anfallsalters *„auf die Verwertung seiner Arbeitskraft angewiesen“* war, zusätzlich Verwirrung gestiftet. Man könnte aus dieser Passage der E nämlich folgern, daß ein *nach* Pensionsanfall und/oder nach Erreichung des gesetzlichen Pensionsalters eine Konkurrenztätigkeit ausübender (ehemaliger) Arbeitnehmer vor dem in einer Treuepflichtklausel vorgesehenen Verfall von Anwartschaften bzw Pensionsleistungen *nicht* geschützt wäre[29)].

Demgegenüber ist *Resch* [30)] einzuräumen, daß die §§ 36, 37 AngG auch nicht danach differenzieren, ob der Arbeitnehmer „auf die Verwertung seiner Arbeitskraft angewiesen“ ist[31)].

Eine undifferenzierte und direkte Anwendung der zitierten Gesetzesbestimmungen auf „wettbewerbsbeschränkende“ Treuepflichtklauseln in Pensionsverträgen müßte vielmehr auch den 80jährigen, sowohl eine gesetzliche als auch eine betriebliche Pension beziehenden Pensionisten gegen Sanktionen aufgrund von Treuepflichtklauseln schützen, sofern die in § 36 Abs 2 Z 1 AngG normierte Jahresfrist, berechnet ab dem Ausscheiden des Mitarbeiters aus dem Unternehmen[32)], bereits verstrichen ist.

Nach Verstreichen der Jahresfrist wäre es belanglos, ob der im Verfall für den (ehemaligen) Arbeitnehmer entstehende Nachteil als „übermäßige Vertragsstrafe“ zu qualifizieren und daher zu mäßigen ist oder nicht, weil die Einjahresfrist eine *unbedingte Gültigkeitsvoraussetzung* für die Normierung einer Konkurrenzklausel darstellt.

Schließlich würde die Anwendbarkeit der §§ 36, 37 AngG – dies wurde bislang auch in der Lehre noch von niemandem beachtet – nicht davon abhängen, ob die Sanktion für konkurrenzierendes Verhalten des (ehemaligen) Arbeitnehmers in einem *Verfall* von Pensionsleistungen bzw -anwartschaften besteht oder *anderer Natur* ist. Auch ein bloßes *Ruhen* der Pension, ja sogar die *Anrechnung* des aus der Konkurrenztätigkeit erzielten (uU nur geringfügigen) Einkommens auf die Pensionsleistung, beschränkt in gewisser Weise

Seite 435

die Erwerbstätigkeit des Arbeitnehmers und müßte – vom Standpunkt des OGH aus betrachtet – als Vertragsstrafe der richterlichen Mäßigung nach § 1336 Abs 2 ABGB unterliegen bzw nach Ablauf der Einjahresfrist ab Ausscheiden des Mitarbeiters generell unzulässig sein (zu den „Ruhensklauseln“ und zur Frage, ob die §§ 36, 37 AngG tatsächlich jede noch so geringfügige Wettbewerbsbeschränkung erfassen, siehe unten 2.).

Nicht zuletzt dieser „Rechtsfolgenexzeß“ zeigt die ganze Problematik der Position des OGH. Offenbar wurden vom Höchstgericht die verschiedenen möglichen Szenarien und Anwendungsbereiche nicht im einzelnen durchdacht.

b) Beurteilung nach § 879 ABGB

Auf dem Boden der hier vertretenen Auffassung, daß die §§ 36, 37 AngG nicht auf „wettbewerbsbeschränkende“ Treuepflichtklauseln anwendbar sind, ergibt sich die – schon bisher von der hL gezogene – Konsequenz, daß derartige Klauseln *allein an § 879 ABGB gemessen* werden müssen. Dies ermöglicht *eine flexible und am Einzelfall orientierte rechtliche Bewertung.* Allgemein gesprochen, wird es für die Beurteilung der Gültigkeit bzw Sittenwidrigkeit einer pensionsvertraglichen Treuepflichtklausel mit wettbewerbsbeschränkendem Charakter zB darauf ankommen, wie hoch die vom Arbeitnehmer bezogene bzw ihm ab einem bestimmten Stichtag zustehende Betriebspension ist, wie lange der Arbeitnehmer für den die Pension zusagenden Arbeitgeber tätig war, welches Alter der Arbeitnehmer bei seinem Ausscheiden erreicht hat und ob ihm in diesem Zeitpunkt oder in absehbarer Zeit ein Anspruch auf eine gesetzliche Pension zusteht, ob bzw inwieweit die Konkurrenztätigkeit des (ehemaligen) Arbeitnehmers tatsächlich dazu geeignet ist, die Interessen seines (ehemaligen) Arbeitgebers zu beeinträchtigen bzw ob die Konkurrenztätigkeit gar zu einer konkreten Schädigung geführt hat, ob der durch eine Pensionszusage begünstigte Arbeitnehmer nach seinem Ausscheiden ernsthafte Versuche unternahm, durch Suche nach einer anderweitigen Tätigkeit die Erfüllung des Widerrufstatbestandes zu vermeiden bzw ob es dem

Arbeitnehmer möglich gewesen wäre, durch eine nicht konkurrenzierende Tätigkeit ebenfalls seinen Lebensunterhalt zu bestreiten usw.

Diese Aufzählung läßt erkennen, daß bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB die in § 36 Abs 2 AngG[33)] genannten Kriterien durchaus als Wertungsgesichtspunkte herangezogen werden können, ja müssen[34)], wobei aber mE keineswegs gesagt werden kann, daß wettbewerbsbeschränkende Treuepflichtklauseln, die für längere Zeit als ein Jahr ab dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis vereinbart werden, *„regelmäßig als eine in zeitlicher Hinsicht [...] sittenwidrige Vereinbarung anzusehen“* sind[35)].

Grundsätzlich wird man sagen können, daß das Interesse des (ehemaligen) Mitarbeiters, nach Ausscheiden aus dem Dienstverhältnis einer konkurrenzierenden Tätigkeit nachzugehen, *umso geringeren Schutz verdient, je besser seine finanzielle Absicherung ist* (insb wenn diese auf Leistungen des früheren Arbeitgebers beruht), je älter der Mitarbeiter im Zeitpunkt seines Ausscheidens bereits ist und je geringer der zeitliche Abstand zwischen Ausscheiden und Aufnahme der konkurrenzierenden Tätigkeit ist. Erforderlich ist somit eine sorgfältige *Interessenabwägung* [36)].

Die aufgezählten Kriterien stehen – dies soll nicht verkannt werden – durchaus in einem *gewissen Spannungsverhältnis* zueinander, weil zB der Fall eintreten kann, daß ein an eine wettbewerbsbeschränkende Treuepflichtklausel gebundener Mitarbeiter erst mehrere Jahre nach Ausscheiden aus dem mit einer Pensionszusage verbundenen Arbeitsverhältnis und in einem Zeitpunkt, in dem bereits ein gesetzlicher Anspruch auf Alterspension besteht, bei einem Konkurrenzunternehmen eintritt.

Außerdem können sich diffizile, bislang in der Diskussion noch nicht erörterte Fragen stellen, wenn – was in Verträgen mit Top-Managern gelegentlich vorkommt – ein Pensionsanspruch in beträchtlicher, den Lebensunterhalt deckender Höhe *sofort mit Ausscheiden aus dem Dienstverhältnis fällig* wird und der Berechtigte noch lange nicht das gesetzliche Pensionsalter erreicht hat. Hier stellt sich in voller Brisanz die Frage, ob ein Unternehmen sich durch eine derartige Vertragsgestaltung gewissermaßen das Recht „erkaufen“ kann, eine Führungskraft für ihr weiteres, uU noch viele Jahre dauerndes Erwerbsleben von einem Teil des Arbeitsmarktes, nämlich von der Ausübung einer konkurrenzierenden Tätigkeit, fernzuhalten. Bei einer derartigen Fallgestaltung versagt zwar das – tendenziell gegen die Zulässigkeit der Klausel sprechende – Argument, daß der Mitarbeiter „auf die Verwertung seiner Arbeitskraft (gemeint: finanziell) angewiesen“ ist, doch darf nicht übersehen werden, daß gerade bei Führungskräften ein über die rein finanziellen Aspekte hinausgehendes *Interesse an der Verwertung der erworbenen Fähigkeiten* auf dem Arbeitsmarkt und der Bewältigung interessanter Aufgaben in anderen Unternehmen *anzuerkennen* ist und einer so umfassenden Bindung regelmäßig mE wohl im Wege stehen wird.

Seite 436

Für die Parteien ergibt sich aus dem Gesagten zweifellos eine gewisse Unsicherheit hinsichtlich der Vorhersehbarkeit der von ihnen zu gewärtigenden Rechtsfolgen (Wirksamkeit oder Unwirksamkeit).

Gerade die Anwendung des § 879 ABGB bietet aber in problematischen und hinsichtlich der konkreten Interessenabwägung schwer zu entscheidenden Fallkonstellationen uU adäquate Abhilfe: ME erscheint es

nämlich durchaus denkbar, den Gedanken der *Teilnichtigkeit* [37)] nicht nur für das Verhältnis zwischen Treuepflichtklausel und Pensionsvereinbarung als solcher fruchtbar zu machen[38)], sondern die *Rechtsfolgen* der einen *Verfall* von Pensionsleistungen bzw -anwartschaften vorsehenden, wettbewerbsbeschränkenden Treuepflichtklausel in Anwendung des Prinzips der Teilnichtigkeit zB *auf ein bloßes Ruhen* von Leistungen während der Dauer der Ausübung der Konkurrenztätigkeit *zu beschränken,* wenn die Interessenabwägung zu dem Ergebnis führt, daß zwar ein völliger Verfall, nicht aber ein Ruhen der Pensionsleistungen sittenwidrig wäre. Dagegen kann mE nicht eingewendet werden, daß eine solche Sichtweise eine unzulässige, den Parteiwillen außer acht lassende Umgestaltung der vertraglichen Regelung bedeuten würde, weil es sich beim Ruhen von Pensionsleistungen (zB infolge einer Konkurrenztätigkeit) nicht um ein aliud, sondern gegenüber dem völligen Verfall vielmehr um ein *minus* handelt. Im übrigen ist nach hA für die Beurteilung der Frage, ob Gesamt- oder Teilnichtigkeit vorliegt, nicht entscheidend, ob die Parteien auch ohne verbotene Klausel den Restvertrag geschlossen hätten, sondern welchen *Schutzzweck* die Verbotsnorm verfolgt[39)].

Selbst wenn man dem gerade geäußerten Gedanken nicht folgt, werden regelmäßig die Voraussetzungen der *Konversion* vorliegen, weil die Umdeutung in eine Anrechnungsklausel dem von den Parteien verfolgten Zweck eher entspricht als die Nichtigkeit[40)].

2. Ruhens- und Anrechnungsklauseln

Wie schon erwähnt, ließ die zitierte E des OGH aus dem Jahr 1988 die Frage unbeantwortet, in welchem Verhältnis zu den §§ 36, 37 AngG solche „Treuepflichtklauseln“ stehen, die bei Ausübung einer konkurrenzierenden Tätigkeit *nicht den Verfall* der Pension, sondern bloß deren *Ruhen* oder die *Anrechnung* anderweitig bezogenen Erwerbseinkommens auf die Pension vorsehen[41)].

Es kann kein Zweifel darüber bestehen, daß derartige Vertragsbestimmungen im Vergleich zu Verfallsklauseln eine *ungleich mildere Sanktion* für die Ausübung einer Konkurrenztätigkeit beinhalten. Dessenungeachtet müßte, wie ebenfalls schon erwähnt, der OGH auf der Grundlage der von ihm vertretenen Auffassung von der unmittelbaren Anwendbarkeit der §§ 36, 37 AngG auf „wettbewerbsbeschränkende“ Treuepflichtklauseln auch zur weitgehenden Unzulässigkeit von bloßen „Ruhensklauseln“ gelangen, weil – entgegen der offenbar vom OGH gebildeten Argumentationskette (Gleichsetzung des Verfalls mit einer Vertragsstrafe und daran anknüpfend Bejahung der Anwendbarkeit der §§ 36, 37 AngG) – § 36 AngG – betrachtet man den Wortlaut – seine grundsätzliche Anwendbarkeit nicht davon abhängig macht, *welche Intensität* die Beschränkung der „Erwerbstätigkeit“ nach Beendigung des Dienstverhältnisses aufweist. Argumentiert man wie der OGH, besteht kein grundlegendes Hindernis, auch das bloße Ruhen oder die Anrechnung des aus der Konkurrenztätigkeit bezogenen Einkommens als Vertragsstrafe zu qualifizieren – sieht man einmal davon ab, daß die Bezifferbarkeit des Nachteils ex ante meist nicht gegeben wäre.

Einzugehen ist in diesem Zusammenhang allerdings auf eine bemerkenswerte E des OGH aus dem Jahre 1987 (also zeitlich etwa ein Jahr *vor* Fällung der die Anwendbarkeit der §§ 36, 37 AngG auf wettbewerbsbeschränkende Treuepflichtklauseln bejahenden E), in der das Höchstgericht die Auffassung vertrat, eine vom Arbeitnehmer übernommene vertragliche Verpflichtung, nach seinem Ausscheiden aus dem Dienstverhältnis zwei Jahre hindurch andere Arbeitnehmer seines (ehemaligen) Arbeitgebers nicht zu beschäftigen, komme in ihrer Wirkung nicht den sog „Mandantenschutzklauseln“ gleich und unterliege weder der direkten noch der analogen oder sinngemäßen Anwendung der §§ 36, 37 AngG[42)].

Begründet wurde diese Auffassung damit, daß die Erwerbstätigkeit des Arbeitnehmers durch eine solche Klausel „nur mittelbar und ganz geringfügig beschränkt“[43)] werde, weil er *„bezüglich der Abwerbung von Kunden der klagenden Partei völlig frei war, und ihm, was die Einstellung von Arbeitskräften betraf, mit*

Ausnahme der Angestellten der klagenden Partei der gesamte Arbeitsmarkt zur Gewinnung von geeigneten Mitarbeitern offenstand“.

Das Interesse des Dienstgebers an der Haltung seines Personalstandes sei gegenüber einem ausscheidenden Dienstnehmer, der sich selbständig mache, auch dann schutzwürdig, wenn die Auflösung des Dienstverhältnisses durch den Dienstgeber erfolge, sodaß auch die gesetzliche Wertung des § 37 AngG nicht passe[44)].

Bemerkenswert ist diese E mE vor allem deshalb, weil damit der OGH implizit einräumte, daß *nicht jede* nachvertragliche Erwerbs- bzw Wettbewerbsbeschränkung des Arbeitnehmers unter die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 36, 37 AngG fällt. Nicht anders kann die Bemerkung verstanden werden, daß das Abwerbeverbot die Erwerbstätigkeit des Arbeitnehmers „nur mittelbar und ganz geringfügig beschränkte“. Der OGH ließ sich sogar auf – freilich nicht argumentativ zu Ende geführte – Ausführungen zur Interpretation des Wortlautes des § 36 AngG ein, wenn er ausführte, das Gesetz *„definiert Konkurrenzklauseln als Vereinbarungen, durch die der Angestellte für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner Erwerbstätigkeit beschränkt wird“* [45)], durch das vorliegende Abwerbeverbot sei jedoch der Beklagte *„weder an einer selbständigen noch an einer unselbständigen Erwerbstätigkeit im Geschäftszweig seines bisherigen Dienstgebers gehindert“* [46)].

An der gegen Begründung und Ergebnis des Erk gerichteten Kritik von *Holzer* [47)] ist mE nur soviel richtig, daß die These des OGH, bloß „mittelbare“ und „ganz geringfügige“ Erwerbsbeschränkungen fielen nicht unter die §§ 36, 37 AngG, zu „schamhaft“ vorgetragen und nicht umfassender begründet wurde. In der Sache selbst, dh *im Ergebnis,* überzeugt mE dagegen die Auffassung des OGH, weil sie den „heiklen Punkt“ der §§ 36, 37 AngG trifft und weil das Interesse des (ehemaligen) Dienstnehmers, gerade Mitarbeiter seines (ehemaligen) Arbeitgebers abzuwerben, *in aller Regel* tatsächlich deutlich hinter dem Interesse des Arbeitgebers an der Erhaltung seines Personalstandes zurückbleiben wird. Insb ist dem OGH darin Recht zu geben, daß vertragliche Abwerbeverbote in ihrer Intensität keinesfalls mit „Mandantenschutzklauseln“ – wie sie insb bei Freiberuflern vorkommen – verglichen werden können.

