Abfertigungsregelungen in Vorstandsverträgen

Georg Schima

I. Einleitung, Problemstellung

II. Abfertigung bei Bestellung eines Angestellten zum Vorstandsmitglied

1. Anrechnungsvereinbarung
2. Bisheriger Meinungsstand zur Zulässigkeit der Anrechnungsvereinbarung
3. Eigene Auffassung
   - 3.1. Vorbemerkung
   - 3.2. Probleme des Günstigkeitsvergleichs
   - 3.3. Dispositionen über Abfertigungsansprüche bei Beendigung des Dienstverhältnisses
   - 3.4. Argumente aus § 23 Abs 3 AngG
   - 3.5. Grenzen der Zulässigkeit einer Anrechnungsvereinbarung
   - 3.6. Rechtsfolgen einer unzulässigen Anrechnungsvereinbarung

III. Regelung der Abfertigung für Vorstandstätigkeit

1. Allgemeines
2. Abfertigungsschädliche Beendigungsgründe
   - 2.1. Mandatsniederlegung
   - 2.2. Mißtrauensvotum
   - 2.3. Verweigerung der Wiederbewerbung bzw Nichtannahme einer Wiederbestellung

IV. Zusammenfassung

I. Einleitung, Problemstellung

Vorstandsmitglieder einer AktGes sind ebenso wie Vorstandsmitglieder einer Sparkasse nach der herrschenden und nunmehr wohl gefestigten Rsp[1]) keine AN iSd Arbeitsvertragsrechts. Ein mit der Gesellschaft/Sparkasse regelmäßig geschlossener „Anstellungsvertrag" ist nach überwiegender — und bei Zugrundelegung der traditionellen Vertragstypologie auch richtiger —

[1]) Für Vorstandsmitglieder einer AktGes: OGH EvBl 1976/66 = SZ 48/79 = Arb 9371 = GesRZ 1976, 26; OGH Arb 10.406 = SZ 58/20 = GesRZ 1985, 142ff = ÖBl 1985, 124 ff mit Anm v *Collin* = EvBl 1985/80 = RdW 1985, 159; für Vorstandsmitglieder einer Sparkasse: OGH RdW 1988, 428 f.

Auffassung ein sog „freier" Dienstvertrag[2]), nach einer abweichenden Ansicht ein Auftragsvertrag[3]).

Freie Dienstverträge sind als solche gesetzlich, insb im ABGB, nicht geregelt, wobei die Meinungen darüber, ob eine derartige Regelung bewußt unterblieben ist[4]) oder ob sich der damalige Gesetzgeber des ABGB Vertragsgestaltungen, die heute als freie Dienstverträge angesehen werden, nicht hat vorstellen können[5]), geteilt sind; im Ergebnis herrscht aber zumindest insofern Einigkeit, als daß die §§ 1151 ff ABGB und div spätere arbeitsrechtliche Vorschriften nur im Wege begründeter Analogie im Einzelfall, keinesfalls aber generell angewendet werden können[6]).

Zu jenen Bestimmungen, welche die Rsp zu Recht auf freie Dienstverträge grundsätzlich nicht anwendet, gehören die gesetzlichen Regelungen betreffend die Abfertigung, insb also § 23 AngG[7]).

Dennoch kann eine geradezu lückenlos befolgte Vertragssitte des Inhaltes konstatiert werden, auch Vorstandsmitgliedern von AktGes und Sparkassen im Anstellungsvertrag eine Abfertigung zuzugestehen, wobei diese Übung einerseits vor dem Hintergrund der früher hA zu sehen ist, wonach

[2]) So treffend *Strasser,* Die Ernennung (der Widerruf der Ernennung) eines Vorsitzenden des Vorstandes nach Aktienrecht und Arbeitsverfassungsrecht, FS *Schwind* 313 f; *Geppert,* Der Anstellungsvertrag des Vorstandsmitgliedes einer AG, DRdA 1980, 1 ff (15); *Schuster/Bonnott,* Die Rechtsnatur des zwischen Aktiengesellschaft und Vorstandsmitglied geschlossenen Anstellungsvertrages, FS *Kastner* 439, läßt sowohl den „echten" als auch den „freien" Dienstvertrag zu.

[3]) Vgl *Schiemer,* AktG[2] Anm 4.2. § 75; *Schiemer,* Zur Bestellung und Anstellung von Vorstandsmitgliedern einer AG, GesRZ 1984, 16 f.

[4]) So *Tomandl,* Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages 118 f.

[5]) So im wesentlichen *Wachter,* Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 412 FN 69.

[6]) Für den freien Dienstvertrag im allgemeinen *Adler/Höller* in *Klang*[2] V 156; *Wachter,* DRdA 1984, 413, dem hinsichtlich der für die Analogie maßgebenden Wertgesichtspunkte allerdings nicht zu folgen ist (vgl *G. Schima,* Abschied von der persönlichen Abhängigkeit im Arbeitsrecht? in *Frank/Plaschka/Rössl* (Hrsg), Umweltdynamik (1988) 216 FN 81); für Vorstandsverträge im besondern *Strasser,* FS *Schwind* 314; *Schuster/Bonnott,* FS *Kastner* 437.

[7]) Vgl OGH Arb 10.055 (Tierarzt); Arb 10.697 (Zielorte-Reiseleiter); wenn die erstgenannte E davon spricht, diejenigen arbeitsrechtlichen Normen, die nicht vom persönlichen Abhängigkeitsverhältnis des AN ausgingen und den sozial Schwächeren schützen sollten, seien auf freie Dienstverträge anwendbar und *daher* komme eine Unterstellung unter das 26. Hauptstück des ABGB in Frage, so ist dies wohl eine stark vergröbernde Sicht der Dinge, weil nicht einleuchtet, warum zwar nicht die den Arbeitsvertrag betreffenden Vorschriften des ABGB, wohl aber die (späteren) arbeitsrechtlichen Vorschriften in Sondergesetzen in der persönlichen Abhängigkeit des Dienstverpflichteten ihren Geltungsgrund haben sollen.

hauptberuflich tätige Vorstandsmitglieder idR AN waren[8]), andererseits aber auch bei bereits nach Bekanntwerden der Judikaturänderung erfolgten Vertragsabschlüssen keine signifikante Änderung der einschlägigen Regelungen beobachtet werden kann. Ungeachtet dessen muß man sich der Tatsache bewußt sein, daß bei Verneinung einer Geltung des § 23 AngG für Vorstandsverträge die den Vertragspartnern — insb natürlich der Gesellschaft — eingeräumten Gestaltungsmöglichkeiten ungleich größer sind als bei einer — wegen § 40 AngG nur Besserstellungen des Vorstandsmitgliedes zulassenden — Anwendbarkeit des § 23 AngG.

Abgesehen davon sind aber wegen der vom Gesetzgeber relativ streng vorgezeichneten Struktur des Anstellungsvertrages als eines mit der Dauer der Bestellung befristeten Vertrages[9]), der durch Wiederbestellung „verlängert" werden kann, die für die Beendigung „herkömmlicher" Dienstverhältnisse geltenden Grundsätze nicht voll auf Vorstandsverträge übertragbar. Es bedarf vielmehr der dogmatischen Erfassung zusätzlicher Beendigungsarten und Verfallstatbestände (dazu unten III.2.).

Im folgenden soll einigen für die Praxis bedeutsamen Fragen nachgegangen werden, die sich im Zusammenhang mit der Abfertigung von Vorstandsmitgliedern stellen.

II. Abfertigung bei Bestellung eines Angestellten zum Vorstandsmitglied

1. Anrechnungsvereinbarung

Zum Vorstandsmitglied einer AktGes bzw Sparkasse werden sehr oft nicht von außen geholte Personen, sondern (leitende) Angestellte der Gesellschaft/Sparkasse bestellt.

Diese Angestellten haben durch ihre uU langjährige Tätigkeit für das Unternehmen im Zeitpunkt, in dem über ihre Bestellung entschieden werden soll, häufig entsprechende Abfertigungsanwartschaften erworben.

Da das schuldrechtliche Verhältnis zwischen Vorstandsmitglied und Gesellschaft/Sparkasse, wie gesagt, kein Arbeitsvertrag, sondern ein freier Dienstvertrag ist, bedeutet eine Bestellung zum Vorstandsmitglied, sofern

[8]) Grundlegend für diese Ansicht war *Kastner,* Zur dienstrechtlichen Stellung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, ÖJZ 1949, 7 ff; *Kastner,* Die Stellung des Vorstandes der österreichischen Aktiengesellschaften, FS *Schmitz* I 96 f; *Kastner,* Gesellschaftsrecht[2] 150.

[9]) Vgl § 75 Abs 1 AktG und § 16 SpG; *Schiemer,* AktG[2] Anm 4.3. § 75.

sie das bisherige *Dienstverhältnis löst,* daß der Abfertigungsanspruch gem § 23 Abs 1 AngG *fällig* wird[10]).

Denkbar ist aber auch, daß das Angestelltendienstverhältnis mit der organschaftlichen Bestellung lediglich suspendiert, dh dem Bande nach nicht beendet, sondern vielmehr vereinbart wird, daß der Bestellte nach Ablauf seiner Mandatsdauer wieder als AN eintreten kann[11]).

Im Falle der Bestellung eines Angestellten der Gesellschaft/Sparkasse zum Vorstandsmitglied ist es, soweit ersichtlich, in der Praxis allgemein üblich, die — bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses, wie gesagt, grundsätzlich fällige — Abfertigung nicht auszuzahlen, sondern vielmehr zu vereinbaren, daß für die Berechnung der Abfertigung[12]) die als Angestellter zurückgelegten Vordienstzeiten angerechnet und die Zeit als Vorstandsmitglied ebenfalls berücksichtigt wird.

Für derartige Vereinbarungen, die bei oder im Zusammenhang mit der Lösung eines Arbeitsverhältnisses getroffen werden, gelten engere Zulässigkeitsgrenzen als für Abfertigungsregelungen im Vorstandsvertrag, welche bloß Ansprüche für die Vorstandstätigkeit festlegen, weil im ersteren Fall über zwingende arbeitsrechtliche Ansprüche disponiert wird und derartige Dispositionen bekanntlich Beschränkungen unterliegen, wobei allerdings in Lehre und Rsp und auch innerhalb der Rsp selbst keine Einigkeit über deren Intensität und Reichweite besteht[13]).