Die starre Einjahresgrenze des § 36 Abs 2 Z 1 AngG wird der bei derartigen Klauseln im Einzelfall nötigen Interessenabwägung in keiner Weise gerecht. Allerdings hätte man sich vom OGH eine *über den Anlaßfall hinausreichende Aussage* zur Frage erwarten können, warum und inwieweit § 36 AngG auf geringfügige bzw bloß mittelbar wirkende Wettbewerbsbeschränkungen nicht angewendet werden kann. Argumente dafür ließen sich mE einige finden.

Dem von *Holzer* [48)] aufgezeigten Umstand, daß die beklagte Partei damals „nahezu eine Monopolstellung“ bzw eine „marktbeherrschende Stellung“ bei der Unternehmens- und Personalberatung einnahm[49)], wäre durch die – mE allein in Betracht kommende – *Anwendung des § 879 ABGB* Rechnung zu tragen, die im Anlaßfall (nach entsprechender Klärung der tatsächlichen Marktsituation) auch zur Sittenwidrigkeit hätte führen können.

Diese Gedanken können uU für die Treuepflicht-Ruhensklausel und noch stärker für die bloße Anrechnungsklausel fruchtbar gemacht werden. Vor allem letztere bedeutet im Ergebnis eine bloß geringfügige Wettbewerbsbeschränkung, weil der Pensionsberechtigte finanzielle Sanktionen bei Ausübung

einer Konkurrenztätigkeit bzw (je nach Vertragsgestaltung) einer sonstigen Erwerbstätigkeit nur insoweit spürt, als er aus dieser Tätigkeit auch ein Einkommen bezieht, und er es (dies gilt auch für die Ruhensklausel) jederzeit in der Hand hat, die (ruhendgestellten oder gekürzten) Pensionseinkünfte durch Einstellung der Erwerbstätigkeit wieder voll aufleben zu lassen. Selbst wenn man daher die oben bereits – im Anschluß an *Resch* – geäußerten zivilrechtlich-konstruktiven Bedenken gegen die Gleichsetzung einer wettbewerbsbeschränkenden Treuepflichtklausel mit einer Konkurrenzklausel nicht teilt, spräche gegen die Anwendung der §§ 36, 37 AngG auf Ruhens- und insb auf Anrechnungsklauseln weiters der Umstand, daß die dadurch bewirkte Wettbewerbsbeschränkung eine nur *geringfügige* und unter der von § 36 AngG geforderten „Erheblichkeitsschwelle“ liegende ist.

Auch abgesehen von diesen Überlegungen zeigt sich gerade anhand von Anrechnungs- und Ruhensklauseln, die nach der Erfahrung des Verfassers aufgrund der vom OGH 1988 gefällten E vermehrt in der Praxis verwendet werden, wie unausgegoren die vom OGH für einen einzelnen (im *Ergebnis* wohl sogar richtig beurteilten) Fall entwickelte Lösung tatsächlich ist.

Bei derartigen Bestimmungen kommt nämlich zusätzlich das schützenswerte *Interesse* des Arbeitgebers, eine *Überversorgung des Berechtigten zu verhindern* [50)], ins Spiel. Ist die im Ruhen der Pension bzw in der Anrechnung anderweitiger Einkünfte liegende Sanktion nach dem Vertrag bloß bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses bzw bis zum Erreichen eines bestimmten Lebensalters des Berechtigten, also *befristet,* vorgesehen, so darf überdies nicht übersehen werden, daß die Ruhens- bzw Anrechnungsklausel *wirtschaftlich* nicht viel anders wirkt als eine entsprechende *Hinausschiebung* des für die erstmalige Auszahlung der Betriebspension geltenden *Anfallsalters.* Ist in der Pensionsvereinbarung zB vorgesehen, daß der Mitarbeiter zwar bereits nach zehnjähriger Anwartschaft ab dem Zeitpunkt seines – nicht durch ihn selbst verschuldeten – Ausscheidens

aus dem Unternehmen Anspruch auf Auszahlung einer Betriebspension besitzt, daß auf diese Pension jedoch anderweitig bezogenes Erwerbseinkommen bis zur Erreichung des 60. oder 65. Lebensjahres *anzurechnen* ist oder daß für die Dauer des Bezugs eines solchen Erwerbseinkommens bis zum Eintritt dieses Alters der Pensionsanspruch *ruht,* bedeutet eine derartige Regelung *im Ergebnis* eine Hinausschiebung des Anfallsalters bis zum gesetzlichen Pensionsalter bzw bis zu jenem Zeitpunkt, in dem der Betroffene sich tatsächlich zur Ruhe setzt, wobei der Unterschied zu einer bloßen Anfallsaltersklausel lediglich darin besteht, daß bei der Anrechnungsklausel der *Arbeitgeber zusätzlich das Risiko der Arbeitslosigkeit* des ehemaligen Mitarbeiters – uU sogar das Risiko der bloßen Arbeitsunwilligkeit – *trägt.*

Davon ausgehend wäre es ein *grober Wertungswiderspruch,* derartige Bestimmungen als sittenwidrig und damit unwirksam zu qualifizieren, bedeuten sie im Ergebnis doch eine *weit bessere Absicherung des Berechtigten* als die – praktisch viel häufigere und zweifellos rechtlich unbedenkliche – Regelung, daß ein betrieblicher Pensionsanspruch zB erst im Zeitpunkt des Erwerbs eines ASVG-Pensionsanspruchs fällig wird.

Hat man dies vor Augen, kann die Unzulässigkeit einer Ruhens- bzw Anrechnungsklausel auch nicht dann befürwortet werden, wenn das Ruhen bzw die Anrechnung nur in bezug auf das bei einem *Konkurrenzunternehmen* bezogene Erwerbseinkommen eintreten soll. Eine solche Regelung ist für den Berechtigten zweifellos (noch) günstiger als das Ruhen bzw die Anrechnung bei Bezug *irgendeines*

anderweitigen Erwerbseinkommens. Die bloße Tatsache, daß es in jenem Fall dem Arbeitgeber offenbar weniger um die Verhinderung einer Überversorgung als vielmehr um die Verhinderung einer Beeinträchtigung seiner Interessen durch die Konkurrenzierung seitens eines ehemaligen (leitenden) Mitarbeiters geht, kann mE für die Unzulässigkeit nicht ausreichen.

Bei Pensionsvertragsklauseln, die die *Anrechnung* anderweitigen – nicht notwendigerweise aus einer Konkurrenztätigkeit stammenden – Einkommens auf die Pension vorsehen, gelten noch weitere Argumente für die Zulässigkeit, weil bei ihnen das *Naheverhältnis zu reinen Berechnungsvorschriften* (vgl auch unten C.III.2) deutlich wird. Dies gilt unabhängig davon, ob die Anrechnung zB nur bis zum Erwerb eines gesetzlichen Pensionsanspruches oder unbefristet, dh für die gesamte Dauer des Pensionsbezuges, vorgesehen ist. Wie es keineswegs unzulässig oder sittenwidrig ist, im Pensionsvertrag vorzusehen, daß von Dritten (insb von der staatlichen Sozialversicherung) bezogene *Pensionsleistungen* auf die Betriebspension anzurechnen sind (sog „Gesamtpension“)[51)], kann auch die Anrechnung des von dritter Seite bezogenen *Erwerbs*einkommens im Grundsatz nicht auf rechtliche Bedenken stoßen. Ob dieses Erwerbseinkommen aus einer den (ehemaligen) Arbeitgeber konkurrenzierenden oder nicht konkurrenzierenden Tätigkeit stammt, kann und darf nicht ausschlaggebend sein. Pensionsvertragliche Regelungen, die die Anrechnung bestimmter Drittleistungen auf die Pension *ohne* Bezugnahme auf ein gegen die Interessen des (ehemaligen) Arbeitgebers verstoßendes Verhalten statuieren, sind auch gar keine „Treuepflichtklauseln“ im hier verstandenen, ohnehin sehr weiten Sinn (vgl oben A.).

Ruhensklauseln, die generell und unabhängig von einem zeitlichen Naheverhältnis zum den Pensionsanspruch begründenden Arbeitsverhältnis das Ruhen der Pensionsleistung bei Ausübung einer Konkurrenztätigkeit normieren, *können* allerdings im Einzelfall durchaus *sittenwidrig* sein, wenn die gebotene Abwägung ergibt, daß das Interesse des Arbeitgebers an der Unterbindung von Wettbewerb durch seinen (ehemaligen) Mitarbeiter in concreto deutlich hinter dessen Interesse an anderweitiger – auch konkurrenzierender – Betätigung zurückbleibt.

Dies wird umso eher der Fall sein, je geringer die Pension in Relation zur Dauer des Dienstverhältnisses ist, je länger dessen Ende zurückliegt und je weniger „gefährlich“ dem Arbeitgeber eine Konkurrenztätigkeit seines (ehemaligen) Mitarbeiters in Anbetracht der von diesem ehemals ausgeübten Tätigkeit typischerweise werden kann (vgl oben 1.b).

(Schluß folgt!)

[1)] Vgl §§ 36, 37 AngG.

[2)] Vgl dazu OGH Arb 8703 = ZAS 1973, 134 mit Anm *Holzer; Schwarz/Holzer,* Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre zukünftige Gestaltung 111 f; *Binder,* Das Zusammenspiel arbeits- und sozialrechtlicher Leistungsansprüche 369 ff; erstmals ausführlich *Steindl,* Die sogenannte „Verfallsklausel“ und die Verfallsproblematik im Recht der betrieblichen Altersversorgung, in: *Runggaldier/Steindl* (Hrsg), Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung 381 ff; *Petrovic,* Betriebspension und Treuepflicht, in: *Runggaldier/Steindl,* Handbuch 311 ff; OGH SZ 61/119 = Arb 10.742 = DRdA 1990, 305 mit Anm *Resch* = ZAS 1989, 171 mit Anm *Binder; Runggaldier/G. Schima,* Die Rechtsstellung von Führungskräften 163 f, 204 f; *Resch,* Treuepflichtklauseln in Betriebspensionsvereinbarungen, ecolex 1991, 551 ff, 631 ff.

[3)] Vgl zu solchen auch ohne vertragliche Vereinbarungen rechtswidrigen Verhaltensweisen *Krejci,* Wettbewerbsbeschränkung und Geheimhaltungspflichten ausgeschiedener

Arbeitnehmer, ÖZW 1975, 1 ff.

[4)] In *Runggaldier/Steindl,* Handbuch 381 ff.

[5)] Auch *Petrovic* in *Runggaldier/Steindl* 326 und FN 84 hat offenkundig ausschließlich Verfallsklauseln vor Augen.

[6)] Arb 8703 = ZAS 1973, 134 mit Anm *Holzer.*

[7)] *Insoweit* ist dem OGH in der E aus 1988 (FN 9) zuzustimmen; vgl aber *Holzer,* ZAS 1973, 135 f.

[8)] *Holzer* folgend *Schwarz/Holzer,* Treuepflicht 111 f; *Martinek/Schwarz,* AngG[6], 701; *Binder,* Zusammenspiel 369 ff; *Petrovic* in *Runggaldier/Steindl,* Handbuch 311 ff, 327 und FN 91; vgl demgegenüber *Steindl* in *Runggaldier/Steindl,* Handbuch 391 f, der noch vor der im folgenden zitierten E des OGH die Auffassung vertrat, der durch eine Verfallsklausel für den Arbeitnehmer eintretende Nachteil könne als Konventionalstrafe qualifiziert werden und unterliege dem richterlichen Mäßigungsrecht.

[9)] OGH SZ 61/119 = Arb 10.742 = DRdA 1990, 305 mit Anm *Resch* = ZAS 1989, 171 mit Anm *Binder;* vgl dazu *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 163 f, 204 f.

[10)] Arb 8.703 = ZAS 1973, 134.

[11)] In *Runggaldier/Steindl* 391 f.

[12)] Nach hM wird eine Pensionsforderung, hinsichtlich der der Berechtigte die vertraglich geregelte Wartezeit zurückgelegt, jedoch das festgelegte Anfallsalter nicht erreicht hat, als entstanden und bloß noch nicht fällig angesehen (vgl die Nachweise bei *Petrovic* in *Runggaldier/Steindl,* Handbuch 324 FN 75).

[13)] *Steindl* in *Runggaldier/Steindl,* Handbuch 391, insb 391 f FN 19, hat eine solche Begründung immerhin ansatzweise versucht, dabei allerdings nur einen Teil des Problems erkannt, nämlich die Frage der finanziellen Berechenbarkeit des im Verfall liegenden Nachteils, nicht jedoch die Frage, ob von pauschaliertem *Schadenersatz* überhaupt gesprochen werden kann, wenn kein Erfüllungsanspruch (nämlich hinsichtlich der Unterlassung einer Konkurrenztätigkeit) besteht (vgl FN 18).

[14)] Wodurch die Konventionalstrafe sich in ihrer Rechtsnatur dem *Reugeld* annähert und der Absicherungseffekt sogar ins Gegenteil verkehrt wird (vgl zur Rechtsnatur des Reugeldes *Koziol/Welser,* Grundriß[9] I 210 f; *Reischauer* in *Rummel,* ABGB[2] Rz 7, 13 zu § 909); *Reischauer* betont zu Recht, daß die von manchen unterschiedene *unechte* Vertragsstrafe, bei der kein Erfüllungsanspruch, sondern nur Anspruch auf den Vergütungsbetrag besteht, in Wahrheit Reugeldcharakter besitzt und nicht die Verstärkung, sondern die *Abschwächung* der vertraglichen Pflichten bewirkt (in *Rummel,* ABGB[2] Rz 2a zu § 909).

[15)] § 36 Abs 1 AngG; so auch *Resch,* DRdA 1990, 308.

[16)] DRdA 1990, 310 f.

[17)] In *Runggaldier/Steindl,* Handbuch 391 f FN 19.

[18)] Zwar ging es *Steindl* (in *Runggaldier/Steindl,* Handbuch 391 f FN 19) offenbar vorrangig darum, die *Berechenbarkeit* der im Pensionsverfall liegenden Sanktion zu demonstrieren, doch ist damit der Konventionalstrafencharakter noch nicht bewiesen, weil *Steindls* These, es handle sich beim Pensionsverfall um pauschalierten *Schadenersatz,* zu entgegnen ist, daß eine durchsetzbare vertragliche Verpflichtung zur Unterlassung einer Konkurrenztätigkeit auf der Basis der in der Praxis vorkommenden Pensionsverträge gar nicht existiert, weshalb mangels Vertragsverletzung ein Schadenersatzanspruch nicht entstehen kann (*Reischauer* in *Rummel,* ABGB[2] Rz 13 zu § 909), sondern der Verfall den Charakter eines *Entgeltersatzes* aufweist (vgl

Reischauer in *Rummel,* ABGB[2] Rz 2a zu § 909). Damit ist aber der These vom Konventionalstrafencharakter des Pensionsverfalls mE überhaupt der Boden entzogen.

[19)] Entgeltfunktion (vgl FN 18).

[20)] DRdA 1990, 310 f.

[21)] Zutreffend *Resch,* DRdA 1990, 310.

[22)] *Resch,* DRdA 1990, 310.

[23)] „Rechtspflicht minderer Intensität“ im Sinne *Holzers;* vgl zur Rechtsnatur von Obliegenheiten *Koziol/Welser,* Grundriß[9] I 44 f.

[24)] Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe als solche gewährt mangels anderweitiger Vereinbarung kein Reurecht: *Mayrhofer,* Zur Rechtsnatur der Stornogebühr nach österreichischem Privatrecht, in: FS Herdlitczka 188 ff; *Reischauer* in *Rummel,* ABGB[2] Rz 7 zu § 909; *Krejci* in *Rummel,* ABGB[2] Rz 3 zu § 7 KSchG.

[25)] Vgl FN 14.

[26)] *Holzer,* ZAS 1973, 135 f; vgl die Nachw bei *Petrovic* in *Runggaldier/Steindl* 327 FN 91.

[27)] DRdA 1990, 309 f. Seiner Kritik ist freilich nicht ganz klar zu entnehmen, inwieweit sie *rechtspolitischen* Charakter trägt (vgl den Hinweis des Autors, die restriktive Rsp des OGH läge „nicht im Interesse der Arbeitnehmer“, weil sie zu einem vermehrten Ausstieg aus der Betriebspension führen werde. Dieser Hinweis ist als solcher zwar zweifellos zutreffend und seine Richtigkeit in der Praxis auch bereits deutlich spürbar [wobei dies sicher nicht *allein* auf die hier kritisierte OGH-Judikatur zurückzuführen ist], doch ist darin kein rechtsdogmatisches Argument zu erblicken).

[28)] Letzterem Kriterium mißt allerdings *Binder,* Zusammenspiel 369 ff und in ZAS 1989, 172 – dagegen *Resch,* DRdA 1990, 310 – entscheidende Bedeutung zu.

[29)] So *Binder,* ZAS 1989, 172 und *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 204, die sich jedoch nicht klar dazu äußern, ob dies die Erreichung des „gesetzlichen“ Pensionsalters voraussetzt oder schon dann zu befürworten ist, wenn der (ehemalige) Arbeitnehmer einen seinen Lebensunterhalt deckenden Betriebspensionsanspruch bereits *vor* Erreichung des gesetzlichen Pensionsalters besitzt.

[30)] DRdA 1990, 310; *Resch,* ecolex 1991, 553.

[31)] Die von *Runggaldier* und *G. Schima* (Führungskräfte 204) gezogene Schlußfolgerung bewegt sich daher zwar innerhalb der „Begründungslogik“ des OGH, doch führt sie bei nochmaliger Betrachtung in die falsche Richtung, weil sie die Argumentationsfehler des OGH „weitertransportiert“. Daß es im Rahmen der – mE in Wahrheit allein maßgeblichen – Anwendung des § 879 ABGB (vgl unten b) freilich sehr wohl (ua) darauf ankommt, ob der Pensions- bzw Anwartschaftsberechtigte „auf die Verwertung seiner Arbeitskraft angewiesen“ ist, wird noch zu zeigen sein.

[32)] Vgl *Resch,* DRdA 1990, 310.

[33)] Allenfalls auch in § 37 AngG.

[34)] In diesem Sinne grundsätzlich zutreffend *Resch,* DRdA 1990, 311.

[35)] So unverständlicherweise *Resch,* DRdA 1990, 311, der damit seine überzeugende These von der Verschiedenartigkeit von Treuepflicht- und Konkurrenzklauseln im Ergebnis wieder zunichte macht. In der Folge scheint *Resch* (ecolex 1991, 553) überhaupt auf die Linie des OGH von der direkten Anwendbarkeit der §§ 36 f AngG auf wettbewerbsbeschränkende Treuepflichtklauseln eingeschwenkt zu sein.

[36)] Vgl *Petrovic* in *Runggaldier/Steindl,* Handbuch 327 f.

[37)] Vgl dazu *Krejci* in *Rummel,* ABGB^2 Rz 250 zu § 879 mwN.

[38)] Die Teilnichtigkeit in bezug auf die Treuepflichtklausel ist grundsätzlich Voraussetzung dafür, daß der Arbeitnehmer überhaupt Pensionsleistungen erhält.

[39)] Vgl OGH SZ 47/8; *Krejci* in *Rummel,* ABGB^2 Rz 250 zu § 879.

[40)] Vgl zur Konversion *Koziol/Welser,* Grundriß^9 I 155 f mwN; gegen eine Konversion spricht nicht, daß der Arbeitnehmer natürlich am liebsten *weder* eine Ruhens- *noch* eine Anrechnungsklausel in seinem Pensionsvertrag hätte, weil davon auszugehen ist, daß der Arbeitgeber in dieser Form die Vereinbarung *überhaupt nicht* abgeschlossen hätte und anderenfalls eine Konversion in allen Fällen ausschiede, in denen die von Nichtigkeit bedrohte Bestimmung einem Vertragsteil nachteilig ist.

[41)] Vgl dazu bislang nur *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 163 f.

[42)] OGH DRdA 1990, 49 mit Anm *Holzer.*

[43)] OGH DRdA 1990, 52.

[44)] OGH DRdA 1990, 53.

[45)] OGH DRdA 1990, 52.

[46)] OGH ebenda.

[47)] DRdA 1990, 54 f.

[48)] DRdA 1990, 54.

[49)] Dies dürfte in tatsächlicher Hinsicht zwar leicht übertrieben sein, im Kern aber doch zutreffen.

[50)] Vgl *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 163 f.

[51)] Vgl *Pobenberger,* Betriebliche Altersversorgung aus sozialrechtlicher Sicht, in: *Runggaldier/Steindl,* Handbuch 229 ff, und das Vertragsmuster 419 ff.

Ein Inhalt der Verlag Österreich GmbH

JBl - Juristische Blätter
Zulässigkeit von Treuepflichtklauseln in Pensionsverträgen innerhalb und außerhalb der Geltung des Betriebspensionsgesetzes
Erstellt von Julia Toferer 20.1.2021

JBl - Juristische Blätter

Zulässigkeit von Treuepflichtklauseln in Pensionsverträgen innerhalb und außerhalb der Geltung des Betriebspensionsgesetzes

Aufsätze • RA Dr. Georg Schima • JBl 1993, 494 • Heft 8 v. 1.8.1993

(Schluß)

II. Sonstige Treuepflichtklauseln

Wohl nicht weniger verbreitet in der Praxis sind Regelungen in Pensionsverträgen, die den Verfall von Pensionsleistungen bzw -anwartschaften nicht wegen einer den (ehemaligen) Arbeitgeber konkurrenzierenden Tätigkeit, sondern im Falle einer gegen den Arbeitgeber, dessen Ruf, dessen Mitarbeiter etc gerichteten, rechtswidrigen, uU strafbaren Handlung – zB im Falle des Geheimnisverrats bzw der Industriespionage – vorsehen. Derartige Klauseln sanktionieren – anders als „wettbewerbsbeschränkende“ Treuepflichtklauseln – regelmäßig ein *auch ohne* (pensions-)*vertragliche Vereinbarung rechtswidriges* (deliktisches) oder gar gerichtlich strafbares *Verhalten.* Die Art der Sanktion besteht bei den in der Praxis üblichen Bestimmungen so gut wie immer im völligen und unwiderruflichen *Verfall* von Leistungen bzw Anwartschaften, was auch in der Natur der Sache liegt, weil ein bloßes Ruhen oder eine Anrechnung der Art des Verstoßes meist nicht gerecht würde[52].

In seiner jüngeren Judikatur beschränkte der OGH – ganz offensichtlich beeinflußt vom deutschen BAG[53] – die Zulässigkeit solcher Treuepflichtklauseln auf derart schwerwiegendes Fehlverhalten des (ehemaligen) Mitarbeiters, daß dessen *Betriebstreue,* rückblickend betrachtet, gewissermaßen *„wertlos“* erscheint[54]. Ein Tatbestand, der bei aufrechtem Dienstverhältnis die Entlassung rechtfertigen würde, reicht nach der Meinung des OGH dafür noch *nicht* schlechthin aus. So sprach der OGH zB aus, daß die Geltendmachung (und Liquidierung) eines Abfertigungsanspruches durch den ehemaligen Landesdirektor einer Versicherung in Form einer unrichtigen Schadensmeldung kein den Pensionsverfall rechtfertigender Grund sei[55], obwohl das Verhalten

des Mitarbeiters wohl sogar strafrechtlich relevant war[56], zumindest aber dessen Vertrauensunwürdigkeit begründete[57].

Die dargestellte Auffassung der Judikatur ist offensichtlich die Konsequenz aus der besonderen Betonung – mE Überbetonung – des Entgeltcharakters von betrieblichen Pensionszusagen[58]. Dadurch, daß der OGH in generell-schematischer und nicht am Einzelfall orientierter Weise[59] betriebliche Pensionsleistungen (offenbar ausschließlich) als *Entgelt für* bereits *erbrachte*

Arbeitsleistungen ansieht, rückt er den Betriebspensionisten in der Tat in die Nähe der Position eines Verkäufers, der seine Ware abgeliefert hat und nun auf die Zahlung des Kaufpreises wartet[60]. Dabei wird freilich übersehen, daß es – innerhalb der durch § 879 ABGB gezogenen Grenzen – allein innerhalb der Parteienposition steht, zu bestimmen, welche Leistungen bzw Verhaltensweisen der Vertragspartner in das Synallagma einbezogen werden. Enthält ein Pensionsvertrag zahlreiche Vorschriften, die den Pensionsberechtigten auch und gerade nach seinem Ausscheiden aus dem pensionsbegründenden Arbeitsverhältnis treffen, ihm zB verschiedene Verhaltenspflichten auferlegen oder verschiedene Tätigkeiten untersagen, ist daraus abzuleiten, daß die Betriebspension eben *nicht* ausschließlich Entgelt für die vom Arbeitnehmer im Rahmen des aufrechten Arbeitsverhältnisses erbrachten Leistungen sein soll[60a]. Die – gewiß plakative – Formel vom vorleistungspflichtigen Arbeitnehmer, der nunmehr, dh im Ruhestand, dem (ehemaligen) Arbeitgeber „auf Gedeih und Verderb ausgeliefert" ist[61], *setzt daher generell etwas voraus, was* zwar in vielen Fällen zutreffen mag, dessenungeachtet aber *für jede einzelne Pensionsvereinbarung gesondert zu überprüfen wäre.* Die von *Petrovic* [62] in Abweichung von der wohl hM vertretene Ansicht, die Betriebspension sei nicht als „aufgeschobener Arbeitslohn", sondern vielmehr als *Entgelt für* bereits erbrachte bzw noch zu erbringende *Betriebstreue* zu qualifizieren, trifft den Kern der Sache zwar mE besser, leidet aber ebenfalls an der Schwäche einer generalisierenden Sichtweise.

Vor allem ist der vom OGH bei Überprüfung der Zulässigkeit von pensionsvertraglichen Verfallsklauseln bei Vorliegen einer gegen den Arbeitgeber gerichteten Verhaltensweise angelegte *Maßstab überzogen* [63]. Es mag zwar noch richtig sein, daß nicht jeder bei aufrechtem Arbeitsverhältnis den Arbeitgeber zur Entlassung berechtigende Grund schlechthin zum Verfall der pensionsvertraglichen Leistungen gegenüber dem Ruheständler berechtigt, doch engt der OGH die Voraussetzungen für die Zulässigkeit ungerechtfertigt und ohne tragfähige rechtliche Grundlage ein, wenn er[64] durch Übernahme einer von *Petrovic* [65] verwendeten Formel behauptet, nur solche Aktivitäten des ehemaligen Arbeitnehmers berechtigten zum Widerruf bzw Verfall, die *„vorsätzlich oder zumindest grob fahrlässig ohne berechtigtes Eigeninteresse"* vorgenommen wurden *und „dem Arbeitgeber nach Lage der Dinge derart erheblichen Schaden zugefügt"* hätten, daß es für ihn *„unter objektiven Gesichtspunkten unzumutbar"* sei, noch *„länger am Vertrag festzuhalten".* Vor allem gegen den zweiten Teil dieser „Formel" ist Widerspruch anzumelden: Zu fordern, daß ein – ohnehin bereits als rechtswidrig und schuldhaft, vielleicht sogar als strafgesetzwidrig (vgl die eben zitierte Entscheidung) qualifiziertes – Verhalten *zusätzlich* und nachweislich den Arbeitgeber „erheblich geschädigt" haben muß, würde Verfallsklauseln selbst in ganz krassen Fällen oft unbrauchbar machen, weil der *Nachweis eines bezifferbaren Schadens meist nicht möglich sein* wird. Selbst wenn der Arbeitgeber am Ende des Arbeitsverhältnisses entdecken sollte, daß der Mitarbeiter fortgesetzt Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse verraten[66] oder untergeordnete Mitarbeiter erpreßt hat[67], könnte nach dieser Formel – streng genommen – von der Verfallsklausel uU nicht Gebrauch gemacht werden, weil ein exakter Schadensnachweis kaum möglich sein wird oder – wie im zuletzt zitierten Fall – dem Arbeitgeber ein *Vermögensschaden* vielleicht überhaupt nicht entstanden ist.

Daß (Dauer-)Schuldverhältnisse bei Vorliegen wichtiger, die Unzumutbarkeit der Vertragsfortführung begründender Umstände auch dann vorzeitig aufgelöst werden können, wenn dem vertragstreuen Teil *keinerlei* konkret meßbarer Vermögensschaden entstanden ist, sollte zum gesicherten und von niemandem bezweifelten zivil- und arbeitsrechtlichen Wissensstand zählen.

Zwar ist anzunehmen bzw zu hoffen, daß der OGH in derart krassen Fällen wie den eben aufgezählten sich mit der typischen „Schadensgeneigtheit" solcher Verhaltensweisen des Arbeitnehmers ohne konkreten, ziffernmäßigen Nachweis begnügen würde, doch sollte mE vom Erfordernis eines – auch nur potentiellen – Vermögensschadens des Arbeitgebers durch das treuewidrige Verhalten des (ehemaligen) Arbeitnehmers überhaupt abgesehen werden. Es muß – *insoweit* weist die oben zitierte „Formel" des OGH in die richtige Richtung – für die Zulässigkeit

des – vertraglich vorbehaltenen (!)[67a)] – Widerrufs bzw Verfalls ausreichen, wenn der (ehemalige) Arbeitnehmer rechtswidrig und schuldhaft, *ohne berechtigtes Eigeninteresse* (dieses Merkmal ist mE in der Tat bedeutsam)[67b)] ein gegen die Interessen des Arbeitgebers gerichtetes Verhalten gesetzt hat, das es vom Standpunkt des Arbeitgebers als gerechtfertigt erscheinen läßt, von einem vertraglich für diesen Fall vorgesehenen Widerrufs- bzw Verfallsrecht Gebrauch zu machen.

Durch die jüngere Judikatur des OGH überhaupt nicht beachtet wird der Umstand, daß im Rahmen der Privatautonomie auch bei Pensionsverträgen ein gewisser Spielraum der Vertragspartner anzuerkennen ist, innerhalb dessen eine *vertraglich exakte Festlegung* von Widerrufs- bzw Verfallstatbeständen möglich sein muß. Es macht mE einen Unterschied, ob im Pensionsvertrag die Klausel enthalten ist, die Leistungen würden endgültig eingestellt, wenn der (ehemalige) Arbeitnehmer *„wichtige Interessen des Arbeitgebers schädigt“,* oder ob der Vertrag zB die Klausel beinhaltet, im Falle der nachträglichen Entdeckung der Mitnahme bestimmter (uU genau bezeichneter) Geschäftsunterlagen[68)] sei der Arbeitgeber zur Einstellung sämtlicher Leistungen befugt.

Im ersten Fall mag die – infolge der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe erforderliche – Auslegung im Einzelfall zum Ergebnis führen, daß zB die Mitnahme bestimmter, für den Arbeitgeber in concreto nicht so bedeutsamer Dokumente den Verfallstatbestand nicht verwirklicht, wohingegen derartige Erwägungen im zweiten Fall mE außer Betracht zu bleiben haben. Die Parteien haben im zweitgenannten Beispiel den *Verfallstatbestand exakt umschrieben,* weshalb der Arbeitnehmer sich nicht darauf berufen kann, mit einer Anwendung bei einer derartigen Fallkonstellation nicht habe rechnen zu müssen. Voraussetzung ist freilich, daß der Verfallstatbestand tatsächlich ein Verhalten des Arbeitnehmers beschreibt, das den Charakter einer *vorsätzlichen oder grob fahrlässigen, rechtswidrigen* und *ohne berechtigtes Eigeninteresse* vorgenommenen, *gegen den Arbeitgeber gerichteten Handlung* aufweist. Hier ist der Arbeitnehmer mE *selbst dann nicht schutzwürdig, wenn ihn der Verfall wirtschaftlich sehr hart trifft.* Für das gegenteilige Ergebnis hat der OGH bislang keinerlei tragfähige Begründung geliefert. Vor allem die in § 23 Abs 7 AngG zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wertung spricht klar gegen die Auffassung des OGH. Auch die Abfertigung ist Entgelt für langjährige Dienste, und dennoch ermöglicht der Gesetzgeber den völligen Verfall dieses bereits „erdienten“ Entgelts, wenn der Arbeitnehmer nach Jahren untadeliger Dienstleistung zB einmal die Nerven verliert und den Arbeitgeber beleidigt (vgl § 27 Z 6 AngG), ohne ihm damit einen Vermögensschaden zuzufügen[69)].