Der OGH[14]) sprach erst jüngst wieder aus, daß ein Verzicht auf die Abfertigung „schon wegen § 40 AngG unwirksam" sei. Auf Überlegungen zur — offenbar von Arbeitgeberseite ins Spiel gebrachten — „Drucktheorie"[15]) sei gar nicht einzugehen, weil der Verzicht drei Tage *vor* der Beendigung des Dienstverhältnisses erklärt worden sei, es sich somit nicht um einen Verzicht auf *schon erworbene* Ansprüche handle.

Eine nähere Auseinandersetzung mit dieser E würde unweigerlich in eine eingehende Diskussion über eines der die arbeits- und auch zivilrechtliche Dogmatik am meisten beschäftigenden Themen, nämlich über die Zulässigkeit bzw die Grenzen der Zulässigkeit von Dispositionen über zwingende Arbeitnehmeransprüche ausufern; eine solche Diskussion muß in diesem Rahmen weitgehend unterbleiben (siehe aber unten II.2.3.). Kurz angemerkt sei lediglich, daß die in der erwähnten OGH-E geäußerte Ansicht schon deshalb nicht zu überzeugen vermag, weil der Unterscheidung, ob der Verzicht drei Tage vor oder drei Tage nach Beendigung erfolgt ist, mE nicht zentrale Bedeutung zukommen kann.

[10]) Vgl dazu *Marhold,* Abfertigung bei Vorstandsbestellung, RdW 1984, 281.

[11]) Vgl zu Teilaspekten derartiger, va im Konzernbereich vorkommender Fallgestaltungen *Nowotny,* DRdA 1989, 428, 432 f.

[12]) Und idR auch für die Berechnung anderer dienstzeitabhängiger Ansprüche (zB Urlaub), sofern nicht ohnehin eine über den gesetzlichen Standard hinausgehende Regelung getroffen wird.

[13]) Vgl dazu die Übersicht bei *Eypeltauer,* Verzicht und Unabdingbarkeit im Arbeitsrecht 16 ff (20), 21 ff.

[14]) OGH WBl 1989, 248 f.

[15]) Vgl dazu *Eypeltauer,* Verzicht 16 ff.

2. Bisheriger Meinungsstand zur Zulässigkeit der Anrechnungsvereinbarung

Die — mit der allgemeinen Problematik der Zulässigkeit von Verfügungen über (zwingende) Arbeitnehmeransprüche natürlich zusammenhängende — spezielle Frage, ob Anrechnungsvereinbarungen im oben geschilderten Sinn bei Bestellung eines Angestellten zum Vorstandsmitglied überhaupt zulässig sind, war bislang kaum Gegenstand der juristischen Auseinandersetzung.

Lediglich zwei — allerdings nicht sehr breite — Stellungnahmen liegen zum genannten Thema vor.

Als erster beschäftigte sich *Marhold*[16]) kurz damit und meinte, die Zulässigkeit der Anrechnungsvereinbarung sei „eine Frage des Günstigkeitsvergleiches", wobei eine nähere Prüfung ergäbe, daß die Hinausschiebung der Fälligkeit idR den Angestellten nicht günstiger stelle, weshalb durch die Bestellung zum Vorstandsmitglied ein Abfertigungsanspruch ausgelöst werde. Begründet wird diese Auffassung im wesentlichen damit, daß zwar insofern eine Begünstigung des Angestellten vorliege, als nach dem G nicht abfertigungspflichtige Zeiten, nämlich die Dienstzeit als Vorstandsmitglied, für die Berechnung der Abfertigung herangezogen würden und weiters der Berechnung der idR höhere Vorstandsbezug bei Ausscheiden aus der Gesellschaft (Sparkasse) zugrundegelegt werde, doch überwiege der Umstand, daß durch die Vereinbarung der Vordienstzeitenanrechnung die bereits als Angestellter verdiente Abfertigung „neuerlich den Risken des Verfalls (iSd § 23 Abs 7 AngG) ausgesetzt"[17]) werde.

In einer kürzlich ergangenen E des OGH[18]), in der es vorrangig um die Frage der Insolvenzentgeltsicherung der Abfertigung eines langjährigen Vorstandsmitgliedes einer AktGes ging, welches vor seiner Vorstandstätigkeit Angestellter der Gesellschaft gewesen war und als solcher Abfertigungs-

[16]) *Marhold,* Abfertigung bei Vorstandsbestellung, RdW 1984, 281.

[17]) *Marhold,* RdW 1984, 281.

[18]) OGH ZAS 1989, 205 ff mit Anm v *G. Schima* = GesRZ 1989, 221 f = WBl 1989, 377 f.

anwartschaften erdient hatte, die im oben geschilderten Sinn auf sein Vorstandsverhältnis angerechnet wurden, vertrat das Höchstgericht jedoch die gegenteilige Ansicht. Die gegenständliche Vereinbarung, so der OGH, halte sehr wohl einem „Günstigkeitsvergleich iSd § 3 ArbVG" stand, weil die in § 23 Abs 7 AngG angeführten Verfallsrisken durch den als Bemessungsgrundlage für die gesamte Abfertigung herhaltenden Vorstandsbezug „mehr als aufgewogen" würden und der „sozialpolitischen Funktion" der Abfertigung durch ein Hinausschieben der Fälligkeit weit eher Rechnung getragen werde als durch eine sofortige Auszahlung bei „aufrechtem Beschäftigungsverhältnis"[19]).

3. Eigene Auffassung

3.1. Vorbemerkung

An der gerade geschilderten Argumentation fällt auf den ersten Blick zumindest zweierlei auf:

Erstens bringt der OGH die „sozialpolitische Funktion" der Abfertigung ins Spiel und rührt damit ein überaus „heißes Eisen" an. Eine nähere Erläuterung dessen, was der OGH unter „sozialpolitischer Funktion" der Abfertigung verstanden wissen will, oder zumindest ein Hinweis darauf, ob damit die *historische* sozialpolitische Funktion oder eine — angesichts der seit dem Jahre 1921 ja einigermaßen geänderten Rahmenbedingungen vielleicht *anders* zu interpretierende — *aktuelle* sozialpolitische Funktion gemeint ist, findet sich in der E allerdings nicht. Offenbar geht der OGH von der *Überbrückungsfunktion* der Abfertigung aus, welche als finanzielle Hilfe für Zeiten der Beschäftigungslosigkeit verstanden wird[20]).

Bemerkenswert ist die Heranziehung der „sozialpolitischen Funktion" der Abfertigung mE deshalb, weil damit ein teleologischer Faktor ins Spiel gebracht wird, den man in einschlägigen Judikaten, die sich mit der Frage der Disponibilität von Arbeitnehmeransprüchen beschäftigen, meist vermißt[21]).

[19]) OGH ZAS 1989, 206.

[20]) Vgl dazu *Martinek/Schwarz,* Abfertigung — Auflösung des Arbeitsverhältnisses 315; *Migsch,* Reform des Abfertigungsrechts, DRdA 1978, 180 f mwN in FN 29.

[21]) In der — mehrfach veröffentlichten — E JBl 1986, 804 ff (806; die anderen Fundstellen in RdW 1986, 218; DRdA 1986, 434 und GesRZ 1986, 201 enthalten diese Passage nicht), wo es um die Frage des Abfertigungsanspruches bei Weiterbeschäftigung in einem anderen Konzernunternehmen ging, hatte der OGH interessanterweise unter Berufung auf *Migsch* (Abfertigung für Arbeiter und Angestellte 85) dem Regelungsmotiv des Gesetzgebers, die Abfertigung solle als Versorgung und Überbrükkung nach dem Verlust des Arbeitsplatzes dienen, die „rechtliche Bedeutung" schlichtweg abgesprochen.

Zum zweiten — und dies knüpft an das oben Gesagte an — spricht der OGH von einem „aufrechten Beschäftigungsverhältnis" und meint damit ganz offensichtlich eben *nicht* ein Arbeitsverhältnis, sondern vielmehr das schuldrechtliche Rechtsverhältnis zwischen Vorstandsmitglied und Gesellschaft, dessen aufrechter Bestand nach Meinung des Höchstgerichtes die Anrechnungsvereinbarung und damit die (vorläufige) Nichtauszahlung der Abfertigung als unbedenklich erscheinen läßt.

3.2. Probleme des Günstigkeitsvergleichs

Abgesehen von den eben erwähnten Besonderheiten in der Argumentation des OGH, welche diese deutlich von der in einschlägigen E oft geübten schematischen Betrachtung[22]) abheben, treffen mE aber sowohl die Sichtweise von *Marhold* als auch die des OGH nicht ganz den Kern des Problems. Die Ansicht des OGH hat, wie zu zeigen sein wird, zumindest für den Regelfall allerdings die Richtigkeit des Ergebnisses für sich.

Offenbar ausgehend von der oben zitierten Ansicht *Marholds,* es handle sich um eine „Frage des Günstigkeitsvergleiches", spricht der OGH von einem „Günstigkeitsvergleich iSd § 3 ArbVG". Da nicht anzunehmen ist, der OGH sei der Auffassung, auf die in Rede stehende Vertragsgestaltung müsse § 3 ArbVG (direkt) angewendet werden, kann die vom Höchstgericht verwendete Passage wohl nur so verstanden werden, der in concreto vorzunehmende Günstigkeitsvergleich sei ein *„Gruppenvergleich"* iSd § 3 Abs 2 ArbVG, müsse also durch Gegenüberstellung aller in einem rechtlichen und sachlichen Zusammenhang stehenden Bestimmungen vorgenommen werden. Ob dies zutrifft, soll im folgenden geprüft werden.

Wenn man im vorliegenden Fall von einem „Günstigkeitsvergleich" spricht, dann kann wohl nur einer iSd § *40 AngG* gemeint sein, wonach eine Aufhebung und Beschränkung der dem DN in zahlreichen Bestimmungen des AngG — so auch in § 23 AngG — eingeräumten Rechte durch den Dienstvertrag untersagt ist.