Bei *vorsätzlichem* Handeln des (ehemaligen) Mitarbeiters muß grundsätzlich aber auch eine *generalklauselartige Umschreibung* für den Verfall *ausreichen,* weil in derartigen Fällen der Arbeitnehmer generell keinen Schutz verdient, sofern es sich dabei um unabhängig von vertraglichen Vereinbarungen rechtswidrige, dh *deliktische* oder gar strafgesetzwidrige Verhaltensweisen handelt. Gegenüber dem an einer wohl als Untreue nach § 153 StGB zu qualifizierenden Handlung des Generaldirektors beteiligten Versicherungsdirektor hätte daher – entgegen der Ansicht des OGH[70)] – der Pensionsverfall sehr wohl ausgesprochen werden dürfen.

Aus dem bisher Gesagten folgt, daß als rechtlich anzuerkennende Verfallstatbestände grundsätzlich *sowohl während aufrechten Dienstverhältnisses* gesetzte, vom Arbeitgeber jedoch erst nach Auflösung des Dienstverhältnisses entdeckte Verhaltensweisen

des Arbeitnehmers[71)] *als auch erst im Ruhestand begangene,* gegen die Interessen des Arbeitgebers gerichtete Handlungen (Unterlassungen) in Betracht kommen[72)]. Gegen die Anerkennung von bereits bei aufrechtem Arbeitsverhältnis verwirklichten, jedoch nicht zum Gegenstand einer Entlassung gemachten, weil dem Arbeitgeber nicht bekannten Tatbeständen kann nicht ins Treffen geführt werden, daß damit der Arbeitgeber das ihn grundsätzlich treffende Risiko des Nichtbekanntwerdens von Entlassungsgründen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses unzulässig auf den Arbeitnehmer überwälzt[73)]. Abgesehen davon, daß die

Rechtsnatur einer Entlassung von der eines Verfalls von Pensionsleistungen nach Beendigung des Dienstverhältnisses deutlich zu unterscheiden ist, handelt es sich bei der Betriebspension – dies kann angesichts der Judikatur des OGH nicht oft genug betont werden – um eine *freiwillige Leistung,* deren Gewährung der Arbeitgeber grundsätzlich auch und gerade davon abhängig machen können muß, daß der – vielleicht nur schwer kontrollierbare – Arbeitnehmer sich nicht bloß bei Zugrundelegung des im Auflösungszeitpunkt herrschenden Wissensstandes, sondern auch bei einer längere Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses erfolgten ex post-Betrachtung nichts Gravierendes hat zuschulden kommen lassen. Selbst wenn man – was auch *Petrovic* [74)] ablehnt – die Betriebspension mit „aufgeschobenem Lohn" gleichsetzt, würde sich keinesweges automatisch die Unzulässigkeit einer solchen Gestaltung ergeben. Vielmehr behält sich der Arbeitgeber dann ein – gewissermaßen zur „rückwirkenden Lohnkürzung" führendes – *Gestaltungsrecht* vor, dessen Ausübung sich nach der jüngsten Rsp des OGH[75)] im Rahmen „billigen Ermessens" zu bewegen hätte. Ist für die Ausübung des Gestaltungsrechts das *nachträgliche Hervorkommen schwerer dienstlicher Verfehlungen* des (ehemaligen) Mitarbeiters Voraussetzung, kann selbst bei restriktiver Betrachtung schwerlich von unbilliger oder gar willkürlicher Ermessensausübung gesprochen werden.

Allerdings können die in der Praxis häufig verwendeten Verfallsklauseln durchaus die Frage aufwerfen, *ob* sie tatsächlich in dem Sinne zu verstehen sind, daß auch ein bereits bei aufrechtem Dienstverhältnis gesetztes Fehlverhalten des Mitarbeiters zum Pensionsverfall führen kann.

Lautet eine Bestimmung etwa *„Der Anspruch auf Pension erlischt, wenn die pensionsberechtigte Person vorsätzlich wichtige Interessen der Gesellschaft schädigt, mit dem Ende jenes Monats, in dem die schädigende Handlung gesetzt wurde",* so ist zumindest zweifelhaft, ob davon auch schon bei aufrechtem Dienstverhältnis gesetzte Verhaltensweisen erfaßt sind, zumal die Judikatur bei der Auslegung von Pensionsverträgen zwar dazu tendiert, die zur Anspruchsberechtigung bzw zum Erhalt des Anspruches führenden Bestimmungen großzügig, dh extensiv, zu interpretieren[76)], Widerrufsvorbehalte jedoch tendenziell einschränkend auslegt bzw den Widerruf pensionsvertraglicher Leistungen, bei denen der Pensionsvertrag überhaupt kein Widerrufsrecht vorsieht, selbst im Falle extremster wirtschaftlicher Schwierigkeiten des Arbeitgebers oder grober Pflichtverstöße des Berechtigten versagt[77)]. Hinzu kommt, daß die Judikatur auf Pensionsvereinbarungen die Unklarheitenregel des § 915 ABGB anwendet[78)], was sich regelmäßig zum Nachteil des formulierenden Arbeitgebers auswirkt.

Um derartige Interpretationsprobleme zu vermeiden, ist dem Arbeitgeber anzuraten, die Verfallsklausel so zu formulieren, daß explizit darauf hingewiesen wird, daß sowohl die nachträgliche Entdeckung von bei aufrechtem Arbeitsverhältnis gesetztem Fehlverhalten als auch erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses begangene Handlungen (Unterlassungen) zur Sanktion (Pensionsverfall) führen können.

C. Beurteilung auf der Grundlage der Geltung des BPG

Durch das Inkrafttreten des BPG mit 1.7.1990 wurde die Rechtslage für den Abschluß von pensionsvertraglichen Zusagen grundlegend umgestaltet.

Der Gesetzgeber führte damit – angelehnt an das deutsche Regelungsmodell – erstmals das Institut der „unverfallbaren Anwartschaft" ein und regelte die Möglichkeit der Einstellung, des Verfalls bzw des Aussetzens von betrieblichen Ruhegeldleistungen erstmals genau bzw unterwarf sie engen Beschränkungen.

I. Vorstandsmitglieder einer AG (Sparkasse)

Fest steht, daß das *BPG auf direkte (dh einzelvertragliche) Pensionszusagen gegenüber Vorstandsmitgliedern einer AG (und Sparkasse)*

nicht anwendbar ist, weil diese keine Arbeitnehmer sind[79)] und ausschließlich unter § 1 Abs 2 BPG fallen, woraus folgt, daß bloß Zusagen von Leistungen einer betrieblichen Pensionskasse an Vorstandsmitglieder einer AG (Sparkasse) vom BPG erfaßt sind[80)].

Die Gestaltungsfreiheit in Pensionsverträgen mit Vorstandsmitgliedern einer AG (bzw Sparkasse) dürfte außerdem deshalb die vergleichsweise größte sein, weil auf diesen Personenkreis auch die §§ 36, 37 AngG zumindest nicht direkt, sondern allenfalls analog Anwendung finden[81)] und gerade diese Gesetzesbestimmungen in der referierten Entscheidung des OGH[82)] als grundlegender Wertmaßstab für die Zulässigkeit „wettbewerbsbeschränkender" Treuepflichtklauseln herangezogen wurden (s oben).

II. Geschäftsführer einer GmbH

Strittig ist dagegen, ob direkte Pensionszusagen gegenüber *Geschäftsführern einer GmbH* unter das BPG und dessen enge Ausgestaltungsschranken fallen.

Der Gesetzgeber hat mit der von ihm gewählten Textierung des § 1 Abs 1 und 2 BPG diese Kontroverse geradezu herausgefordert, weil das Verhältnis der beiden Absätze zueinander in der Tat interpretationsbedürftig ist.

Überzeugender scheint mir nach wie vor und aufgrund einer nochmaligen Überdenkung der Problematik sogar in noch stärkerer Weise die Auffassung zu sein, der zufolge die Formulierung des § 1 Abs 2 BPG, wonach dieses *„auch für Zusagen gemäß Abschnitt 2* [dh Zusagen von Leistungen einer betrieblichen Pensionskasse] *an Mitglieder von Vertretungsorganen juristischer Personen* [...]" gilt, als *Einschränkung* des § 1 Abs 1 BPG aufzufassen ist, wonach das BPG Leistungszusagen erfaßt, *„die dem Arbeitnehmer im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber gemacht werden".* Dies bedeutet, daß § 1 Abs 1 BPG in Wahrheit nur solche Arbeitnehmer meint, die nicht Organmitglieder sind, und daß § 1 Abs 2 BPG für Mitglieder des Vertretungsorgans juristischer Personen (dh Vorstandsmitglieder einer AG, Sparkasse, Genossenschaft, GmbH-Geschäftführer etc) unabhängig davon gilt, ob diese arbeitsvertragsrechtlich als Arbeitnehmer qualifiziert werden[83)], sodaß Pensionszusagen an Mitglieder des Vertretungsorgans nur dann vom BPG erfaßt werden, wenn es sich um Zusagen von *Leistungen einer Pensionskasse* gem Abschnitt 2 des BPG handelt.

Die von *Schrammel* [84)] dagegen vorgebrachten Argumente können mE letztlich nicht überzeugen. Daß der Gesetzgeber Mitglieder des Vertretungsorgans juristischer Personen *unabhängig* von ihrer Arbeitnehmereigenschaft *anders* als (sonstige) Arbeitnehmer behandelt, dh Mitglieder des Vertretungsorgans einem geringeren Schutz unterstellt, ist eine von den verschiedensten Gesetzen her bekannte und meist auch sachgerechte Regelungstechnik[85)]. Insofern ist das – von *Schrammel* verwendete – Argument mit der „Schutzbedürftigkeit" auch von im Rahmen eines Arbeitsvertrages beschäftigten Organmitgliedern stark zu relativieren.

Die Meinung *Schrammels* unterstellt dem Gesetzgeber in Wahrheit, er sei sich nicht des – allgemein bekannten – Umstandes bewußt gewesen, daß ein *beträchtlicher Anteil* der unter den Mitgliedern des Vertretungsorgans juristischer Personen zahlenmäßig bei weitem größten Gruppe, nämlich der GmbH-Geschäftsführer, nach stRsp aus Arbeitnehmern im arbeitsvertragsrechtlichen Sinn besteht[86], sondern habe geglaubt, die Begriffe Arbeitnehmer und Organmitglied bildeten keinerlei „Durchschnittsmenge". Eine ein solches Verständnis des Gesetzgebers voraussetzende Interpretation ist mE tunlichst zu vermeiden.

Geht man, was die anerkannten Grundsätze der Interpretation gebieten, davon aus, daß dem Gesetzgeber die Tatsache bewußt war, daß die Gruppen der „Arbeitnehmer" (im arbeitsvertragsrechtlichen Sinn) und der „Mitglieder des Vertretungsorgans einer juristischen Person" gerade hinsichtlich der GmbH-Geschäftsführer *starke Überschneidungen* aufweisen, hätte der Gesetzgeber in § 1 Abs 2 BPG nach der Wendung *„Mitglieder von Vertretungsorganen juristischer Personen des Privatrechts"* wohl die Wortfolge *„die nicht Arbeitnehmer im Sinne des Abs 1 sind [...]",* eingefügt, sofern er tatsächlich die von *Schrammel* vertretene Ansicht hätte zum Ausdruck bringen wollen.

Das gegenständliche Problem ist der Frage der Anwendung des DHG, das grundsätzlich für Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen (vgl § 1 Abs 1 DHG) gilt, auf Vorstandsmitglieder

einer AG und Geschäftsführer einer GmbH, für die es eigene gesellschaftsrechtliche Haftungsnormen gibt[87], vergleichbar. Diesbezüglich hat die Judikatur[88] zugunsten der gesellschaftsrechtlichen Haftungsbestimmungen und gegen die Anwendung des DHG entschieden und dies mit *Spezialitätserwägungen* begründet. Die gesellschaftsrechtlichen Haftungsvorschriften beanspruchen nämlich unabhängig von einer Arbeitnehmereigenschaft des Organmitgliedes Geltung[89].

Genau dasselbe ist mE bei § 1 Abs 2 BPG der Fall.

Im übrigen ist selbst bei Zugrundelegung der hier vertretenen Auffassung – entgegen dem offenbar von *Schrammel* (BPG 6 f) bezogenen Standpunkt – § 1 Abs 2 BPG zumindest als *partielle Erweiterung* des in § 1 Abs 1 BPG umschriebenen persönlichen Geltungsbereiches zu verstehen, weil Vorstandsmitglieder einer AG und Sparkasse sowie sonstige, im Einzelfall nicht Arbeitnehmereigenschaft besitzende Mitglieder des Vertretungsorgans einer juristischen Person von § 1 Abs 1 BPG unzweifelhaft nicht erfaßt sind.

Schließlich übersieht die Auffassung von *Schrammel* die bedenklichen und teilweise *unerträglichen Konsequenzen* seines Verständnisses des § 1 Abs 2 BPG in bezug auf die *Rechtssicherheit,* deren eine seriöse Vertragsgestaltung gerade auf dem Gebiet der betrieblichen Altersversorung unbedingt bedarf.

Betrachtet man die diesbezüglich reichhaltige Judikatur des OGH und vor allem des VwGH[90], so erkennt man, daß die Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Geschäftsführers im Einzelfall von zahlreichen Faktoren (zB Beteiligungshöhe, Gestaltung des Gesellschaftsvertrages etc) abhängt und die Beantwortung dieser Frage im Einzelfall noch immer mit großer Unsicherheit belastet ist, zumal die Beteiligten – insb aus sozialversicherungsrechtlichen sowie aus steuerrechtlichen Überlegungen – häufig bewußt versuchen, eine ihnen genehme Gestaltung zu erreichen bzw eine ungelegene zu vermeiden. In noch größerem Ausmaß gilt dieser Befund für das Vorstandsmitglied einer Genossenschaft, dessen Arbeitnehmereigenschaft oder fehlende Arbeitnehmereigenschaft in der Judikatur noch nicht behandelt wurde[91] und wo bei Zugrundelegung der Meinung *Schrammels* derzeit überhaupt nicht seriös gesagt werden könnte, welche pensionsvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten die Vertragspartner besitzen.

Da dem Gesetzgeber im Zweifel die *Schaffung einer klaren und mit größtmöglicher Rechtssicherheit verbundenen Regelung* unterstellt werden muß, ist mE eindeutig jenes Verständnis von § 1 Abs 1 und 2 BPG vorzuziehen, das dieselben Rechtsfolgen allein an den – jederzeit nachvollziehbaren – Umstand der Bestellung zum Mitglied des gesetzlichen Vertretungsorgans knüpft.

Im übrigen wäre eine Ungleichbehandlung von Vorstandsmitgliedern einer AG und Sparkasse (diese sind keine Arbeitnehmer) einerseits und GmbH-Geschäftsführern sowie (vielleicht) Vorstandsmitgliedern einer Genossenschaft andererseits kaum sachgerecht, weil Pensionszusagen auch den Mitgliedern des Vertretungsorgans idR bloß seitens einer größeren Gesellschaft erteilt zu werden pflegen und damit das – manchmal zu hörende – Argument stark entkräftet wird, daß GmbH-Geschäftsführer häufig in kleinen Gesellschaften tätig und deshalb tendenziell schutzbedürftiger als Vorstandsmitglieder einer AG seien.

III. Sonstige Pensionszusagen

Mit Sicherheit gilt das BPG für Pensionszusagen an nicht Organfunktion bekleidende Dienstnehmer, insb auch für alle Arten von leitenden Angestellten.

Schränkt das BPG innerhalb seines Anwendungsbereiches die Zulässigkeit von Treuepflichtklauseln ein?

1. Verfallsklauseln

a) Grundsätzliches

Zunächst ist die gerade aufgeworfene Frage für Verfallsklauseln zu untersuchen. Dabei stößt man auf die Übergangsbestimmung des Art V Abs 4 Z 3 BPG, wonach *„vor dem 1.1.1990 bestehende Regelungen in direkten Leistungszusagen, die abweichend von Art I* [dies sind die §§ 1 bis 19 BPG] *dieses Bundesgesetzes [...] den Widerruf von Leistungen wegen eines Verhaltens des Leistungsberechtigten, das ihn des Vertrauens seines früheren Arbeitgebers unwürdig erscheinen läßt (insbesondere wegen Verstoßes gegen bestehende Konkurrenzklauseln), vorsehen, [...] unberührt“* bleiben.