Zu § 40 AngG wird tatsächlich von der ganz hL — freilich ohne nähere Begründung — vertreten, daß auch bei dem aufgrund dieser Bestimmung vorzunehmenden Vergleich, ob eine vertragliche Regelung günstiger ist als eine Bestimmung des AngG, „zusammenhängende Arbeitsbedingungen in Prüfung zu ziehen", dh ein Gruppenvergleich iSd § 3 Abs 2 ArbVG durchzuführen ist[23]).

[22]) Vgl etwa die in FN 14 genannte OGH-E WBl 1989, 248 f.

[23]) *Martinek/Schwarz* AngG[6] 723 f; *Schwarz/Löschnigg,* Arbeitsrecht[4] 63; *Krejci,* in *Rummel,* ABGB[2] I Rdz 6 ff § 1164; *Grillberger,* in *Schwimann,* ABGB 4/2 Rdz 3 §§ 1163, 1164; *Migsch,* Der sogenannte Verzicht des Arbeitnehmers auf Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, FS *Strasser* 261.

Dies ist mE aber zu bezweifeln. Ausgegangen werden muß davon, daß § 40 AngG keinerlei Hinweis auf die Zulässigkeit einer „Kompensation" von ungünstigeren mit — wenn auch rechtlich oder sachlich zusammenhängenden — günstigeren Regelungen enthält, sondern vielmehr den zentralen Bestimmungen des AngG *einseitig* (oder relativ) *zwingende Wirkung* zuerkennt[24]).

Ein Verstoß gegen die einseitig zwingende Wirkung einer gesetzlichen Vorschrift ist mE — mangels Vorgabe eines anderen Prüfungsmaßstabes (wie ihn § 3 Abs 2 ArbVG vorsieht) — *anhand der konkreten Norm* zu prüfen; ein Ausgleich von Verletzungen der Norm mit vertraglichen „Fleißaufgaben" des AG ist auch dann ausgeschlossen, wenn beide Regelungen in einem rechtlichen oder sachlichen Zusammenhang stehen. § 3 ArbVG kann als *arbeitsrechtliche Sondervorschrift* nur im Verhältnis zwischen KV und Einzelvertrag und gem § 31 Abs 3, letzter Satz ArbVG auch im Verhältnis BV — Einzelvertrag Geltung entfalten, nicht jedoch im Verhältnis zwischen (relativ zwingendem) Gesetz und Einzelvertrag.

Die gegenteilige hA kann insb nicht schlüssig begründen, warum die Anwendbarkeit des § 3 Abs 2 ArbVG auf das Arbeitsrecht beschränkt sein und nicht auch für das Zivilrecht im allgemeinen, soweit es einseitig zwingende Normen enthält (zB KSchG), bejaht werden sollte[25]).

[24]) Vgl dazu *Spielbüchler,* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*[3] I 77f; *Krejci,* in *Rummel,* ABGB[2] I Rdz 176 § 879; *Binder,* in *Schwimann,* ABGB 4/1 Rdz 25 § 879.

[25]) Aus der Vorschrift des § 879 Abs 3 ABGB betreffend die Ungültigkeit gröblich benachteiligender Nebenbestimmungen in Vertragsformblättern oder allgemeinen Geschäftsbedingungen kann mE nichts gewonnen werden. Zu dieser gesetzlichen Bestimmung wird durchaus zu Recht vertreten, daß einen Partner benachteiligende Vertragsklauseln durch andere, begünstigende Regelungen „aufgewogen" werden könnten (in diesem Sinne Krejci, KSchG und ABGB, in *Krejci* (Hrsg), KSchG-HB 159 ff; *Krejci,* in *Rummel,* ABGB[2] I Rdz 241 § 879), wobei freilich nicht geklärt ist, ob ein Gesamt- oder ein Gruppenvergleich vorzunehmen ist.

§ 879 Abs 3 ABGB kann, wie auch aus den Mat deutlich hervorgeht (EB RV 744 BlgNr XIV. GP 46), als „gesetzliche Anerkennung" des beweglichen Systems *Wilburg'scher* Prägung angesehen werden (*Krejci,* Bewegliches System und kombinatorisch gestaltete Anfechtungs- und Nichtigkeitstatbestände, in *Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger* (Hrsg), Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht 127, 136), woran der Umstand, daß der Gesetz gewordene Wortlaut des § 879 Abs 3 ABGB die in der RV ausdrücklich enthaltene Anerkennung zumindest eines „Günstigkeitsgruppenvergleiches" (arg „... durch andere *derartige* Vertragsbestimmungen *ausgeglichen* ...") nicht mehr beinhaltet, nichts ändert, weil bereits das zentrale Tatbestandsmerkmal des § 879 Abs 3 ABGB, nämlich der „(gröblich) benachteiligende" Charakter einer Bestimmung, zumindest einen Gruppenvergleich nicht nur zuläßt, sondern vielmehr regelmäßig erfordert.

Demgegenüber besitzt § 40 AngG — zumindest vom Wortlaut her — keinen solch flexiblen Charakter, sondern spricht einfach davon, daß bestimmte, taxativ

Die vertragliche Vereinbarung eines zweijährigen nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes unter Fortzahlung des zuletzt zustehenden Entgelts oder die Abbedingung des § 37 Abs 3 AngG unter gleichzeitiger Vereinbarung einer Weiterzahlung des Gehaltes für die Dauer der Beschränkung auch im Falle der Dienstnehmerkündigung[26]) sind daher ebensowenig mit § 40 AngG zu vereinbaren wie die Abrede, in die vom DG geschuldete Abfertigung die regelmäßig geleisteten Überstunden nicht einzubeziehen und dafür den Anspruch auch bei Selbstkündigung durch den AN zu gewähren oder Vordienstjahre anzurechnen, für deren Einbeziehung keine gesetzliche Verpflichtung besteht. Vertragliche Gestaltungen wie die beispielhaft angeführten müßten hingegen einem Gruppenvergleich iSd § 3 Abs 2 ArbVG wohl auch dann standhalten, wenn man dessen Grenzen eng zieht und seine Zulässigkeit davon abhängig macht, daß die verletzte Norm und die als Ausgleich dafür gebotene Regelung einen gemeinsamen Schutzzweck- und zwar den engsten, noch feststellbaren — verfolgen[27]).

Zwar soll nicht verkannt werden, daß für einen Günstigkeitsvergleich auch im Anwendungsbereich des § 40 AngG durchaus teleologische Argumente ins Treffen geführt werden können, weil es ja um den *Schutz des AN* geht, dem durch „Kompensationen" uU gedient sein mag, doch würde damit zweifellos und in einer über das Arbeitsrecht, wie gesagt, hinaus bedeutsamen Weise am Wesenskern gesetzlicher Verbotsnormen gerührt, sodaß zumindest ein wesentlich fundierterer und die allgemein-zivilrechtliche Problematik einbeziehender Argumentationsansatz gewählt hätte werden müssen. Dies zu versuchen, ist hier nicht der geeignete Platz.

Im übrigen hätte der OGH — ausgehend von einem „Günstigkeitsvergleich" — in concreto die relevanten Aspekte etwas näher untersuchen müssen. Das Höchstgericht führt die Anhebung der Bemessungsgrundlage für die Abfertigung durch die Bestellung zum Vorstandsmitglied ins Treffen, unterstellt dabei aber offenbar, daß diese Bestellung *generell* mit einer deutlichen Anhebung der Bezüge verbunden ist. Dies kann zwar sicherlich als Regelfall gelten, muß aber keineswegs immer so sein, sodaß die generalisierende Formulierung des OGH nicht am Platze ist.

Jedenfalls zu berücksichtigen wäre bei einem Günstigkeitsvergleich, wie ihn der OGH vornimmt, der von ihm nicht, wohl aber von *Marhold*[28]) auf-

aufgezählte Rechte des AN durch den Dienstvertrag weder aufgehoben noch beschränkt werden dürften. Diesem Anliegen kann durch ein völliges Kompensationsverbot jedenfalls *auch* Rechnung getragen werden.

[26]) Vgl §§ 36, 37 AngG.

[27]) Vgl *Firlei,* Das Problem der Objektivierung des Günstigkeitsvergleichs im österreichischen und deutschen Arbeitsverfassungsrecht DRdA 1981, 13.

[28]) RdW 1984, 281.

gezeigte Umstand, daß mittels einer Vereinbarung wie der gegenständlichen Zeiten einer *nach dem Gesetz nicht abfertigungswürdigen Tätigkeit* (nämlich als Vorstandsmitglied) zur Berechnung der Abfertigung herangezogen werden. Freilich kann der einzelne Fall so gelagert sein, daß der Angestellte nicht sonderlich von diesem Umstand profitiert; so etwa, wenn er bereits vor der Bestellung das in § 23 Abs 1 AngG festgelegte Höchstausmaß der Abfertigung erreicht hat[29]).

Ein Günstigkeitsvergleich, bei dem rechtlich oder sachlich zusammengehörige Regelungen miteinander zu vergleichen sind, kann immer nur anhand der *Umstände des konkreten Falles* vorgenommen werden, wenn auch die subjektiven Einschätzungen der Betroffenen außer Betracht bleiben mögen, weshalb *die vom OGH gewählte* — oben kritisierte — *Begründung eine generelle Aussage nicht trägt.*

3.3. Dispositionen über Abfertigungsansprüche bei Beendigung des Dienstverhältnisses

Die hier vertretene Ansicht, daß ein Gruppenvergleich sich mit § 40 AngG nicht verträgt, bedeutet allerdings nicht, daß die gegenständliche Vereinbarung ungültig wäre. In Wahrheit geht es nämlich nicht um einen Günstigkeitsvergleich in dem vom OGH gemeinten Sinn.