Die Auslegung dieser gesetzlichen Regelung bereitet gewisse Schwierigkeiten. Auf den Punkt gebracht, stellen sich vor allem zwei Fragen: Sind aufgrund des Art V Abs 4 BPG sämtliche *vor* dem 1.1.1990 vereinbarten „Treuepflichtklauseln" uneingeschränkt zulässig? Sind alle *nach* dem genannten Stichtag in Pensionszusagen enthaltenen Treuepflichtklauseln generell unwirksam?

Tomandl [92)] hat diesbezüglich die Auffassung vertreten, Art V Abs 4 Z 3 BPG bedeute einerseits eine *„eindeutige Absage an allfällige Bedenken gegen*

die Zulässigkeit von Konkurrenzklauseln für Betriebspensionisten" und enthalte aufgrund der Nichtübernahme der von der Judikatur angebrachten „Einschränkungen" offensichtlich auch „Kritik" an der Rsp, könne jedoch nicht in dem Sinne verstanden werden, daß der Gesetzgeber den nach dem 1.1.1990 vereinbarten Treuepflichtklauseln generell die Anerkennung versagen habe wollen.

Der dargestellten Auffassung von *Tomandl* ist mE nicht zu folgen. Eine unübersehbare Inkonsequenz dieser Position liegt zunächst darin, daß *Tomandl* einerseits aus dem Charakter des Art V Abs 4 Z 3 BPG als „Übergangsbestimmung" folgert, daß die Vorschrift keine inhaltliche Aussage zur Zulässigkeit bzw Unzulässigkeit für *nach* dem 1.1.1990 vereinbarte Treuepflichtklauseln enthalte, andererseits jedoch *ungeachtet* des Übergangsbestimmungscharakters der Vorschrift dieser den Inhalt einer *„Absage an [...] Bedenken gegen die Zulässigkeit von Konkurrenzklauseln für Betriebspensionisten"* bzw sogar eine „Kritik" an der Judikatur und damit sehr wohl eine inhaltliche Aussage zu *vor* dem 1.1.1990 vereinbarten Treuepflichtklauseln entnimmt.

Richtigerweise ist Art V Abs 4 Z 3 BPG in bezug auf vor dem 1.1.1990 vereinbarte Treuepflichtklauseln weder als „Absegnung" der Judikatur noch als „Kritik" an dieser, sondern allein so zu verstehen, daß *vor dem 1.1.1990 vertraglich vereinbarte Treuepflichtklauseln unter Außerachtlassung der Bestimmungen des BPG zu beurteilen sind.* Für derartige Treuepflichtklauseln ergeben sich aus Art V Abs 4 Z 3 BPG daher *keinerlei Auslegungsrichtlinien.* Recht zu geben ist *Tomandl* nur insofern, als alte Treuepflichtklauseln – allerdings unter Bedachtnahme auf die bisher in Lehre und Judikatur entwickelten Beschränkungen – auch hinsichtlich der *neu,* dh unter der Geltung des BPG erworbenen Anwartschaften „Wirksamkeit [...] behalten"[93)], dh ohne Berücksichtigung des BPG zu beurteilen sind. Eine Teilung in Alt- und Neuanwartschaften findet demgemäß nicht statt.

Wenn *Tomandl* meint, schon aus der Eigenschaft des Art V Abs 4 Z 3 BPG als „Übergangsbestimmung" folge, daß eine inhaltliche Stellungnahme zur Zulässigkeit von Treuepflichtklauseln mit der Regelung nicht getroffen werde, so ist einzuräumen, daß die generelle Unzulässigkeit von nach dem 1.1.1990 vereinbarten Treuepflichtklauseln aus Art V Abs 4 Z 3 BPG *allein* in der Tat wohl noch nicht abgeleitet werden könnte. Was *Tomandl* jedoch übersieht, ist der Umstand, daß sich nicht bloß aus Art V Abs 4 Z 3 BPG, sondern auch und

gerade *aus den sonstigen Bestimmungen des BPG* die Unzulässigkeit von Treuepflichtklauseln – zumindest in Gestalt von Verfallsklauseln – ergibt[94], weil aus § 6 Abs 1 Z 2, § 6 Abs 6 Z 2, § 8 Abs 1 Z 2, § 8 Abs 6 Z 2, 9, § 14 Abs 1 S 1 iVm der Unabdingbarkeitsklausel des § 19 BPG folgt, daß der Widerruf von bzw das Aussetzen mit Pensionsleistungen sowie der Verfall von Anwartschaften bzw die Verhinderung des Erwerbs künftiger Anwartschaften *nur bei Vorliegen wirtschaftlicher, in der Sphäre des Arbeitgebers* (und nicht in persönlichen Verhältnissen des Arbeitnehmers) *begründeter Umstände* [95] vorgenommen werden darf. Unzulässig wäre auch eine Konzipierung der Verfallsklausel als *auflösende Bedingung,* weil damit die zwingenden Vorschriften des BPG umgangen werden würden[96].

Der von *Tomandl* als Argument für die Zulässigkeit von Treuepflichtklauseln auch nach dem 1.1.1990 ins Treffen geführte Vergleich mit dem *„einen einzigen Tag vor dem Pensionsfall“* eintretenden *„völligen Verlust erworbener Anwartschaften für den Fall der verschuldeten Entlassung“* [97] trifft nicht den Kern der Sache, weil einerseits ein- und dasselbe Verhalten während aufrechten Dienstverhältnisses und nach Beendigung desselben durchaus eine verschiedene Behandlung rechtfertigen *kann* und weil andererseits es in vielen „Treuepflichtklauseln“, insb wenn diese den ehemaligen Mitarbeiter von der Ausübung einer *Konkurrenztätigkeit* abhalten sollen, nicht um mit Entlassungstatbeständen wertungsmäßig vergleichbare Umstände geht. Daß der Gesetzgeber die Untersagung der Ausübung einer konkurrenzierenden Tätigkeit gegenüber einem *ehemaligen* Dienstnehmer ganz anders, nämlich weit kritischer beurteilt als gegenüber einem aktiven Arbeitnehmer, folgt deutlich aus einem Vergleich der Bestimmungen der §§ 36, 37 AngG einerseits und des § 7 AngG andererseits. Hinsichtlich der nicht wettbewerbsbeschränkenden, sondern primär deliktisches Verhalten des (ehemaligen) Arbeitnehmers sanktionierenden Verfallsklauseln, die Art V Abs 4 Z 3 BPG ebenfalls verbietet, ist *Tomandl* mit seiner Kritik freilich recht zu geben, allerdings nur, soweit man diese *rechtspolitisch* versteht. Interpretativ läßt sich das von *Tomandl* gewünschte Ergebnis dagegen nicht erreichen.

Der Gesetzgeber hat durch die in Art V Abs 4 Z 3 BPG gewählte Terminologie gewiß zur Verwirrung beigetragen und den von *Tomandl* ins Treffen geführten Vergleich mit verschuldeten Entlassungstatbeständen geradezu „provoziert“. Vordergründig erweckt die zitierte Übergangsbestimmung nämlich tatsächlich den Eindruck, der Gesetzgeber habe bloß Widerrufs- bzw Verfallsklauseln für den Fall eines zur „Vertrauensunwürdigkeit“ des (ehemaligen) Arbeitnehmers führenden Verhaltens gemeint. Abgesehen davon, daß selbst dieses Verständnis die These von *Tomandl* letztlich nicht stützen würde, ergibt sich aber aus der demonstrativen Erläuterung in der Klammer (*„insbesondere*

wegen Verstoßes gegen bestehende Konkurrenzklauseln“), daß dem Gesetzgeber offensichtlich auch Klauseln vorgeschwebt sein müssen, die den Verfall bei weniger gravierenden Verhaltensweisen anordnen. Selbst ein Verstoß gegen eine (zulässige) Konkurrenzklausel iSd §

36 AngG ist dem Entlassungstatbestand „Vertrauensunwürdigkeit“[98] wertungsmäßig keineswegs gleichzuhalten[99]. Im übrigen übersieht *Tomandl,* daß bei seinem Verständnis des Art V Abs 4 Z 3 BPG dieser Bestimmung in Wahrheit keine „Kritik“ an der Judikatur des OGH zu Treuepflichtklauseln, sondern zumindest hinsichtlich der „wettbewerbsbeschränkenden“ Treuepflichtklauseln (s oben) sogar eine *Billigung* dieser Judikatur zu entnehmen sein müßte. Nimmt man den Gesetzeswortlaut nämlich völlig ernst, kann der Begriff „Konkurrenzklauseln“ wohl *nur iSd § 36 AngG verstanden* werden, woraus sich der Schluß ziehen ließe, der Gesetzgeber toleriere (bis 1.1.1990) unter den wettbewerbsbeschränkenden Treuepflichtklauseln nur solche, die die Grenzen der §§ 36, 37 AngG nicht sprengen[100]. In Wahrheit ist auch eine derartige Sichtweise verfehlt, weil Art V Abs 4 Z 3 – in der Tat schon wegen seines Charakters als Übergangsbestimmung – *keine* inhaltliche Stellungnahme zur Zulässigkeit von „alten“, dh vor dem 1.1.1990 vereinbarten Treuepflichtklauseln entnommen werden kann, sondern die Bestimmung bloß ausdrücken möchte, daß das BGP auf solche „Altklauseln“ nicht anwendbar ist.

Nach dem 1.1.1990 in Pensionsverträgen mit Arbeitnehmern, die nicht gleichzeitig Mitglieder des Vertretungsorgans einer juristischen Person sind, vereinbarte „Treuepflichtklauseln“ des Inhaltes, daß bei einem bestimmten Verhalten des (ehemaligen) Arbeitnehmers – insb im Falle der Ausübung einer Konkurrenztätigkeit nach Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis oder der Begehung deliktischer (uU sogar strafgesetzwidriger) Handlungen gegen den (ehemaligen) Arbeitgeber bzw dessen Unternehmen – der Verfall von Ruhegeldanwartschaften bzw -leistungen eintritt, sind nach dem Gesagten daher unzulässig und rechtsunwirksam.

b) Abgrenzung zwischen (unzulässigen) Verfallsklauseln und (zulässigen) Bedingungen für die Leistungsgewährung

Dies bedeutet freilich nicht, daß jede pensionsvertragliche Regelung unter der Geltung des BPG unzulässig ist, die an ein bestimmtes Ereignis die Einstellung von Pensionsleistungen („Verfall“) knüpft.

Es darf nämlich nicht übersehen werden, daß das BPG dem Arbeitgeber nicht untersagt, den vertraglichen Leistungsgegenstand näher zu umschreiben und *Bedingungen für die Leistungszusage* zu normieren[101]. In Betracht kommen grundsätzlich sowohl aufschiebende als auch auflösende Bedingungen, doch muß vor allem bei letzteren darauf geachtet werden, daß *keine* unzulässige *Umgehung* zwingender betriebspensionsrechtlicher Vorschriften bewirkt wird. Dabei sind im gegenständlichen Zusammenhang insb die Wertungen des Art V Abs 4 Z 3 BPG sowie der sonstigen Vorschriften des BPG zu berücksichtigen, die dem Arbeitgeber eine Aussetzung oder Einstellung von Anwartschaften und Leistungen nur bei (gravierenden) wirtschaftlichen Schwierigkeiten ermöglichen wollen, woraus folgt, daß der Arbeitgeber der zitierten Bestimmung nicht etwa dadurch ausweichen kann, daß er bestimmte „Treuepflichtverletzungen“ des (ehemaligen) Arbeitnehmers als Resolutivbedingungen konstruiert[102].

Am Wortlaut der zu untersuchenden Klauseln darf dabei nicht zu sehr gehaftet werden. Ebensowenig wie die Verwendung des Wortes „Verfall“ tatsächlich eine (nach dem 1.1.1990

unzulässige) Verfallsklausel indiziert, kann die ausdrückliche Verwendung des Wortes „Bedingung“ schlechthin die Zulässigkeit derartiger Regelungen bewirken.

Zweifellos zulässig ist zB eine Bestimmung, der zufolge ein Anspruch auf Betriebspension nur dann und so lange besteht, als der Arbeitnehmer einen Anspruch auf eine gesetzliche (Alters-)Pension erwirbt bzw aufrechterhält. Die an das Erlöschen des gesetzlichen Pensionsanspruches (zB wegen unzulässiger Auslandsübersiedlung; Erschleichung der Pensionsleistung etc) geknüpfte Einstellung der Betriebspension hat mit einer unzulässigen Treuepflicht-Verfallsklausel nichts zu tun.

Dasselbe gilt, wenn eine betriebliche Berufsunfähigkeitspension *„mit dem Ende jenes Monats erlischt, in dem die Berufsfähigkeit des Dienstnehmers iSd ASVG wiederhergestellt ist, wenn der Dienstnehmer das Pensionsalter für die Vor- oder Normalpension noch nicht erreicht hat und eine ihm angebotene, seinen Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechende angemessene Beschäftigung im X-Konzern ablehnt“.*

Abgesehen davon, daß die Knüpfung betrieblicher Berufsunfähigkeitspensionen an den Berufsunfähigkeitsbegriff des § 273 ASVG schon wegen der dadurch bewirkten Rechtssicherheit und Praktikabilität jahrzehntelang geübter Praxis entspricht[103)], die zu untersagen der Gesetzgeber

des BPG keinerlei Anlaß hatte, handelt es sich um den geradezu „klassischen“ Fall einer *zulässigen Regelung des Umfanges* (bzw der Dauer) *des Pensionsanspruches* und damit um eine zulässige Bedingung für die Leistungszusage. Nur der Vollständigkeit halber sei festgehalten, daß die im zitierten Textbeispiel – abgesehen von der Wiederherstellung der Berufsfähigkeit – normierte zweite Voraussetzung für das Erlöschen der betrieblichen Berufsunfähigkeitspension, nämlich die Ablehnung einer adäquaten Beschäftigungsmöglichkeit im Konzern durch den (ehemaligen) Arbeitnehmer, die Klausel natürlich nicht zu einer unzulässigen Verfallsklausel macht. Vielmehr bedeutet diese zweite Voraussetzung, daß der Arbeitgeber dem Mitarbeiter ein *zusätzliches* – vom ASVG nicht vorgesehenes – „Sicherheitsnetz“ spannt, indem er die Obliegenheit übernimmt, dem Mitarbeiter eine Weiterbeschäftigung in einem Konzernunternehmen zu verschaffen und für den Fall, daß er dazu nicht in der Lage ist, sich verpflichtet, trotz wiederhergestellter Berufsfähigkeit (!) die Berufsunfähigkeitspension weiterzuzahlen.

Schließlich verbietet das BPG in keiner Weise von vornherein *befristete Leistungszusagen* [104)], wenn auch derartige Gestaltungen eher unüblich sind. Zulässig sind dabei nicht bloß kalendermäßig fixierte Endtermine, die in der Praxis aus naheliegenden Gründen kaum vorkommen, sondern auch die Gewährung von Pensionsleistungen bis zum Eintritt eines Ereignisses, das dadurch charakterisiert ist, daß es die Angewiesenheit des (ehemaligen) Mitarbeiters auf die betriebliche Pensionsleistung typischerweise beseitigt bzw in den Hintergrund

treten läßt. Keinerlei rechtliche Bedenken gibt es mE daher zB gegen pensionsvertragliche Gestaltungen des Inhaltes, daß der Berechtigte Pensionsleistungen bloß bis zu jenem Zeitpunkt erhält, in dem er einen Unterhaltsanspruch (bestimmter Höhe) gegen eine dritte Person (zB Ehepartner) erwirbt oder in dem er selbst von ihn treffenden Unterhaltsverpflichtungen (zB gegenüber Kindern) befreit wird. Derartige Klauseln tragen bloß dem *Versorgungscharakter betrieblicher Pensionsleistungen* Rechnung, an dem sich auch der Gesetzgeber des BPG – ungeachtet der von der Rsp (in überzogener Weise) stets herausgestrichenen Entgeltfunktion – letztlich mit orientiert hat.

Der „heikle Punkt" pensionsvertraglicher Regelungen, die die Leistungsgewährung mit Eintritt eines bestimmten Ereignisses enden lassen, liegt mE im gegebenen Zusammenhang dort, wo dieses Ereignis den Charakter eines *in der Sphäre des Arbeitnehmers liegenden, gegen die Interessen des Arbeitgebers verstoßenden* bzw von diesem als unerwünscht erklärten *Verhaltens* des Arbeitnehmers aufweist, weil in einem solchen Fall die Schranke des Art V Abs 4 Z 3 BPG wirksam wird. „Gegen die Interessen des Arbeitgebers gerichtet" ist dabei mE *eher weit auszulegen,* sodaß keineswegs bloß zur „Vertrauensunwürdigkeit" des Arbeitnehmers führende Verhaltensweisen in Betracht kommen, sondern auch solche Handlungen, die an sich (dh außerhalb eines Schuldverhältnisses) durchaus rechtmäßig sind, die der Arbeitgeber jedoch durch die vertragliche Regelung unterbinden möchte. Eine enge Interpretation würde zu dem paradoxen Ergebnis führen, daß schwere Pflichtverstöße des (ehemaligen) Arbeitnehmers den Arbeitgeber nicht zum (vertraglich vorbehaltenen) Pensionsverfall berechtigen, andere Verhaltensweisen, die bloß durch die pensionsvertragliche Gestaltung selbst als verpönt qualifiziert werden, den Verfall dagegen rechtfertigen würden. Derartiges kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden.

Wann eine zulässige Bedingung bzw vertragliche Voraussetzung für die Anspruchsgewährung vorliegt und wann der Arbeitgeber in einer gegen das BPG verstoßenden Weise das nach dem Willen des Gesetzgebers primär ihn treffende Wirtschaftsrisiko auf den Arbeitnehmer überwälzt, muß in jedem einzelnen Fall und *orientiert am Normzweck* jener Bestimmungen des BPG beantwortet werden, die für eine Umgehung in Betracht kommen[105)].

2. Ruhens- und Anrechnungsklauseln

Fraglich ist, ob aus den oben zitierten Vorschriften des BPG im Zusammenhang mit der Übergangsbestimmung des Art V Abs 4 Z 3 BPG auch die Unzulässigkeit solcher nach dem 1.1.1990 vereinbarter Treuepflichtklauseln abzuleiten ist, die als Sanktion keinen Verfall, sondern bloß ein Ruhen der Pension bzw eine Anrechnung anderweitigen Erwerbseinkommens auf diese (s oben) enthalten.

Dies könnte schon deshalb zweifelhaft sein, weil Art V Abs 4 Z 3 BPG nur vom „*Widerruf* von Leistungen" wegen eines Treuepflichtverstoßes spricht und damit offenkundig Verfallsklauseln meint. Wenn nach dem 1.1.1990 Treuepflichtklauseln, die einen Verfall vorsehen, unzulässig sein sollen, folgt daraus noch nicht automatisch auch die Unzulässigkeit von bloßen Ruhens- bzw Anrechnungsklauseln, weil diese einen wesentlich *geringeren Eingriff* in die Pensionsansprüche bzw -anwartschaften bedeuten.

Damit darf die Prüfung freilich nicht abgebrochen werden, weil, wie oben ausgeführt, Art V Abs 4 Z 3 BPG – entgegen *Tomandl* – keine inhaltliche Aussage zur Zulässigkeit von vor dem 1.1.1990 vereinbarten Treuepflichtklauseln entnommen werden kann.

Erforderlich ist daher eine Betrachtung der *sonstigen Vorschriften* des BPG und eine Überprüfung, ob diese Vorschriften auch das Ruhen von Leistungen bzw die Anrechnung anderweitiger

Bezüge auf die Betriebspension beschränken bzw an bestimmte Voraussetzungen knüpfen.

Einschlägig ist diesbezüglich § 9 BPG. Dieser ordnet an, daß – sofern Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder vor Inkrafttreten des BPG abgeschlossene Einzelvereinbarungen nichts anderes bestimmen – Leistungen (dh Pensionsleistungen) *„nur dann und so lange ausgesetzt oder eingeschränkt werden können“,* als die Voraussetzungen des § 8 Abs 6 Z 1 und 2 BPG vorliegen, dh (unter anderem) *„zwingende wirtschaftliche Gründe“* gegeben sind, und wenn der Arbeitgeber weiters von dem eingeräumten Recht Gebrauch gemacht hat, den Erwerb künftiger Anwartschaften einzustellen, auszusetzen oder einzuschränken.

Freilich läßt § 9 BPG wichtige Fragen offen. Insb ist nicht völlig klar ob im Falle des „Aussetzens“ bzw „Einschränkens“ von Leistungen der Arbeitgeber bloß zur *Wiederaufnahme der Zahlungen* oder auch nur *Nachzahlung* der Kürzungsbeträge verpflichtet ist, wenn sich die wirtschaftliche Lage des Unternehmens wieder entsprechend gebessert hat[106]. ME sprechen die besseren Argumente *gegen* eine Nachzahlungspflicht des Arbeitgebers. Hätte der Gesetzgeber eine solche gewollt, wäre dies in § 9 BPG wohl unzweifelhaft zum Ausdruck gekommen. Noch deutlicher gilt dies für § 8 Abs 6 BPG betreffend die Aussetzung bzw Einschränkung des Erwerbs künftiger Anwartschaften, wo der Gesetzgeber offensichtlich davon ausgeht, daß die ausgesetzten Dienstzeiten überhaupt nicht und – im Falle der Einschränkung – nur teilweise auf die Höhe der Leistungen angerechnet werden[107]. „Technisch“ wäre auch in diesem Falle eine Nachholverpflichtung des Arbeitgebers denkbar, doch hätte der Gesetzgeber dann in § 8 Abs 6 BPG anordnen müssen, daß bei Besserung der wirtschaftlichen Lage zB eine Doppelanrechnung von Dienstzeiten so lange vorgenommen werden muß, bis die Einschränkung bzw Aussetzung wettgemacht worden ist.

Selbst wenn man eine Verpflichtung zur Nachzahlung bzw „Doppelanrechnung“ im Falle der Besserung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers, der in der Vergangenheit Pensionsleistungen bzw den Erwerb künftiger Anwartschaften ausgesetzt oder eingeschränkt hat, verneint, legen § 8 Abs 6 und § 9 BPG die Schlußfolgerung nahe, daß auch die bloße Aussetzung oder Einschränkung von Pensionsleistungen (bzw der Erwerb künftiger Anwartschaften) unter der Geltung des BPG nur aus in der Sphäre des Arbeitgebers liegenden *wirtschaftlichen,* nicht jedoch aus in der Sphäre des Arbeitnehmers liegenden, persönlichen *Gründen* zulässig zu sein scheint[107a].

Dennoch überzeugt diese Lösung nicht. Deutlich wird dies vor allem anhand jener Klauseln, die vorsehen, daß auf die dem (ehemaligen) Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen zustehende Pension gewisse, im Vertrag bezeichnete Leistungen (zB jedwedes anderweitige Erwerbseinkommen) entweder unbefristet oder zB so lange, bis der Arbeitnehmer einen gesetzlichen Pensionsanspruch erworben hat, *anzurechnen* sind. Wie bereits oben (B. I. 2.) ausgeführt, schlägt einerseits die Interessenabwägung bei derartigen Klauseln regelmäßig zugunsten des Arbeitgebers aus und können andererseits insb reine Anrechnungsbestimmungen auch als *Vorschriften betreffend die Berechnung der Pension* qualifiziert werden. Das erste Argument ist – für sich genommen – noch nicht unbedingt durchschlagend, weil zumindest nach der hier vertretenen Auffassung auch bei manchen Typen von Verfallsklauseln eine *nach allgemeinen Grundsätzen* (dh unter Zugrundelegung des in § 879 ABGB vorgesehenen Maßstabes) vorgenommene Interessenabwägung für deren Zulässigkeit spricht, der Gesetzgeber des BPG jedoch eine – wenn auch mE *rechtspolitisch* in dieser Rigorosität *verfehlte* – Entscheidung *gegen* die Zulässigkeit von Verfallsklauseln getroffen hat.

Eine Deutung der Anrechnungsklauseln als reine Berechnungsregeln könnte diesen hingegen zur Zulässigkeit auch im Falle einer Vereinbarung nach dem 1.1.1990 verhelfen. Außer Streit dürfte stehen, daß eine vertraglich bedungene *Anrechnung der gesetzlichen Alterspension* bzw sonstiger gesetzlicher Pensionsansprüche auf die Betriebspension, dh das Modell einer „Gesamtpension“[108)], nach wie vor *uneingeschränkt zulässig* ist. Dies ergibt sich bereits aus der – wenn auch etwas programmatisch abgefaßten – Vorschrift des § 1 Abs 1 BPG, wonach das BPG „*die Sicherung von Leistungen und Anwartschaften aus Zusagen zur die gesetzliche Pensionsversicherung ergänzenden Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung (Leistungszusagen) [...]*“ regelt.

Gerade aus dieser „programmatischen“ Bestimmung kann aber auch abgeleitet werden, daß ein Regelungsbedarf vom Gesetzgeber des BPG grundsätzlich wohl nur insoweit gesehen wurde, als ein (ehemaliger) Arbeitnehmer Anspruch auf eine Leistung aus der „gesetzlichen Pensionsversicherung“ besitzt und – weil in dieser Situation typischerweise kein nennenswertes anderes Einkommen bezogen wird – einer *Ergänzung* der den bisherigen Lebensstandard oft nicht deckenden[109)] staatlichen Pensionsleistungen bedarf.

Vereinbaren Arbeitgeber und Arbeitnehmer dagegen in einer Pensionszusage, daß ein Pensionsanspruch grundsätzlich bereits *vor* Erwerb eines Anspruches auf eine gesetzliche Pensionsleistung

fällig wird, wobei jedoch für die Zeit bis zum Erwerb eines gesetzlichen Pensionsanspruches finanzielle Leistungen Dritter auf die betriebliche Pension angerechnet werden, bedeutet ein derartiges Reglement, wie schon oben (B. I. 2) erläutert, eine *erhebliche Ausweitung des typischerweise in der Praxis vorzufindenden und auch des dem Gesetzgeber des BPG vorschwebenden Betriebspensionsmodells.* Der Arbeitgeber sichert den Arbeitnehmer in einem

solchen Fall bereits vor Erreichen des gesetzlichen Pensionsalters ab, indem er zumindest dessen Arbeitslosigkeitsrisiko trägt, dh mit einer betrieblichen Pensionsleistung „einspringt", sobald und soweit der (ehemalige) Mitarbeiter auf dem Arbeitsmarkt kein entsprechendes Einkommen mehr zu erzielen vermag. Würde man derartige Anrechnungsklauseln als unter der Geltung des BPG unzulässig ansehen, ergäbe sich ein nicht auflösbarer Wertungswiderspruch zu betrieblichen Pensionszusagen, die von vorneherein den Leistungsanfall erst mit Erwerb des Anspruches auf eine gesetzliche Alterspension vorsehen.

Allenfalls ließe sich für die Unbedenklichkeit derartiger Vertragsbestimmungen weiters ins Treffen führen, daß man diese auch als *zulässige,* weil nicht zu einer Umgehung der zwingenden Bestimmungen des BPG führende, *Bedingungen für die Leistungszusage* [110)] werten kann. Weder handelt es sich um eine Zufallsbedingung noch um eine Potestativbedingung, deren Eintritt im Ermessen des Arbeitgebers liegt[111)].

Sieht die Anrechnungsklausel vor, daß auch nach Erwerb eines gesetzlichen Pensionsanspruches bzw nach Vollendung des gesetzlichen Pensionsalters erzieltes Einkommen zu einer Kürzung der Pension führt, und/oder ist vertraglich vereinbart, daß ein Anspruch auf Betriebspension erst mit Erwerb eines gesetzlichen Pensionsanspruches entsteht (bzw fällig wird), dann gelten die gerade verwendeten Argumente für die Zulässigkeit von Anrechnungsklauseln freilich nicht – mit Ausnahme der möglichen Deutung als Berechnungsvorschrift. Dennoch hinterließe die Annahme einer Unwirksamkeit derartiger Anrechnungsklauseln mE ein kaum zu beseitigendes Unbehagen, weil der Gesetzgeber des BPG durch die Übergangsvorschrift des Art V Abs 4 Z 3 dem Arbeitgeber wohl kaum untersagen wollte, die von ihm versprochene Pension als *subsidiäre,* dh nur bei Fehlen entsprechenden anderweitigen Einkommens eingreifende *Leistung* zu gestalten. In Wahrheit sind – wie bereits oben gesagt – Anrechnungsklauseln *generell* und unabhängig davon, auf welchen Zeitraum sich die Anrechnung bezieht, keine „Treuepflichtklauseln" im hier gebrauchten, *weiten* (vgl oben 1.) Sinn, wenn und weil sie *keinerlei Bezug zu einem gegen die Interessen des* (ehemaligen) *Arbeitgebers verstoßenden Verhalten des Arbeitnehmers* aufweisen. *Damit fallen Anrechnungsklauseln wohl ganz generell nicht unter Art V Abs 4 Z 3 BPG und unterliegen ausschließlich einer Überprüfung nach § 879 ABGB.*

Letztlich spielt es mE aber für die Zulässigkeit der Anrechnungsklausel keine Rolle, ob bloß Einkommen aus einer Konkurrenztätigkeit oder sämtliche Erwerbseinkommen angerechnet werden. Auch die erstgenannte Klausel ist zulässig und verstößt – dafür sprechen die besseren Argumente – nicht gegen Art V Abs 4 Z 3 BPG, weil sie – wie oben (B. I. 2.) bereits angemerkt – *für den Arbeitnehmer* sogar *günstiger* als die zweitgenannte Klausel ist, bei der auch Einkommen aus einer nicht konkurrenzierenden Tätigkeit angerechnet werden.

Klauseln, die nicht die Anrechnung von Drittleistungen auf die betriebliche Pension vorsehen, sondern deren *Ruhen* bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses, insb bei Erzielung eines aus einer *Konkurrenztätigkeit* resultierenden Einkommens, können dagegen nicht mehr ohne weiteres als „Berechnungsregeln" qualifiziert werden. Soll tatsächlich der Bezug eines anderweitigen Einkommens, vor allem eines Einkommens aus einer Konkurrenztätigkeit, unabhängig von dessen Höhe zum völligen Ruhen der Pension führen, so liegt darin ein *„pönalisierendes Element",* das mit Art V Abs 4 Z 3 BPG in Konflikt gerät (vgl die Ausführungen oben b) zur

Abgrenzung zwischen unzulässigen Verfallsklauseln und zulässigen Bedingungen für die Leistungsgewährung). In den meisten Fällen werden Anrechnungs- und Ruhensklausel ohnehin zum selben Ergebnis führen, weil ein (nach Beendigung des zum Pensionsanspruch führenden Arbeitsverhältnis erzieltes) Arbeitseinkommen idR höher als die betriebliche Pension sein wird. Dort, wo dies nicht der Fall ist, wo also das anderweitige Einkommen *niedriger* als die Betriebspension ist, sodaß die bloße Anrechnungsklausel einen Teil der Pensionsleistung unberührt ließe, wohingegen nach der Ruhensklausel der Pensionsanspruch zur Gänze ausgesetzt wird, kann im Wege der Teilnichtigkeit bzw der Konversion (vgl oben B. I. 1.b) die *Ruhensklausel als Anrechnungsklausel in Geltung belassen werden.*

3. „Alte" Treuepflichtklauseln und Arbeitsvertragsübernahme

Vor allem in Unternehmensgruppen (Konzernen) geschieht es häufig, daß Mitarbeiter, insb leitend tätige Mitarbeiter, aufeinanderfolgend (gelegentlich auch parallel) für verschiedene Arbeitgeber tätig werden. Derartiges kann seine Ursache darin haben, daß infolge einer Umstrukturierung, eines Betriebs- oder Unternehmenserwerbes oder eines vergleichbaren Vorganges die Identität des Arbeitgebers wechselt, ohne daß sich an der Tätigkeit bzw am betrieblichen Umfeld des Mitarbeiters wesentliches ändert; es kann aber auch der Fall eintreten, daß der Mitarbeiter im Rahmen seiner „Konzern-Karriere" mehrere Stationen durchläuft

und hintereinander für verschiedene Gesellschaften tätig wird.