§ 40 AngG steht nach der hier und zumindest von einem Teil der Rsp und des Schrifttums vertretenen Ansicht[30]) einer vertraglichen Disposition über den Abfertigungsanspruch dann nicht im Wege, wenn der *Anspruch* infolge *Beendigung des Arbeitsverhältnisses bereits entstanden* ist und die Vereinbarung nicht — etwa wegen Ausübung ungerechtfertigten Drucks durch den AG — gesetz- oder sittenwidrig ist. Die generelle Unbedenklichkeit der vorliegenden Vereinbarung könnte bereits mit dem Wortlaut des § 40 AngG, der von einer Aufhebung und Beschränkung durch den *„Dienstvertrag"* spricht, begründet werden, weil die geschilderte Anrechnungsvereinbarung üblicherweise im Anstellungsvertrag getroffen wird, der kein „Dienstvertrag" iSd § 40 AngG ist. Dieses Argument wäre jedoch mE genauso formal[31]) wie der von den Vertretern einer generellen Unzulässigkeit des Verzichts auf unabdingbare Arbeitnehmeransprüche gezogene Schluß, aus der Formulierung „... weder aufgehoben noch beschränkt ..." in § 40 AngG

[29]) Vgl *Marhold* aaO.

[30]) Vgl *Köck,* Grenzen der Zulässigkeit des Verzichts auf schon entstandene Arbeitnehmeransprüche, ZAS 1986, 81, 87.

[31]) Vgl aber *Floretta,* Die Unabdingbarkeit im Arbeitsrecht und die herrschende Meinung über den Verfall des Urlaubes, DRdA 1951 (H 2) 15.

bzw § 1164 Abs 1 ABGB folge ein *generelles* Verfügungs- und damit auch Verzichtsverbot[32]).

Auch nach der — wenngleich dogmatisch schwach abgesicherten — Drucktheorie[33]) müßte im gegenständlichen Fall selbst ein *Verzicht* auf die Abfertigung zulässig sein oder könnte angesichts der Beendigung des Arbeitsverhältnisses höchstens eine *widerlegliche Druckvermutung* begründen[34]).

Diese Widerlegung fiele wohl nicht schwer, weil nicht behauptet werden kann, daß sich ein (langgedienter) leitender Angestellter einer AktGes, welcher zum Vorstandsmitglied bestellt werden soll und damit im Begriff ist, die höchste Stufe in der Unternehmenshierarchie zu erklimmen, in einer typischen Drucksituation befindet, sondern üblicherweise vielmehr das Gegenteil der Fall ist.

Vor allem aber liegt im gegenständlichen Fall gar kein Verzicht auf die Abfertigung vor, sondern lediglich ein einvernehmliches Hinausschieben der Fälligkeit, wenn auch[35]) unter Perpetuierung des Verfallsrisikos. Schon aus diesem Grund kommt mE der Frage, ob die (im Vorstandsvertrag getroffene) Regelung in einem Zeitpunkt erfolgte, in dem das zu bestellende Vorstandsmitglied noch Angestellter der Gesellschaft war, oder ob der Angestelltendienstvertrag vorher gelöst wurde, keinerlei Bedeutung zu.

Sieht man die Regelung dagegen als — befristeten — Verzicht, dann liegt jedenfalls ein *entgeltlicher Verzicht* vor, für dessen Zulässigkeit die dafür gewährten Vergünstigungen (höhere Bemessungsgrundlage, Einbeziehung von Nicht-Arbeitnehmerzeiten) von maßgebender Bedeutung sind, was auf einen *Günstigkeitsvergleich* hinausläuft[36]), wobei *dieser* Vergleich aber mE nicht an Grenzen iSd § 3 Abs 2 ArbVG gebunden ist[37]), sondern *umfassend,* dh durch eine *Gesamtbetrachtung* erfolgen darf, weil zwischen Unabdingbarkeit und Verzichtbarkeit eben nicht der von der hA behauptete unlösbare Zusammenhang besteht[38]).

[32]) Vgl *Eypeltauer,* Verzicht 43; *Strasser,* Der Verzicht auf unabdingbare arbeitsrechtliche Ansprüche, DRdA 1955 (H 15) 17; *Mosler,* Ein umstrittener Vergleich, DRdA 1984, 473.

[33]) Grundlegend OGH SZ 9/80 = Jud 26 neu; vgl dazu *Eypeltauer,* Verzicht 16 ff.

[34]) Vgl OGH Arb 9160 = ZAS 1975, 101 ff mit Anm von *R. Müller; Mayer-Maly,* Arbeitsrecht I 131 f.

[35]) *Marhold* aaO.

[36]) Vgl *Migsch,* FS *Strasser* 261 f; *Mayer-Maly,* Arbeitsrecht I 132; *Köck,* ZAS 1986, 80.

[37]) AM *Migsch,* FS *Strasser* 261.

[38]) Vgl eingehend *Köck,* ZAS 1986, 81 ff; zust *Mayer-Maly,* Arbeitsrecht I 132.

3.4. Argumente aus § 23 Abs 3 AngG

Selbst wenn man die hier vertretene Ansicht nicht teilt, sondern eine rigoros ablehnende Haltung zur Verzichtbarkeit einnimmt[39]), würde sich am Ergebnis, zu dem auch der OGH gelangte, für den Regelfall mE aber nichts ändern.

Der entscheidende Hinweis auf die Zulässigkeit und Unbedenklichkeit der gegenständlichen Vereinbarung läßt sich mE aus § *23 Abs 3 AngG* gewinnen. Ungeachtet der ganz anderen *faktischen Situation,* welche die genannte Bestimmung vor Augen hat, läßt sich aus ihr doch ableiten, daß eine Vereinbarung, trotz Fälligwerdens der Abfertigung diese nicht auszuzahlen, sondern bloß die Vordienstzeiten anzurechnen, *dann zulässig* ist, wenn dem Dienstleistenden für die Zukunft *zumindest der bisher gewährte Standard zugesichert* wird.

Obwohl auch Klarheit bestehen sollte über die gewichtigen *rechtlichen* Unterschiede der beiden Fallgruppen — hier: Umwandlung eines Arbeitsvertrages in einen freien Dienstvertrag; dort: Arbeitgeberwechsel —, so sind doch diese Unterschiede — und insb der Umstand, daß die neue Vereinbarung kein Arbeitsvertrag, sondern „nur" ein freier Dienstvertrag ist — mE für die gegenständliche Problematik nicht relevant. Allerdings darf die Fruchtbarmachung des § 23 Abs 3 AngG nicht dazu führen, daß der AN bei Verweigerung der Annahme der Bestellung zum Vorstandsmitglied den Abfertigungsanspruch verliert (vgl § 23 Abs 3 AngG), weil dies schon im Hinblick auf die mit der Bestellungsannahme verbundenen — einen Angestellten nicht treffenden — Pflichten und Haftungsrisiken[40]) nicht vertreten werden kann.

Die Gemeinsamkeiten der beiden Fallkonstellationen sind eben beschränkt, rechtfertigen aber den Schluß auf die grundsätzliche Zulässigkeit einer Anrechnungsvereinbarung bei Bestellung eines Angestellten zum Vorstandsmitglied.

[39]) Vgl etwa *Spielbüchler,* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*[3] I 84 ff.

[40]) Die bloße Tatsache der erheblichen Erweiterung des Pflichtenkreises und der Haftungsrisken durch die Bestellung zum Vorstandsmitglied ist aber kein taugliches Argument gegen die — auf § 23 Abs 3 AngG gestützte — Zulässigkeit einer Anrechnungsvereinbarung, weil die in der Vermehrung der (gesetzlichen) Pflichten gelegene „Verschlechterung" der Position des ehemaligen Angestellten durch den Regelungszweck des § 23 Abs 3 AngG nicht hintangehalten werden soll. Eine im Zusammenhang mit dem Übergang des Unternehmens ausgesprochene Beförderung im Rahmen der Unternehmenshierarchie, welche mit finanzieller Besserstellung, mehr Einfluß und Ansehen verbunden ist, läßt — ungeachtet der mit der (dh *jeder*) Beförderung verbundenen Erhöhung der Verantwortung und Pflichten — den Abfertigungsanspruch gegen den Veräußerer gem § 23 Abs 3 AngG erlöschen. Auch § 101 ArbVG griffe in einem solchen Fall selbstverständlich nicht ein.

3.5. Grenzen der Zulässigkeit einer Anrechnungsvereinbarung

Die vom OGH angenommene Unbedenklichkeit der Anrechnungsvereinbarung wurde vom Höchstgericht in der zitierten E nur auf den Fall bezogen, daß auf das Vertragsverhältnis zwischen Vorstandsmitglied und Gesellschaft *weiterhin das AngG* angewendet werde. Es erhebt sich daher die Frage, wie eine Anrechnungsvereinbarung zu beurteilen ist, die gleichzeitig mit das Vorstandsmitglied belastenden „Auflagen", dh gegenüber dem AngG *ungünstigeren* Bestimmungen im Anstellungsvertrag verbunden ist. ME macht gerade die Argumentation mit § 23 Abs 3 AngG den Blick frei auf die *Grenzen* der Zulässigkeit einer Anrechnungsvereinbarung im geschilderten Sinne, weil der zitierten Gesetzesbestimmung eben die Wertung zu entnehmen ist, daß die Nichtauszahlung der Abfertigung (zumindest) die Weitergewährung des bisherigen „Standards" voraussetzt, wobei in diesen Standard die *Entgeltbedingungen iwS* einzubeziehen sind.

Nun bereitet dieses Erfordernis beim Aufrücken ehemaliger Angestellter in die Vorstandsposition in aller Regel keine Schwierigkeiten, weil ein solches Avancement üblicherweise nicht nur mit mehr Macht und Verantwortung, sondern auch mit einer erheblichen *finanziellen Besserstellung* verbunden ist.