In solchen Fällen verbleibt gelegentlich das Anstellungsverhältnis beim ursprünglichen Arbeitgeber, sodaß es zu konzernbedingten „Drittanstellungskonstruktionen"[112)] kommt; häufig wird aber der Anstellungsvertag im Zuge eines faktischen Wechsels *im Wege der Vertragsübernahme auf die neue Gesellschaft übertragen.* Dabei kann sich die Frage stellen, ob eine pensionsvertragliche Treuepflichtklausel, die vor dem 1.1.1990 vereinbart wurde, ihren Charakter als (zulässige) „Altklausel" dadurch verliert, daß *nach* dem 1.1.1990 eine Vertragsübernahme – sei es innerhalb oder außerhalb des Anwendungsbereiches von § 23 Abs 3 AngG[113)] – erfolgte, dh auf Arbeitgeberseite ein Wechsel eingetreten ist.

Die Beantwortung dieser Frage hängt mE davon ab, ob durch die Arbeitsvertragsübernahme die *Identität des Vertrages gewahrt* blieb oder nicht. Unbestritten dürfte sein, daß die „reine" (Arbeits-)Vertragsübernahme als bloßer Parteiwechsel im Schuldverhältnis ohne inhaltliche Änderung des Vertrages dessen Identität nicht berührt[114)]. Wurde der Vertrag nach dem 1.1.1990 *unverändert* von einem anderen Unternehmen übernommen, kann mE kein Zweifel darüber bestehen, daß die im Vertrag enthaltene Treuepflichtklausel ihren Charakter als *vor* dem 1.1.1990 vereinbarte Klausel iSd Art V Abs 4 Z 3 BPG behält.

Anerkannt ist jedoch auch, daß selbst Änderungen des Vertragsinhaltes im Sinne einer „schlichten Schuldänderung" die Identität des Vertrages nicht tangieren[115)]. So lange nur

Nebenbestimmungen und nicht der Rechtsgrund des Schuldverhältnisses oder sein Hauptgegenstand geändert werden, entsteht keine neue Verbindlichkeit, dh kein neuer Vertrag und liegt daher noch keine Novation vor[116)].

Ist eine Vertragsübernahme mit Änderungen des Gehalts (Kürzungen oder Erhöhungen), mit der Neuaufnahme einer Dienstwagenklausel oder der Entfernung einer solchen, mit einer Änderung der Reisespesenregelung oder dergleichen verbunden, so kann nicht von einer Novation gesprochen werden, sondern nur von einer schlichten Schuldänderung, die an der Identität des Arbeitsvertrages nicht rührt. Dasselbe gilt auch, wenn die Parteien zB aufgrund einer durch Verwendung verschiedener Schriftstücke im Laufe der Zeit entstandenen Unübersichtlichkeit die bisherigen Regelungen in einer neuen Urkunde zusammenfassen, weil in einem solchen Fall eine bloße „Vertragswiederholung“ vorliegt[117)]. Wird die Neufassung des Vertrages mit inhaltlichen Änderungen im obigen Sinn verbunden, so ist darin ebenfalls keine Novation zu erblicken.

Für den in der Praxis auftretenden *Regelfall* der Arbeitsvertragsübernahme im Zuge von Umstrukturierungen bzw im Zuge eines Wechsels von Mitarbeitern zu einem anderen Konzernunternehmen hat daher zu gelten, daß der ursprüngliche Vertrag seine Identität behält und eine vor dem 1.1.1990 vereinbarte Treuepflichtklausel durch eine nach diesem Zeitpunkt durchgeführte Vertragsübernahme nicht den Charakter einer „Neuklausel“ erhält. Die Klausel ist dann weiterhin *ohne Berücksichtigung des BPG* zu beurteilen.

Tritt allerdings neben den Arbeitgeberwechsel eine tiefgreifende Änderung der vertraglich geschuldeten Tätigkeit des Mitarbeiters, dann wird nicht mehr vom Vorliegen eines identen Vertrages auszugehen sein, was zur Folge hat, daß die Treuepflichtklausel der durch das BPG geschaffenen Rechtslage unterliegt, wenn der Umgestaltungsvorgang nach dem 1.1.1990 stattfand.

D. Ergebnisse

1. Treuepflichtklauseln im hier verstandenen Sinn sind Regelungen in betrieblichen Pensionsverträgen, die im Falle eines vom (ehemaligen) Mitarbeiter gesetzten, in der Klausel näher umschriebenen und in irgendeiner (nicht notwendig deliktischen) Weise gegen die Interessen des (ehemaligen) Arbeitgebers verstoßenden Verhaltens entweder den endgültigen Verfall von Pensionsleistungen bzw -anwartschaften, das Ruhen der Pensionsleistungen, die Aussetzung des Erwerbes von Anwartschaften oder die Anrechnung anderweitiger Leistungen (zB des Einkommens aus einer Konkurrenztätigkeit) auf die Betriebspension vorsehen.

2. Die Auffassung des OGH, wonach auf die in einer betrieblichen Pensionsvereinbarung enthaltene Treuepflichtklausel, die den Verfall von Pensionsanwartschaften bzw -leistungen bei Wechsel des Berechtigten zu einem Konkurrenzunternehmen vorsieht, die §§ 36, 37 AngG anzuwenden sind, ist nicht zutreffend.

Ebensowenig ist zutreffend, daß der Verfall der Anwartschaften bzw Pensionsleistungen eine Konventionalstrafe bedeutet, die zwingend dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegt.

3. Der in der pensionsvertraglichen Treuepflichtklausel für den Fall der Ausübung einer Konkurrenztätigkeit vorgesehene Verfall von Anwartschaften bzw Leistungen kann – entgegen der Auffassung des OGH – schon deshalb nicht als Vertragsstrafe gedeutet werden, weil letztere pauschalierter Schadenersatz ist, ein Schadener-satzanspruch

wegen des Fehlens eines Erfüllungsanspruches in bezug auf das Unterlassen der Ausübung einer Konkurrenztätigkeit jedoch gar nicht entstehen kann.

Der vom OGH aus § 37 Abs 3 AngG gezogene Schluß, durch die (wettbewerbsbeschränkende) Treuepflichtklausel werde dem Arbeitnehmer nicht bloß eine Obliegenheit auferlegt, weil kraft der zitierten Bestimmung die Einhaltung einer mit einer Vertragsstrafe kombinierten Konkurrenzklausel vom Arbeitgeber nicht erzwungen werden könne, erweist sich als petitio principii. Der OGH hätte vielmehr eine „reine“ (dh nicht mit einer Vertragsstrafe kombinierte) Konkurrenzklausel mit der wettbewerbsbeschränkenden Treuepflichtklausel vergleichen müssen. Dieser Vergleich ergibt, daß zwischen beiden Vereinbarungen sehr wohl der grundlegende Unterschied besteht, daß die Konkurrenzklausel als solche eine echte (durchsetzbare) Verpflichtung des Arbeitnehmers beinhaltet, wohingegen die wettbewerbsbeschränkende Treuepflichtklausel generell bloß als Obliegenheit konstruiert ist. Die diesbezügliche Auffassung der hM ist daher nach wie vor zutreffend.

Außerdem ist die wettbewerbsbeschränkende Treuepflichtklausel – anders als die Konkurrenzklausel – keine rechtlich selbständige und selbständig existenzfähige Vereinbarung, sondern sie ist ein in eine Pensionsvereinbarung als deren unselbständiger Bestandteil eingebettetes Widerrufsrecht bzw Recht zur vorzeitigen Vertragsauflösung.

4. Richtigerweise sind auf Treuepflichtklauseln in Pensionsverträgen, die es dem Berechtigten untersagen, nach Ausscheiden aus dem zum Anspruch führenden Arbeitsverhältnis – sei es vor Erreichen des Anfallsalters und damit vor Fälligkeit des Pensionsanspruches, sei es nach Eintritt des Leistungsanfalls – nicht die §§ 36, 37 AngG, sondern ist vielmehr § 879 ABGB anzuwenden.

Allerdings müssen im Rahmen der Anwendung des § 879 ABGB die in § 36 Abs 2 AngG angeführten Kriterien für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Konkurrenzklausel als (freilich nicht alleinige) Wertungsgesichtspunkte herangezogen werden. Dies bedeutet aber nicht, daß Wettbewerbsbeschränkungen für eine längere als einjährige Dauer ab dem Ausscheiden aus dem Dienstverhältnis schlechthin unzulässig sind. Erforderlich ist vielmehr eine sorgfältige Interessenabwägung im Einzelfall.

5. Ergibt die auf der Grundlage des § 879 ABGB durchzuführende Prüfung, daß ein (endgültiger) Verfall von Pensionsleistungen bzw -anwartschaften sittenwidrig wäre, kann die Klausel im Regelfall nach den Grundsätzen der Teilnichtigkeit bzw unter den Voraussetzungen der Konversion auf eine bloße Ruhens-, allenfalls auch auf eine Anrechnungsklausel in bezug auf anderweitiges Erwerbseinkommen, beschränkt und als solche in Geltung belassen werden.

6. Treuepflichtklauseln, die bei Ausübung einer konkurrenzierenden Tätigkeit nicht den Verfall der Pension, sondern bloß deren Ruhen oder auch nur die Anrechnung anderweitig bezogenen Erwerbseinkommens auf die Pension vorsehen, sind außerhalb der Geltung des BPG grundsätzlich zulässig und unterliegen ebenfalls nicht den §§ 36, 37 AngG, sondern allein § 879 ABGB.

Einerseits bewirken derartige Klauseln idR nur eine geringfügige Wettbewerbsbeschränkung, weil der Berechtigte durch Aufgabe bzw Einschränkung der Erwerbstätigkeit das Wiederaufleben bzw volle Wiederaufleben seines Pensionsanspruches jederzeit in der Hand hat, und andererseits tragen solche Regelungen grundsätzlich nur dem schutzwürdigen Interesse des Arbeitgebers Rechnung, eine Überversorgung des Berechtigten zu verhindern. Ist das Ruhen bzw die Anrechnung bloß befristet (zB bis zum Erwerb eines gesetzlichen Pensionsanspruches) vorgesehen, wirkt eine Ruhens- bzw Anrechnungsklausel wirtschaftlich nicht anders als eine – zweifellos zulässige – Hinausschiebung des Pensionsanfallsalters.

Reine Anrechnungsklauseln können, gleichgültig, ob die Anrechnung nur befristet oder unbefristet gilt, überdies als Berechnungsvorschriften gedeutet werden und sind auch aus diesem Grunde zulässig.

Ruhensklauseln, die bei Ausübung einer Konkurrenztätigkeit zum Ruhen der Pension führen, können im Einzelfall aber sittenwidrig sein, wenn die Interessenabwägung ein grobes Mißverhältnis zu Lasten des Arbeitnehmers ergibt.

7. Die Auffassung des OGH, daß pensionsvertragliche Treuepflichtklauseln, die als Sanktion für rechtswidriges (deliktisches) oder gar gerichtlich strafbares, typischerweise gegen die Interessen des Arbeitgebers gerichtetes Verhalten den Verfall von Pensionsanwartschaften bzw -leistungen vorsehen, nur dann wirksam sind, wenn der (ehemalige) Mitarbeiter ein derart schwerwiegendes Fehlverhalten gesetzt hat, daß dessen Betriebstreue, rückblickend betrachtet, wertlos erscheint, wobei das Vorliegen eines bei aufrechtem Arbeitsverhältnis zur Entlassung berechtigenden Verhaltens noch nicht ausreicht, engt die Zulässigkeit von derartigen Klauseln zu stark ein. Insb ist die vom OGH aus dem Schrifttum übernommene Formel bedenklich, wonach nur solche Aktivitäten des ehemaligen Arbeitnehmers zum Widerruf bzw Verfall von Pensionsleistungen berechtigten, die „vorsätzlich oder zumindest grob fahrlässig ohne berechtigtes Eigeninteresse vorgenommen wurden *und* dem Arbeitgeber nach Lage der Dinge derart erheblichen Schaden zugefügt hätten, daß es für ihn unter objektiven Gesichtspunkten unzumutbar sei, noch länger am Vertrag festzuhalten“. Das Erfordernis eines nachweisbaren erheblichen Schadens ist überzogen, weil verschiedene, unzweifelhaft in grober und sogar vorsätzlicher Weise gegen die Interessen des (ehemaligen) Arbeitgebers verstoßende Verhaltensweisen des Arbeitnehmers

typischerweise keinen bezifferbaren Schaden des Arbeitgebers verursachen.

Es muß für die Zulässigkeit des völligen Verfalls von Pensionsleistungen bzw -anwartschaften ausreichen, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers ohne berechtigtes Eigeninteresse gesetzt wurde und in einer auch außerhalb eines Schuldverhältnisses rechtswidrigen und schuldhaften (deliktischen) Handlung bzw Unterlassung besteht, die gegen die Interessen des Arbeitgebers gerichtet ist und es für diesen unzumutbar erscheinen läßt, am Pensionsvertrag weiter festzuhalten. Bei vorsätzlichem Verhalten des Arbeitnehmers genügt eine generalklauselartige vertragliche Umschreibung für den Verfall. Handelt der Arbeitnehmer dagegen bloß (grob) fahrlässig, wird der Verfall umso eher zulässig sein, je exakter die Vertragspartner das verpönte Verhalten beschrieben haben.

8. Als rechtlich anzuerkennende Verfallstatbestände kommen grundsätzlich sowohl während aufrechten Dienstverhältnisses gesetzte, vom Arbeitgeber jedoch erst nach Auflösung entdeckte Verhaltensweisen des Arbeitnehmers als auch erst im Ruhestand begangene, gegen die Interessen des Arbeitgebers gerichtete Handlungen (Unterlassungen) in Betracht.

Ob sich eine Verfallsklausel auch auf bei aufrechtem Dienstverhältnis begangene Verstöße bezieht, ist eine Auslegungsfrage, wobei auf individuell formulierte Vereinbarungen die Unklarheitenregel des § 915 ABGB anzuwenden ist.

9. Auf direkte Pensionszusagen an Vorstandsmitglieder einer AG bzw Sparkasse ist das BPG nicht anwendbar. Da auch die §§ 36, 37 AngG mangels Arbeitnehmereigenschaft auf diese Personengruppe zumindest nicht direkt Anwendung finden, ist der Gestaltungsspielraum der Vertragspartner vor allem bei wettbewerbsbeschränkenden Treuepflichtklauseln ein größerer als bei Arbeitnehmern – selbst wenn man der Auffassung des OGH von der Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf in Pensionsverträgen mit Arbeitnehmern enthaltene Treuepflichtklauseln folgt.

10. Richtigerweise fallen auch direkte Pensionszusagen gegenüber Geschäftsführern einer GmbH nicht unter das BPG, weil das Verhältnis von § 1 Abs 1 und § 1 Abs 2 BPG so zu lösen ist, daß die letztere Bestimmung unabhängig von einer Arbeitnehmereigenschaft des Organmitgliedes Geltung beansprucht. Dies erfordert die Rechtssicherheit sowie die gebotene Gleichbehandlung zwischen Mitgliedern des Vertretungsorgans einer juristischen Person, und dieses Ergebnis gebieten auch die anerkannten Auslegungsgrundsätze, weil die gegenteilige Auffassung dem Gesetzgeber die Unkenntnis des Umstandes unterstellt, daß ein beträchtlicher Teil der GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer im arbeitsvertragsrechtlichen Sinn zu qualifizieren ist.

11. In Verträgen mit nicht Organmitgliedeigenschaft aufweisenden Arbeitnehmern ab dem 1.1.1990 vereinbarte Klauseln, die den endgültigen Verfall von Pensionsleistungen und -anwartschaften wegen eines gegen die Interessen des (ehemaligen) Arbeitgebers verstoßenden – sei es bloß vertraglich untersagten, sei es auch außerhalb eines Schuldverhältnisses rechtswidrigen, also deliktischen – Verhaltens des Arbeitnehmers vorsehen, sind unzulässig und rechtsunwirksam. Dieses Ergebnis folgt nicht bloß aus der Übergangsbestimmung des Art V Abs 4 Z 3 BPG, sondern auch aus einer Gesamtschau der Vorschriften des BPG sowie der in § 19 BPG enthaltenen Unabdingbarkeitsklausel, aus denen sich ergibt, daß der Widerruf von bzw das Aussetzen mit Pensionsleistungen sowie der Verfall von Anwartschaften bzw die Verhinderung des Erwerbs künftiger Anwartschaften nur bei Vorliegen wirtschaftlicher, in der Sphäre des Arbeitgebers begründeter Umstände vorgenommen werden darf.