In diesem Zusammenhang sind jedoch nicht nur die laufenden finanziellen Zuwendungen der Gesellschaft vor und nach der Bestellung miteinander zu vergleichen, sondern vor allem auch die *Beendigungsgründe* im Anstellungsvertrag, die den — *gesamten* — Abfertigungsanspruch zum Erlöschen bringen bzw gar nicht entstehen lassen. Eine Durchsicht der mir zugänglichen Verträge ergab, daß deren Großteil diesbezüglich unbedenkliche Regelungen trifft, weil die aufgezählten Fälle, in denen der Abfertigungsanspruch erlischt, idR nicht zum Nachteil des Vorstandsmitgliedes über die Verfallsgründe des § 23 Abs 7 AngG hinausgehen. Wenn im Vertrag explizit auf § 23 Abs 7 AngG verwiesen wird, so ergeben sich ohnehin keine Probleme; aber auch ein Verfall der Abfertigung bei Abberufung bzw Beendigung des Anstellungsvertrages wegen grober Pflichtverletzung iSd § 75 Abs 4 AktG berührt die Zulässigkeit einer im Zusammenhang mit der Bestellung getroffenen Anrechnungsvereinbarung nicht, weil damit die *Abfertigung keinem höheren Risiko ausgesetzt wird* als dies schon angesichts des § 23 Abs 7 AngG der Fall ist. „Grobe Pflichtverletzung" gem § 75 Abs 4 AktG berechtigt mE die Gesellschaft generell auch zur vorzeitigen Auflösung des Anstellungsvertrages — und zwar unabhängig davon, ob das AngG als lex contractus vereinbart wurde[41]).

[41]) Der — demonstrative — Entlassungskatalog des § 27 AngG bietet ausreichend Möglichkeit für die Einordnung des § 75 Abs 4, 1. Fall AktG, und außerhalb der Geltung des AngG führt der Grundsatz, daß Dauerschuldverhältnisse jederzeit

Anders stellt sich die Situation aber dar, wenn — wie dies gelegentlich vereinbart wird — die *gesamte,* dh auch die als Angestellter bereits „erdiente" Abfertigung verfällt, wenn die Abberufung des Vorstandsmitgliedes *schlechthin aus einem wichtigen Grund* iSd § 75 Abs 4 AktG erfolgt und über eine „Koppelungsklausel" (Gleichlaufklausel) damit auch automatisch der Anstellungsvertrag aufgelöst wird.

In diesem Fall büßt das Vorstandsmitglied die Abfertigung auch im Falle der *unverschuldeten Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung*[42]) sowie bei einem — nur nicht offenbar unsachlichen — *Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung* ein.

In beiden Fällen träte nach § 23 Abs 7 AngG bzw bei Übertragung der dieser Bestimmung innewohnenden ratio auf Vorstandsverträge ein Abfertigungsverlust nicht — oder nicht per se — ein.

Insb der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung bietet — entgegen dem ersten Anschein — der Gesellschaft weitgehende Möglichkeiten zu einer Beendigung nach ihrem Gutdünken. Das Erfordernis, daß das Mißtrauensvotum nicht offenbar unsachlich sein darf, gewährleistet dem Vorstandsmitglied keinen wirksamen Schutz, weil nach hA Differenzen zwischen Vorstand und Anteilseignern in wichtigen Fragen der Unternehmensführung für ein nicht offenbar unsachliches Mißtrauensvotum ausreichen und damit dem Aufsichtsrat einen wichtigen Grund für den Bestellungswiderruf liefern[43]). Nach einer in der BRD zu § 84 Abs 3 dAktG vertretenen Ansicht bildet auch der — uU sogar unrechtmäßig artikulierte (zB wilder Streik) — Vertrauensverlust auf seiten der *Arbeitnehmerschaft,* selbst ohne formelles Hauptversammlungsvotum, einen wichtigen Grund für die Abberufung[44]).

aus wichtigem Grund vorzeitig auflösbar sind, auch zu keinem anderen Ergebnis (vgl dazu ausführlich *Runggaldier/Schima,* Die Rechtsstellung der Führungskräfte [in Druck]).

[42]) Vgl *Schiemer,* AktG² Anm 7.2. § 75; *Strasser,* FS *Schwind* 312.

[43]) Vgl für Ö jüngst *Nowotny,* DRdA 1989, 429; für die BRD (vgl § 84 Abs 3 dAktG) grundlegend BGHZ 13, 188 f (1954); BGH AG 1975, 242; *Säcker,* Rechtsprobleme beim Widerruf der Bestellung von Organmitgliedern und Ansprüche aus fehlerhaften Anstellungsverträgen, FS *G. Müller* 746 ff, 750; *Hefermehl,* in *Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropff,* AktG Rdz 73 § 84.

[44]) In diesem Sinne Krieger, Personalentscheidungen des Aufsichtsrates 135 ff mwN zur gegenteiligen Ansicht aaO 137 FN 32 f. Der Ansicht von *Krieger* ist zumindest für Ö allerdings nicht zu folgen. Das AktG bzw ArbVG sieht für die Äußerung eines „Arbeitnehmermißtrauensvotums" keine Organkompetenz vor, sodaß ein formelles Votum nicht in Betracht kommt (so auch *Krieger* aaO 136 f). Insb verbietet es sich schon aus aktienrechtlichen Gründen, auf die Belegschaftsvertretung im Aufsichtsrat zurückzugreifen, weil sonst einer Minderheit im Aufsichtsrat das Recht zustünde, diesen faktisch (wenn auch nicht rechtlich) zu einem Handeln (nämlich zum

Vor allem aber wird das aufgrund eines Mißtrauensvotums abberufene Vorstandsmitglied deshalb in eine ungünstige Lage gebracht, weil es allein *an ihm liegt zu beweisen,* daß das Mißtrauensvotum offenbar unsachlich war[45]).

Das Mißtrauensvotum bzw die Abberufung aufgrund eines solchen Mißtrauensvotums oder — sofern man dies entgegen dem Wortlaut des § 75 Abs 4 AktG tatsächlich als zulässig erachtet — aufgrund eines informell zum Ausdruck kommenden Vertrauensverlustes der Arbeitnehmerschaft begründet daher — für sich — *keinen persönlichen Vorwurf* gegen das davon betroffene Vorstandsmitglied[46]).

Umso mehr gilt das für die — etwa aufgrund einer langandauernden schweren Krankheit eingetretene — „Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung" iSd § 75 Abs 4, 2. Fall AktG[47]).

Dies bedeutet, daß durch Anrechnungsvereinbarungen iVm den eben geschilderten Verfallstatbeständen die als Angestellter bereits erdiente Abfertigung einem Risiko ausgesetzt wird, welches über das durch § 23 Abs 7 AngG für die Arbeitnehmerabfertigung geltende Risiko deutlich hinausgeht.

Dasselbe gilt mE für Klauseln, in denen festgelegt ist, daß der — durch Anrechnung von Angestelltenvordienstzeiten aufgestockte — Abfertigungsanspruch verloren geht, wenn das Vorstandsmitglied sich nach Ablauf der Mandatsdauer *nicht wieder um das Vorstandsamt bewirbt* oder eine erfolgte *Wiederbestellung* zu mindestens denselben Konditionen *nicht annimmt*

Ausspruch des Bestellungswiderrufes) zu zwingen. Eine rechtsgeschäftliche Ausweitung der Belegschaftskompetenzen kommt wegen des diesbezüglich zweiseitig zwingenden Charakters betriebsverfassungsrechtlicher Gesetzesvorschriften nicht in Betracht (vgl *Jabornegg,* Absolut zwingendes Arbeitsverfassungsrecht, FS *Strasser* 367 ff). Aber auch ein Recht zum informellen Vertrauensentzug ohne HV-Votum ist mE abzulehnen, weil es voraussetzen würde, daß der Aufsichtsrat auch *gegen* den Willen der HV den Vorstand wegen Verlustes des Vertrauens (der AN) abberufen kann. Damit wäre die aktienrechtliche Kompetenzverteilung verwischt, weil es nach dem AktG eben allein in die Hände der Aktionäre gelegt ist, zu entscheiden, ob einem Vorstandsmitglied das Vertrauen entzogen wird. Den *Grund* für ein solches HV-Votum kann freilich auch ein Vertrauensverlust der *Belegschaft* bilden; durch das HV-Votum müssen die Aktionäre aber zu erkennen geben, daß auch sie das Vertrauen verloren haben (vgl näher *Runggaldier/Schima,* Führungskräfte [in Druck]).

[45]) *Säcker,* FS *G. Müller* 748. Dies bedeutet eine nicht unerhebliche Schlechterstellung zB gegenüber der Position eines entlassenen AN, der zwar in die Klägerrolle gedrängt wird, im übrigen aber der Beweisführung durch den AG entgegensehen kann. Allerdings wird die Problematik dadurch entschäft, daß die meisten Anstellungsverträge negative finanzielle Sanktionen nur an die *verschuldete* Abberufung knüpfen.

[46]) *Strasser,* FS *Schwind* 312.

[47]) *Strasser,* FS *Schwind* 312.

(dazu unten III.2.3.). Da der Anstellungsvertrag, wie gesagt, ein Vertrag auf bestimmte Dauer ist, würde bei Anwendung des § 23 AngG die Abfertigung bei Ablauf der Vertragsdauer zwingend fällig.

Eine — unter der Sanktion des *gänzlichen* Abfertigungsverlustes — stehende Pflicht zur Wiederbewerbung trägt angesichts der zahlreichen, in Geld nicht meßbaren Imponderabilien im Verhältnis zwischen Vorstand und Aufsichtsrat bzw Aktionären oder auch im Verhältnis der Vorstandsmitglieder zueinander den Interessen des betroffenen Vorstandsmitgliedes an einem optimalen Arbeitsklima mE nicht ausreichend Rechnung und begründet ebenfalls ein *inadäquates Verfallsrisiko* für den als Angestellter bereits erworbenen Teil der Abfertigung.

Allerdings machen die eben behandelten Verfallstatbestände die *Anrechnungsvereinbarung nicht schlechthin ungültig,* weil angesichts des Umstandes, daß das künftige Vorstandsmitglied als Angestellter über einen bereits entstandenen und fälligen oder kurz vor der Fälligkeit stehenden Anspruch disponiert, nach der hier vertretenen Ansicht ein *„Günstigkeitsgesamtvergleich"* vorzunehmen ist.

Wird daher dem Vorstandsmitglied zB ein nicht den geschilderten (sondern allenfalls § 23 Abs 7 AngG nachgebildeten) Verfallstatbeständen ausgesetzter Pensionsanspruch eingeräumt, der ein *finanzielles Äquivalent* zur Abfertigung darstellt, dann bestehen gegen die Anrechungsvereinbarung mE keine Bedenken.

Der Umstand *allein,* daß das Vorstandsmitglied mit der Bestellung ein — sei es auch wesentlich — *höheres* und als Abfertigungsbemessungsgrundlage dienendes *Gehalt* bezieht, kann es dagegen mE nicht rechtfertigen, daß die bereits erdiente Abfertigung einem über § 23 Abs 7 AngG deutlich hinausgehenden Verfallsrisiko ausgesetzt wird, wie dies insb beim Verfall wegen Abberufung aufgrund eines Mißtrauensvotums der Fall ist. Der — letztlich ja auch eine Abgeltung des mit der Vorstandstätigkeit verbundenen, deutlich erhöhten Haftungsrisikos und der gesteigerten Verantwortung beinhaltende — hohe Aktivbezug und die Chance einer danach bemessenen, hohen Abfertigung wiegt die Gefahr nicht auf, ohne irgendein eigenes Verschulden, uU sogar aufgrund des Gutdünkens der Gesellschaft, die gesamte Abfertigung zu verlieren[48]).

[48]) Die Situation ähnelt ein wenig der Diskussion um § 879 Abs 3 ABGB im Zusammenhang mit dem sog „Preisargument". Zu Recht hält es die hA für unzulässig, den Ausschluß der Gewährleistung durch einen „günstigeren" Preis zu rechtfertigen, weil damit dem Vertragspartner idR nur ein geringer Vorteil eingeräumt, ihm aber das Risiko auferlegt wird, den Wert der Leistung uU *zur Gänze* einzubüßen (vgl *Krejci* in KSchG-HB 161 mwN).

3.6. Rechtsfolgen einer unzulässigen Anrechnungsvereinbarung

Wird nach dem Gesagten die Stellung des Vorstandsmitgliedes durch die Anrechnungsvereinbarung unzulässig beeinträchtigt, dann ergibt sich als Konsequenz, daß die mit den erwähnten Verfallstatbeständen verknüpfte Anrechnungsvereinbarung *unwirksam* ist, dh die als Angestellter erworbene Abfertigung mit Beendigung des Angestelltenverhältnisses, im Regelfall also mit Wirksamkeitsbeginn der Bestellung zum Vorstandsmitglied, *fällig* ist und durch kein noch so grobes Fehlverhalten im daran anschließenden Vorstandsamt wieder beseitigt werden kann. Nicht berührt wird durch die Nichtigkeit der Anrechungsvereinbarung aber die Gültigkeit der Abfertigungsregelung für die Mandatsdauer als Vorstandsmitglied, soweit nicht — was gleich zu prüfen sein wird — die über § 23 Abs 7 AngG hinausgehenden Verfallstatbestände auch bei der reinen Vorstandsabfertigung unzulässig sind.

Daß die gerade beschriebene Nichtigkeit kaum jemals prompt aufgegriffen werden wird, ändert nichts an den skizzierten Rechtsfolgen. Wichtig ist nur, sich vor Augen zu halten, daß es sich um eine *relative,* nur vom Vorstandsmitglied aufgreifbare Nichtigkeit handelt, weil § 23 AngG selbstverständlich nur den AN schützen will[49]).

Dies bedeutet, daß einerseits die Gesellschaft nicht von sich aus verpflichtet ist, im Falle der Beendigung des Anstellungsvertrages aus einem vertraglich zum Verfall führenden Grund zumindest einen Teil der Abfertigung (auf der idR wesentlich niedrigeren Bemessungsgrundlage des — aufgewerteten — letzten Angestelltengehalts) auszuzahlen, daß sich aber andererseits die *Gesellschaft* auch *nicht auf Verjährung* des für die Angestelltentätigkeit gebührenden Abfertigungsteiles *berufen kann,* wenn ihr die Unwirksamkeit zB nach Ablauf der Verjährungsfrist bewußt wird. Auch dann, wenn das Vorstandsmitglied genötigt ist, die Unwirksamkeit der Anrechnungsvereinbarung selbst aufzugreifen, weil die Art der Beendigung laut Vorstandsvertrag den Abfertigungsverfall nach sich zieht, könnte die Gesellschaft mE den Einwand der Verjährung (es gilt § 1486 Z 5 ABGB analog) nicht erheben, weil dies gegen Treu und Glauben verstieße.

Die oben behandelten Fallgestaltungen wurden bislang noch nirgends untersucht; in der schon erwähnten E des OGH klingt aber an, daß dem Höchstgericht eine ähnliche Position wie die hier vertretene vorschweben dürfte, wenn von den „nur vom gewillkürten Verhalten des AN abhängigen Verfallstatbeständen des § 23 Abs 7 AngG" die Rede ist[50]). Ein solches „gewillkürtes Verhalten" des Vorstandsmitgliedes liegt eben nicht vor, wenn dieses wegen schwerer Krankheit oder infolge einer vom Mehrheitsaktionär vertretenen Gegenposition hinsichtlich der Geschäftspolitik abberufen wird.

[49]) Vgl *G. Schima,* ZAS 1989, 208.

[50]) OGH ZAS 1989, 206.

III. Regelung der Abfertigung für Vorstandstätigkeit

1. Allgemeines

Erfaßt die Abfertigungsregelung im Anstellungsvertrag bloß die Mandatsdauer als Vorstandsmitglied, dann steht den Vertragspartnern naturgemäß ein *weiterer Gestaltungsspielraum* zur Verfügung, weil Arbeitnehmeransprüche eben nicht betroffen sind.

Dies gilt auch dann, wenn im Anstellungsvertrag für die Bemessung der Abfertigung *schon abgefertigte* Angestelltenvordienstzeiten berücksichtigt wurden, wie dies ja gelegentlich vorkommen soll.

Die folgenden Ausführungen sind vor dem Hintergrund der Tatsache zu sehen, daß es rechtlich ohne weiteres zulässig ist, einem Vorstandsmitglied im Anstellungsvertrag, der ja ein „freier" Dienstvertrag ist, *überhaupt keine Abfertigung* zuzuerkennen[51]). Daß dies jedoch nicht völlige Freiheit in der vertraglichen Gestaltung von Abfertigungsregelungen bedeutet, wird zu zeigen sein.

2. Abfertigungsschädliche Beendigungsgründe

Die juristisch interessanten Aspekte bei der Beurteilung der Abfertigung von Vorstandsmitgliedern finden sich primär im Zusammenhang mit dem Anspruchsverfall bei bestimmten Beendigungsarten. In der Folge sei lediglich auf jene Verfallstatbestände eingegangen, die rechtlich problematisch oder zumindest „vorstandsspezifisch" sind. Die — ebenfalls nicht ergiebige — Problematik der Aufsichtsratssorgfalt bei der Einräumung von Abfertigungsansprüchen an Vorstandsmitglieder sei an dieser Stelle ausgeklammert.

[51]) Dies bedeutet aber noch nicht, daß ein Abfertigungsanspruch für die Vorstandstätigkeit stets dann nicht zusteht, wenn zwischen Gesellschaft und Vorstandsmitglied diesbezüglich nichts besprochen wurde und/oder der schriftliche Anstellungsvertrag keine Abfertigungsregelung enthält. Insb bei ehemaligen Angestellten, die zum Vorstandsmitglied bestellt wurden, wird die *ergänzende Vertragsauslegung* idR ergeben, daß der bisherige arbeitsrechtliche Standard aufrechterhalten und damit auch ein Abfertigungsanspruch gewährt wird (zutreffend *Nowotny*, DRdA 1989, 430). Freilich reicht der Umstand *allein*, daß die Einräumung eines Abfertigungsanspruches in Vorstandsverträgen *allgemein üblich* ist, nicht dafür aus, eine solche Einräumung auch dann anzunehmen, wenn die Parteien diesbezüglich nichts vereinbart haben, weil die bloße Vertragssitte bei der ergänzenden Vertragsauslegung nicht berücksichtigt werden darf (*Rummel*, in *Rummel*, ABGB I Rdz 13 § 914, Rdz 3 § 864 a; *Rummel*, Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte 86 ff). Dies bedeutet, daß bei von außerhalb des Unternehmens kommenden Vorstandsmitgliedern die Nichtregelung eines Abfertigungsanspruches idR nicht interpretativ „korrigiert" werden kann.

2.1. Mandatsniederlegung

In der überwiegenden Mehrzahl der mir bekannten Anstellungsverträge findet sich die Bestimmung, daß die Abfertigung nicht zusteht, wenn das Vorstandsmitglied sein Mandat vorzeitig niederlegt. In manchen Verträgen ist dies auf die Mandatsniederlegung „ohne wichtigen Grund" eingeschränkt.

Derartige Vertragsklauseln gehen zunächst ganz offensichtlich von dem — auch der zutreffenden und wohl hA[52]) entsprechenden — Standpunkt

[52]) Vgl *Schiemer*, AktG[2] Anm 5.2. § 23, Anm 9.4. § 75; für die BRD *Mertens*, in KölnKomm AktG Rdz 80 § 84; jüngst *Baums*, Geschäftsleitervertrag 404, 408 ff; aM offenbar *Kastner*, Gesellschaftsrecht[4] 184 f, welcher bei Niederlegung ohne wichtigen Grund die Annahme durch den Aufsichtsrat fordert (vgl auch OGH GesRZ 1977, 143 f); ähnlich *Hefermehl* in *Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG Rdz 103 § 84.

Die Auffassung, wonach eine unberechtigte Amtsniederlegung unwirksam ist, kann nicht überzeugen (vgl auch § 75 Abs 4, 4. Satz AktG). Insb dann, wenn auch bei einer solchen „unwirksamen" Amtsniederlegung die Gesellschaft auf Schadenersatzansprüche beschränkt sein soll (so offenbar *Kastner*, Gesellschaftsrecht[4] 185; deutlich *Hefermehl* aaO Rdz 103 § 84), zeigen sich praktisch keinerlei Unterschiede zur hier vertretenen Ansicht. Daß das unberechtigt sein Amt niederlegende Vorstandsmitglied weiterhin an das Wettbewerbsverbot (vgl § 79 AktG; § 88 dAktG) gebunden bleibt (*Hefermehl* aaO Rdz 103 § 84 a), ist mE zwar vertretbar, setzt aber nicht die Unwirksamkeit der Mandatsniederlegung voraus, sondern könnte damit gerechtfertigt werden, daß die — wenn auch gesetzlich (§ 79 AktG) statuierte — Pflicht, Wettbewerb zu unterlassen, eher das *Schicksal des Anstellungsvertrages* als jenes des Amtes *teilen* müßte (aM offenbar *Schiemer*, AktG[2] Anm 1.1. § 79).