12. Allerdings sind nicht alle pensionsvertraglichen Bestimmungen unter der Geltung des BPG unzulässig, die an ein bestimmtes Ereignis die Einstellung von Pensionsleistungen knüpfen. Auch das BPG untersagt nicht die Normierung von Bedingungen für die Leistungszusage sowie nähere Umschreibungen des vertraglichen Leistungsgegenstandes. Zulässig sind grundsätzlich sowohl aufschiebende als auch auflösende Bedingungen, doch dürfen insb letztere keine unzulässige Umgehung zwingender Gesetzesvorschriften darstellen.

Die Grenze zwischen zulässigen Bedingungen für die Leistungsgewährung und zulässigen Verfallsklauseln liegt dort, wo das zur Einstellung bzw zum Verfall führende Ereignis den Charakter eines in der Sphäre des Arbeitnehmers liegenden, gegen die Interessen des Arbeitgebers verstoßenden – sei es deliktischen, sei es bloß infolge vertraglicher Regelung rechtswidrigen – Verhaltens erreicht (bejahendenfalls liegt eine unzulässige Verfallsklausel vor).

Befristete Leistungszusagen sind ebenfalls zulässig.

13. Pensionsvertragliche Klauseln, die im Falle der Erzielung anderweitigen (Erwerbs-)Einkommens des Berechtigten dessen Anrechnung auf die Pensionsleistung vorsehen („Anrechnungsklauseln“), sind ungeachtet der Vorschriften der §§ 8 Abs 6 und § 9 BPG zulässig, weil derartige Bestimmungen als auch durch das BPG nicht untersagte Vorschriften betreffend die Berechnung der Pension qualifiziert werden können. Wenn die vertraglich vorgesehene Anrechnung gesetzlicher Pensionen auf die Betriebspension („Gesamtpensionsmodell“) unzweifelhaft zulässig ist, sollte dies auch für die Anrechnung anderweitigen Einkommens gelten – und dies insb dann, wenn der Pensionsvertrag bereits vor Erreichen des gesetzlichen Pensionsalters bzw vor Erwerb eines gesetzlichen Pensionsanspruches Leistungen, jedoch nur unter Anrechnung von Dritteinkommen vorsieht.

Selbst wenn die Anrechnung sich auch auf einen Zeitraum bezieht, in dem der Berechtigte bereits einen gesetzlichen Pensionsanspruch erworben hat, sprechen die besseren Argumente für die Zulässigkeit der Anrechnungsklausel, weil dem BPG

nicht zu entnehmen ist, daß es dem Arbeitgeber verbietet, die von ihm zugesagte Pension als subsidiäre und erst bei Fehlen einer anderweitigen finanziellen Versorgung eingreifende Leistung zu gestalten.

14. Pensionsvertragliche Klauseln, die nicht bloß eine Anrechnung, sondern ein völliges Ruhen von Pensionsleistungen – insb im Falle der Ausübung einer Konkurrenztätigkeit – normieren, geraten wegen ihres pönalen Elements mit den Wertungen des Art V Abs 4 Z 3 BPG in Konflikt und sind idR im Wege der Teilnichtigkeit oder der Konversion als bloße Anrechnungsklauseln aufrechtzuerhalten.

15. Im Falle der Arbeitsvertragsübernahme, des Arbeitgeberwechsels und insb des Wechsels innerhalb eines Konzerns kann sich die Frage stellen, ob eine Treuepflichtklausel als vor oder nach dem 1.1.1990 abgeschlossen zu qualifizieren ist. Entscheidend ist, ob durch die Arbeitsvertragsübernahme die Identität des Vertrages gewahrt blieb oder nicht. Dies ist beim

reinen Arbeitgeberwechsel ohne inhaltliche Änderung des Vertrages jedenfalls anzunehmen; vertragliche Änderungen im Zusammenhang mit einem Arbeitgeberwechsel berühren die Identität des Vertrages nur, wenn sie tiefgreifend sind und den Hauptgegenstand oder den Rechtsgrund des Schuldverhältnisses ändern, was insb dann der Fall sein wird, wenn der Arbeitnehmer beim neuen Arbeitgeber einer ganz anderen Tätigkeit als bisher nachgeht.

Korrespondenz: RA Dr. *Georg Schima,* Zelinkagasse 6, A–1010 Wien, Österreich.

---

52) In Betracht käme als Alternative uU eine entsprechende *Kürzung* der Pension.

53) Vgl BAG 10.2.1968, AP Nr 2 zu § 119 BGB mit Anm *Hueck;* BAG 3.4.1970, AP Nr 141 zu § 242 BGB (Ruhegehalt) mit Anm *Grunsky;* BAG 18.10.1979, AP Nr 1 zu § 1 BetrAVG (Treuebruch); BAG 19.6.1980, AP Nr 2 zu § 1 BetrAVG (Treuebruch); BAG 11.5.1982, AP Nr 4 zu § 1 BetrAVG (Treuebruch); BAG 8.2.1983, AP Nr 5 zu § 1 BetrAVG (Treuebruch); BAG 8.2.1983, AP Nr 7 zu § 1 BetrAVG (Treuebruch) mit Anm *Herschel.*

54) Vgl dazu *Petrovic* in *Runggaldier/Steindl,* Handbuch 321 ff.

55) Vgl OGH Arb 10.746 = JBl 1989, 401 = RdW 1988, 457 = DRdA 1990, 361 mit Anm *Binder.*

56) Nämlich entweder als versuchter Betrug (vgl die §§ 146, 147 StGB) oder – falls auf die Abfertigung wirklich Anspruch bestand – als Teilnahme an der Untreue (vgl die §§ 12, 14, 153 StGB) des Generaldirektors.

57) Vgl *Resch,* DRdA 1990, 309; unzulässig verharmlosend dagegen *Binder,* DRdA 1990, 364 ff.

58) Vgl OGH DRdA 1990, 122 mit Anm *Runggaldier* = JBl 1988, 467 mit Anm *Pfersmann* = ZAS 1989, 58 mit Anm *Kerschner.*

59) Gegen diese Methode ganz zu Recht *Runggaldier,* DRdA 1990, 126 f; *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 164.

60) Zustimmend zu dieser Sichtweite offenbar *Petrovic* in *Runggaldier/Steindl,* Handbuch 325.

60a) Kritisch zum Entgeltbegriff des OGH auch *Resch,* ecolex 1991, 552 f.

61) Vgl *Fenyves,* Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis 134; *Petrovic* in *Runggaldier/Steindl,* Handbuch 328.

62) In *Runggaldier/Steindl,* Handbuch 318 f FN 43.

63) Zutreffend *Resch,* DRdA 1990, 309; *Resch,* ecolex 1991, 552.

64) Arb 10.746 = JBl 1989, 401 = RdW 1988, 457 = DRdA 1990, 361 mit Anm *Binder.*

65) In *Runggaldier/Steindl,* Handbuch 328 im Anschluß an *Hilger,* Das betriebliche Ruhegeld 305 ff.

66) In einem solchen Fall anerkannte das BAG in der E vom 18.10.1979, AP Nr 1 zu § 1 BetrAVG (Treuebruch) den Verfall.

67) So bei BAG 8.2.1983, AP Nr 5 zu § 1 BetrAVG (Treuebruch).

[67a)] Eine kritische Auseinandersetzung mit der hL und Rsp (vgl *Binder,* Zusammenspiel arbeits- und sozialrechtlicher Leistungsansprüche 368 ff; *Petrovic* in *Runggaldier/Steindl* 311 ff; OGH Arb 10.746 = JBl 1989, 401 = RdW 1988, 457 = DRdA 1990, 361 mit Anm *Binder*), wonach *ohne* vertraglichen Vorbehalt ein Widerruf auch bei krassesten Treuepflichtverstößen nicht möglich ist, muß an dieser Stelle unterbleiben. Anzumerken ist aber, daß die These der hM kaum überzeugt, weil die Pensionsvereinbarung mE als selbständig existenzfähiges und daher auch nicht dem Teilkündigungsverbot unterliegendes Dauerschuldverhältnis anzusehen ist, das nach allgemeinen Grundsätzen auch ohne vertraglichen Vorbehalt aus wichtigem Grund vorzeitig aufgelöst werden können müßte.

[67b)] AM offenbar *Resch,* ecolex 1991, 552. Der Gegensatz dürfte aber nur ein scheinbarer sein, weil auch nach der hier vertretenen Ansicht eine *Interessenabwägung* nötig ist.

[68)] Vgl zur Mitnahme von Geschäftsunterlagen und zum prozessualen Instrumentarium für die Verfolgung solcher Verstöße jüngst OGH RdW 1993, 16 f.

[69)] Die Formulierung erfolgte bewußt polemisch, weil nicht verhehlt werden soll, daß gerade anhand des Entlassungsgrundes des § 27 Z 6 AngG, den die Rsp nach wie vor vergleichsweise streng handhabt, die Problematik des in § 23 Abs 7 AngG verwirklichten gesetzgeberischen Konzeptes recht deutlich zutage tritt. Dies ändert aber nichts daran, daß die ständige Ignorierung dieses Konzeptes durch die betriebspensionsrechtliche Judikatur des OGH de lege lata (gemeint: außerhalb des Anwendungsbereiches des BPG) nicht vertretbar ist.

[70)] Arb 10.746 = JBl 1989, 401 = RdW 1988, 457 = DRdA 1990, 361 mit Anm *Binder.*

[71)] Vgl insb die oben zitierte BAG-Judikatur.

[72)] So vom Prinzip her wohl auch *Petrovic* in *Runggaldier/Steindl,* Handbuch 321 ff, 326 ff.

[73)] Von dieser Risikoverteilung will *Petrovic* in *Runggaldier/Steindl,* Handbuch 321, nur bei „besonders gravierenden Umständen“ eine Ausnahme anerkennen.

[74)] In *Runggaldier/Steindl,* Handbuch 318 f FN 43.

[75)] Vgl DRdA 1990, 111 = ZAS 1989, 95.

[76)] Vgl OGH DRdA 1990, 122 mit Anm *Runggaldier.*

[77)] Vgl OGH RdW 1989, 103 – „Manager-Pensionserkenntnis“.

[78)] Vgl OGH DRdA 1985, 222 = JBl 1986 264; DRdA 1987, 333 mit Anm *Steindl. Steindl* (DRdA 1987, 337 f) ist darin Recht zu geben, daß diese Anwendung jedenfalls dann nicht sachgerecht ist, wenn die Parteien eine für eine Vielzahl von Personen gedachte und im Einzelfall nicht verhandelte Textierung (dh Vertragsformblätter) gewählt oder gar einen „Normenvertrag“, dh zB eine Betriebsvereinbarung, beabsichtigt haben, deren Gültigkeit jedoch an einer Voraussetzung gescheitert ist. In solchen Fällen ist die Anwendung der Regeln für die Gesetzesinterpretation (vgl §§ 6, 7 ABGB) angebrachter.

79) Vgl OGH SZ 48/79 = Arb 9371 = EvBl 1976/66 = GesRZ 1976, 26 = HS 9602; Arb 10.406 = EvBl 1985/80 = GesRZ 1985, 142; für Vorstandsmitglieder einer Sparkasse OGH DRdA 1990, 333 mit Anm *Floretta* = RdW 1988, 428; vgl dazu ausführlich *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 3 ff.

80) Vgl *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 203 f.

81) Vgl *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 161 f. Wenngleich die in den §§ 36, 37 AngG verkörperten Grundgedanken auch für nicht Arbeitnehmereigenschaft aufweisende Organmitglieder grundsätzlich Gültigkeit besitzen, ist zumindest eine Anwendung der starren Einjahresgrenze des § 36 Abs 2 Z 1 AngG auf diese Personengruppe nicht zu befürworten.

82) OGH SZ 61/119 = Arb 10.742 = DRdA 1990, 305 mit Anm *Resch* = ZAS 1989, 171 mit Anm *Binder.*

83) So *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 209 f; *Runggaldier,* Sind Pensionszusagen an GmbH-Geschäftsführer vom BPG erfaßt?, RdW 1991, 16.

84) Zum Anwendungsbereich des BPG, ZAS 1991, 75; ebenso *derselbe,* BPG 6 f.

85) Vgl § 36 Abs 2 Z 1 ArbVG; § 1 Abs 6 Z 2 IESG; DHG aufgrund der Rsp des OGH etc.

86) Vgl ausführlich zur diesbezüglichen Rsp des OGH bzw VwGH *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 8 ff.

87) § 84 AktG bzw § 25 GmbHG.

88) OGH SZ 46/113 = Arb 9185 = EvBl 1974/83 für Vorstandsmitglieder einer AG; OGH EvBl 1979/135 für Geschäftsführer einer GmbH.

89) Vgl ausführlich zu dieser zumindest im Kern richtigen Rsp *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 220 ff; ähnlich auch *Marhold,* Aufsichtsratstätigkeit und Belegschaftsvertretung 150.

90) Ausführlich dazu *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 8 ff; zur sozialversicherungsrechtlichen Stellung des GmbH-Geschäftsführers *G. Schima,* Die Sozialversicherungspflicht des GmbH-Geschäftsführers, ZAS 1987, 121 ff, 158 ff.

91) Vgl dazu bislang nur *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 7 f.

92) Ungereimtheiten und Unzulänglichkeiten im neuen Betriebspensionsrecht, ZAS 1991, 86.

93) So *Tomandl,* ZAS 1991, 86; ebenso *Resch,* ecolex 1991, 633.

94) So im Ergebnis offenbar auch *Schrammel,* BPG 220, der diesen Schluß aber offensichtlich bereits allein aufgrund des Art V Abs 4 Z 3 BPG zieht.

95) Vgl *Schrammel,* BPG 220; in diesem Sinne auch *Resch,* ecolex 1991, 632.

96) *Schrammel,* BPG 220.

97) *Tomandl,* ZAS 1991, 87.

98) Vgl § 27 Z 1 AngG.

99) Dies folgt schon daraus, daß eine Konkurrenzklausel eben *vereinbart* werden muß, um zu gelten, wohingegen die Möglichkeit der Entlassung wegen

Vertrauenswürdigkeit nicht nur keiner vertraglichen Abrede bedarf, sondern nach (zutreffender) hM gar nicht gültig vertraglich ausgeschlossen werden kann.

[100)] Damit läge der Gesetzgeber exakt auf der Linie des OGH (SZ 61/119 = Arb 10.742 = DRdA 1990, 305 mit Anm *Resch* = ZAS 1989, 171 mit Anm *Binder*).

[101)] Vgl *Schrammel,* BPG 218 ff.

[102)] Vgl *Schrammel,* BPG 219 f.

[103)] Vgl zB die Textierungen in § 4 Abs 2 iVm § 8 des Musters Nr 1 und Nr 2 bei *Runggaldier/Steindl,* Handbuch 410, 412, 420, 422 f.

[104)] Zutreffend *Tomandl,* ZAS 1991, 87; *Schrammel,* BPG 221.

[105)] Vgl *Schrammel,* BPG 221.

[106)] *Schrammel,* BPG 133 f, scheint ersteres anzunehmen, ohne das Problem jedoch aufzuzeigen.

[107)] Zutreffend *Schrammel,* BPG 131.

[107a)] So grundsätzlich wohl auch *Resch,* ecolex 1991, 632.

[108)] Vgl zu diesem Modell *Pobenberger,* Betriebliche Altersversorgung aus sozialrechtlicher Sicht, in: *Runggaldier/Steindl,* Handbuch 229 ff und das Vertragsmuster 419 ff.

[109)] Dies gilt insb für Arbeitnehmer, die ein (deutlich) über der Höchstbeitragsgrundlage des ASVG liegendes Aktiveinkommen bezogen haben.

[110)] Vgl dazu *Schrammel,* BPG 218 ff.

[111)] Vgl *Schrammel,* BPG 220.

[112)] Vgl dazu *Runggaldier/G. Schima,* Führungskräfte 98 ff.

[113)] Vgl zu diesem Anwendungsbereich zuletzt *G. Schima,* Abfertigung bei Ausgliederung von Betrieben, ecolex 1992, 184 ff.

[114)] Vgl *Krejci,* Betriebsübergang und Arbeitsvertrag (1972) 177; *denselben,* „Sozialdemontage“ durch Betriebsaufspaltung, RdW 1988, 390.

[115)] Vgl *Koziol/Welser,* Grundriß[9] I 286 f; *Krejci,* RdW 1988, 390.

[116)] Vgl *Krejci,* RdW 1988, 390.

[117)] *Koziol/Welser,* Grundriß[9] I 286.

Ein Inhalt der Verlag Österreich GmbH