Abgesehen von dem Gesagten geht aber insb die Rsp des OGH, welche die Mandatsniederlegung durch GmbH-GF als jederzeit möglich und zulässig erklärt (vgl OGH GesRZ 1980, 90 mwN; OGH JBl 1986, 242 f = RdW 1986, 41 = SZ 58/181 = ÖZW 1987, 114; vgl auch OGH WBl 1988, 435 f), bei Vorstandsmitgliedern jedoch das Vorliegen eines wichtigen Grundes als Voraussetzung erwägt (vgl OGH GesRZ 1977, 143 f), schlichtweg von unrichtigen Prämissen aus.

Die jederzeitige Möglichkeit zur Amtsniederlegung durch den GmbH-GF aus dessen jederzeitigen Abberufbarkeit zu schließen, ist verfehlt, weil letztere auf Erwägungen beruht, die der GF nicht für sich in Anspruch nehmen kann (so überzeugend *Baums*, Geschäftsleitervertrag 403). Die fristlose Abberufung des GF läßt ja, wenn kein Entlassungsgrund vorliegt, die Pflicht der Gesellschaft zur Gehaltszahlung zumindest während der Kündigungsfrist aufrecht. Dieser Pflicht muß aber die Arbeitspflicht des GF während seiner Kündigungsfrist (vgl § 20 Abs 4 AngG) entsprechen.

Ein Recht zur sofortigen Amtsniederlegung ohne wichtigen Grund ist weder dem GmbH-GF noch dem Vorstandsmitglied (einer AktGes, Sparkasse oder Genossenschaft) zuzuerkennen (*Baums*, Geschäftsleitervertrag 404 mwN in FN 9); letzterem aber deshalb nicht, weil ihn die Gesellschaft nur aus wichtigem Grund abberufen kann, sondern weil auch eine fristlose Beendigung des — die Modalitäten der Amtsausübung näher regelnden — Anstellungsvertrages dem Vorstandsmitglied ohne Austrittsgrund nicht möglich ist.

nicht

aus, daß die *Niederlegung des Mandates* durch das Vorstandsmitglied grundsätzlich möglich und — unabhängig von ihrer Berechtigung — auch *jedenfalls wirksam* ist. Bei der Untersuchung der Frage nach der Berechtigung der Mandatsniederlegung stößt man zunächst auf die Tatsache, daß offenbar in fast allen Vorstandsverträgen eine Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung des Anstellungsvertrages durch das Vorstandsmitglied oder die Gesellschaft vor Fristablauf nicht vorgesehen ist. Dies überrascht mE insofern etwas, als derartige Klauseln erstens ohne Zweifel zulässig wären[53]) und zweitens für manche — in der Praxis oft mehr praeter legem gelöste — Probleme im Zusammenhang mit dem Ausscheiden aus dem Vorstand eine handhabbare rechtliche Richtschnur darstellen könnten.

Die Kündigungsmöglichkeit kann bei einem Dienstvertrag auf bestimmte Dauer ohne weiteres *zusätzlich* vereinbart werden, wobei — wenn man der Rsp des OGH zum Arbeitsvertrag auch, wofür mE gute Gründe sprechen, für den Vorstandsvertrag folgt — die Kündigungsmöglichkeit allerdings bei sonstiger Sittenwidrigkeit *beiden Teilen* eingeräumt sein muß (zumindest nicht der Gesellschaft allein eingeräumt sein darf)[54]).

Der Umstand, daß Kündigungsklauseln in den Verträgen regelmäßig fehlen, hat zur Folge, daß die Mandatsniederlegung den Anstellungsvertrag nur dann mit Sicherheit nicht verletzt und damit selbst rechtmäßig ist, wenn auf seiten der Gesellschaft ein wichtiger Grund vorliegt, der die Fortsetzung der Vorstandstätigkeit für das Vorstandsmitglied *unzumutbar* macht, weil dieses Recht zur vorzeitigen Vertragsauflösung aus wichtigem Grund allen Dauerschuldverhältnissen immanent ist und nicht eigens vereinbart zu werden braucht[55]).

[53]) Ohne Kündigungsklausel ist eine Kündigung aber selbstverständlich nicht möglich (vgl die zT unbegreifliche und juristisch unqualifizierte Diskussion im „Fall Vranitzky" und den klarstellenden Leserbrief von *Oberhofer* in Profil 50/1989, 8 ff.

[54]) Vgl OGH JBl 1986, 331 ff = DRdA 1986, 323 ff mit Anm v *Petrovic* (insb 329).

[55]) Ob man darüber hinaus einer „Symmetrie" von Abberufungs- und Mandatsniederlegungsgründen das Wort reden und das Vorstandsmitglied etwa — spiegelbildlich zu § 75 Abs 4, 3. Fall AktG — dann zur *sofortigen* Mandatsniederlegung berechtigen soll, wenn *es* zB infolge Einmischung in die Geschäftspolitik durch den Mehrheitsaktionär das Vertrauen verloren hat, ist mE stark zu bezweifeln. Der auch bei Vorliegen eines Mißtrauensvotums durch die HV und anschließender Abberufung durch den Aufsichtsrat grundsätzlich, dh bei Fehlen eines die Vertragsfortsetzung unzumutbar machenden, wichtigen Grundes für die restliche Vertragsdauer oder zumindest für die Kündigungsfrist bestehenden Weiterzahlungspflicht der Gesellschaft hätte das zu *sofortiger* Mandatsniederlegung berechtigte Vorstandsmitglied nichts entgegenzusetzen, weil eine Weiterführung der Vorstandstätigkeit mit Zugang der Niederlegungserklärung ausscheidet.

Wenn nun die Abfertigung auch in diesem Fall verloren gehen soll, so ist dies *sittenwidrig* (§ 879 ABGB), weil ein vertragswidriges oder sonst rechtswidriges Verhalten der Gesellschaft nicht dazu führen darf, dieser Aufwendungen zu ersparen[56]).

Abgesehen von dem geschilderten Extremfall kann es aber für ein Vorstandsmitglied verschiedene gute Gründe geben, sein Mandat niederzulegen, ohne daß die Fortsetzung unzumutbar geworden ist.

Diese Gründe mögen Meinungsverschiedenheiten im Vorstand, mit dem Aufsichtsrat oder den Aktionären, familiäre Gründe oder auch das in letzter Zeit vielstrapazierte „öffentliche Interesse" an einem Überwechseln des Vorstandsmitgliedes in eine politische Funktion sein; gemeinsam ist diesen Gründen, daß das *Vorstandsmitglied ohne Kündigungsklausel durch die (fristlose) Mandatsniederlegung den Anstellungsvertrag verletzt* und damit rechtswidrig handelt[57]).

Wenn der Anstellungsvertrag in solchen Fällen den Verlust der Abfertigung normiert, so ist dies ohne Zweifel *unbedenklich* — und zwar auch dann, wenn infolge einer Kündigungsklausel die Mandatsniederlegung *rechtmäßig* war. Das Vorstandsmitglied wird dadurch in keiner Weise ungünstiger behandelt als ein Angestellter im Falle der Selbstkündigung (vgl § 23 Abs 7 AngG). Die Motive, die zur Kündigung eines Vorstandsmitgliedes führen, verdienen jedenfalls keinen stärkeren Schutz als Beweggründe eines „normalen" Angestellten.

Um dem Abfertigungsverlust zu entgehen, wird das mandatsniederlegungswillige Vorstandsmitglied die Zustimmung der Gesellschaft, dh des Aufsichtsrates suchen. Bei der Erteilung dieser Zustimmung ist der Aufsichtsrat in sinngemäßer Anwendung des § 70 Abs 1 AktG iVm § 99 und 84 AktG primär an das *Wohl des Unternehmens* gebunden, hat dabei aber die Interessen der Aktionäre und AN sowie das öffentliche Interesse zu berücksichtigen[58]). Zu beachten ist insb auch § 78 Abs 1 AktG, welcher den Auf-

[56]) Vgl das berühmte Bsp des Aufwandersatzes für den unredlichen Besitzer, dem ungeachtet des § 336 ABGB von der hL nicht mehr als dem redlichen zugestanden wird (*Bydlinski* in *Klang*[2] IV/2, 525 FN 476; allg *Bydlinski,* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff 480.

[57]) Vgl FN 53.

[58]) Klar muß dabei aber sein, daß das Unternehmenswohl den anderen, in § 70 Abs 1 AktG genannten Interessen *vorgeht,* ja geradezu „teleologisch vorgeordnet" ist, deren Berücksichtigung sich daher nur *im Rahmen des Unternehmenswohles* bewegen kann und darf, dessen Verwirklichung immerhin die anderweitige Interessenwahrnehmung finanziert (vgl *Schiemer,* AktG[2] Anm 2.1. § 70 mwN zur hA).

§ 70 Abs 1 AktG trifft eine eindeutige *Rangordnung* im aufgezeigten Sinne. Jedenfalls nicht beipflichten kann ich daher der von *Koppensteiner* (Profil 50/1989, 11 f) im Zusammenhang mit dem „Fall Vranitzky" geäußerten Ansicht, ein Handeln

sichtsrat verpflichtet, dafür zu sorgen, daß die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder, wozu auch Ruhegehälter und Leistungen „verwandter Art", mE daher *jedenfalls auch Abfertigungen* zählen, in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des einzelnen Vorstandsmitgliedes und zur Lage der Gesellschaft stehen.

Die Erteilung der Zustimmung des Aufsichtsrates zur einvernehmlichen Lösung des Anstellungsverhältnisses kann gegenüber einem zur Mandatsniederlegung entschlossenen Vorstandsmitglied auch ohne weiteres daran geknüpft werden, daß eine *Kürzung* der sonst bei einvernehmlicher Beendigung (Fristablauf) zustehenden Ansprüche eintritt. Dies ist gegenüber AN angesichts der hL und Rsp zur Disponibilität zwingender arbeitsrechtlicher Ansprüche ja nur sehr beschränkt möglich.

2.2. Mißtrauensvotum

Wenn der Anstellungsvertrag, wie oben erwähnt, vorsieht, daß bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gem § 75 Abs 4 AktG, manchmal eingeschränkt auf „in der Person gelegene" wichtige Gründe iSd § 75 Abs 4 AktG, generell kein Abfertigungsanspruch besteht, dann sind davon auch die beiden — oben (II.3.5.) behandelten — Fälle, nämlich die unverschuldete Dienstunfähigkeit sowie das ohne Vorliegen einer Pflichtverletzung

des Aufsichtsrates im „öffentlichen Interesse" iSd § 70 Abs 1 AktG sei bereits dann gegeben, wenn damit die „verfassungsrechtliche Aufgabe des Bundeskanzlers, die Mitglieder der Regierung zu benennen", erleichtert werde, weshalb der Anstellungsvertrag von Dr. Vranitzky durch den Aufsichtsrat vorzeitig habe aufgelöst werden dürfen.

Damit wird genau die aufgezeigte Rangordnung der Interessen in § 70 Abs 1 AktG verkannt. Es kann nicht ernstlich behauptet werden, daß die vorzeitige Entbindung eines *erfolgreichen* und für das Unternehmen *unentbehrlichen* Vorstandsmitgliedes von seinem Anstellungsvertrag zwecks Ermöglichung der Ausübung eines hohen politischen Amtes als solche vor den von § 70 Abs 1 AktG an das Handeln auch des Aufsichtsrates gestellten Anforderungen zu bestehen vermag — es sei denn, der Aufsichtsrat hat begründete Hoffnung, daß das ehemalige Vorstandsmitglied in seiner Eigenschaft als Minister dem *Unternehmen* (und nicht der Öffentlichkeit!) genauso oder besser dienen wird können als in seiner Vorstandsfunktion (ob ein derartiges — zT wohl nur durch pflichtwidrige Amtsausübung (vgl §§ 153, 302 StGB) zu verwirklichendes — Interesse Schutz verdient, ist aber stark zu bezweifeln).

Wirklich unbedenklich ist nach dem Gesagten die vorzeitige Auflösung des Anstellungsvertrages nur, wenn das betroffene Vorstandsmitglied unfähig oder zumindest für das Unternehmen nicht unentbehrlich ist. Diesfalls bewegt sich — dies ist *Koppensteiner* (Profil 50/1989,12) zuzugeben — der Aufsichtsrat, wenn sich die Gesellschaft den Wechsel „etwas kosten" läßt, grundsätzlich im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens, wobei aber mE die Liquidierung *aller,* bei Fristablauf zustehender Ansprüche keineswegs generell, sondern wohl nur dann sorgfaltsgemäß ist, wenn dieser Fristablauf ohnehin bald einträte.

ausgesprochene, dennoch nicht offenbar unsachliche Mißtrauensvotum, erfaßt.

Die Abfertigung entfällt dann aus Gründen, auf deren Eintritt das Vorstandsmitglied *keinen Einfluß* hat[59]).

Man könnte meinen, daß die diesbezüglichen Klauseln bei der reinen Vorstandsabfertigung rechtlich nicht zu beanstanden seien, weil sich argumentieren ließe, daß hier eben die Konsequenzen der fehlenden Arbeitnehmereigenschaft von Vorstandsmitgliedern und damit der Nichtgeltung des AngG zu Tage träten. Tatsächlich gibt es für die „Dotation" von Anstellungsverträgen mit Vorstandsmitgliedern — abgesehen von § 879 ABGB — keinen gesetzlichen Mindeststandard, sodaß es Sache des Vorstandsmitgliedes ist, einen möglichst großzügigen Vertrag auszuhandeln.

Aus diesem Grund ist der Entfall der Abfertigung bei Abberufung wegen eines vom Vorstandsmitglied nicht verschuldeten Mißtrauensvotums dann jedenfalls unproblematisch, wenn dem Vorstandsmitglied Anspruch auf eine *funktionsähnliche Leistung* zusteht, ihm also zB ein Anspruch auf betrieblichen Ruhegenuß verbleibt. Geld hat in diesem Fall tatsächlich „kein Mascherl".

Anders steht es mE jedoch, wenn die Abfertigung entfällt und alternative Geldleistungen nicht in Betracht kommen. In diesem Fall müssen gegen Verfallsklauseln im aufgezeigten Sinn Bedenken erhoben werden.

Zwar bin ich kein allzu glühender Anhänger der Rsp des OGH zum Wesen und Charakter betrieblicher Ruhegenüsse, weil diese Rsp den Entgeltcharakter in letzter Zeit überbetont[60]), was sich va anhand der jüngsten Judikatur zur Zulässigkeit von Verfallsklauseln in Pensionsverträgen zeigt[61]), doch kann andererseits auch nicht aus dem freiwilligen, dh keinerlei Verpflichtung entspringenden Charakter einer Leistung, wie sie eben ein betrieblicher Ruhegenuß regelmäßig ebenso wie die Abfertigung eines Vorstandsmitgliedes ist, gefolgert werden, daß keine noch so einschränkende Bedingung für die Leistungsgewährung unzulässig wäre.

Zu beachten ist ja — und dies ist zumindest der „wahre Kern" der angesprochenen Rsp des OGH —, daß die zugesicherte Abfertigung selbstverständlich in die bei *Vertragsabschluß angestellten Äquivalenzüberlegungen* eingeht, sodaß besondere Bedenken gegen Verfallsklauseln bestehen, deren

[59]) Vgl oben II.3.5. (FN 46 f).

[60]) Vgl die Nachweise bei *Petrovic,* ZAS 1987, 19; OGH JBl 1988, 467 ff mit Anm v *Pfersmann;* OGH JBl 1989, 401 f.

[61]) OGH ZAS 1989, 171 f mit Anm v *Binder:* die Tragweite dieser E, die vielleicht selbst dem OGH noch nicht ganz klar war, wird an der Folgejudikatur zu messen sein; OGH JBl 1989, 401 f.

Aktivierung weitgehend im Belieben der Gesellschaft steht, wie dies beim Mißtrauensvotum der Fall ist.

Legt man die vom OGH bei der Beurteilung von „Treuepflichtklauseln" in Pensionsverträgen verwendeten Maßstäbe[62]) an, so kann wenig Zweifel an der Unwirksamkeit von Vertragsbestimmungen bestehen, die auch bei unverschuldeter Abberufung infolge eines Mißtrauensvotums bzw der Dienstunfähigkeit den Verfall der Abfertigung vorsehen.

Der gegenüber AN geringeren Schutzbedürftigkeit von Vorstandsmitgliedern steht der Umstand gegenüber, daß die hier betrachteten Verfallsgründe *überhaupt nicht von einem Verschulden* des Vorstandsmitgliedes *abhängen,* wohingegen der OGH bei Treuepflichtklauseln in Pensionsverträgen für den Verfall neuerdings nicht einmal ein solches Verhalten des AN genügen läßt, das bei aufrechtem Arbeitsverhältnis die Entlassung rechtfertigen würde[63]). Außerdem trägt mE die — dienstzeitabhängige (vgl § 23 Abs 1 AngG) — Abfertigung deutlich *stärkeren Entgeltcharakter* als eine Betriebspension[64]), was ersterer — ganz im Gegensatz zur jüngeren Rsp — konsequenterweise *höhere Bestandkraft* gegenüber schuldhaften Verhaltensweisen des AN verleihen müßte. Allerdings hat der Gesetzgeber mit § 23 Abs 7 AngG ein Modell von Verfallstatbeständen vorgezeichnet, welches mE auch als zumindest grobes Leitbild für freiwillige Abfertigungen, etwa von Vorstandsmitgliedern, dienen muß und welches, unter Arbeitnehmerschutzaspekten betrachtet, deutlich hinter dem durch die Rsp des OGH zur Verfallbarkeit von Betriebspensionen durch schuldhaftes Verhalten des AN geschaffenen Standard zurückbleibt[65]).

Schließlich kann als Argument gegen die Zulässigkeit der untersuchten Verfallskauseln auch vorgebracht werden, daß selbst halbwegs rechtskundige Vorstandsmitglieder die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Vertrauensentzuges durch die Hauptversammlung wohl etwas überschätzen und eher der Ansicht zuneigen dürften, es müsse dabei ein *persönlicher Vorwurf* iS einer Pflichtverletzung gegen sie vorliegen.

[62]) Vgl FN 61; vgl auch die jüngste, zT auf 879 ABGB, zT auf § 16 AngG gestützte Rsp des OGH zur Ungültigkeit von Gewinnbeteiligungsvereinbarungen, denen zufolge der Anspruch für das gesamte Jahr entfällt, wenn der AN vor dessen Beendigung ausscheidet (OGH WBl 1989, 143 f = ARD 4139/15/90; vgl auch OGH DRdA 1990, 144).

[63]) Vgl OGH JBl 1989, 401 f — Geltendmachung der Abfertigung durch fingierte Schadensmeldung.

[64]) Zum Entgeltcharakter der Abfertigung vgl die Nachweise bei *Petrovic,* ZAS 1987, 20.

[65]) Aus diesem Grund sind mE auch Versuche zum Scheitern verurteilt, die Gründe für die Verfallbarkeit freiwilliger (Vorstands-)Abfertigungen an jene für freiwillige Betriebspensionen anzunähern, also zB mehr als bloß einen Entlassungsgrund zu fordern, nämlich ein Verhalten des DN (Vorstandsmitgliedes), das — rückwirkend betrachtet — dessen *Betriebstreue wertlos* erscheinen läßt. Damit würde man die Wertungen des § 23 Abs 7 AngG durchkreuzen und, wofür wahrlich kein Anlaß besteht, den freiwilligen Abfertigungsanspruch besser behandeln als den gesetzlichen.

Bei der unverschuldeten Dienstunfähigkeit liegt der Eintritt des Ereignisses zwar nicht innerhalb der Ingerenz der Gesellschaft, doch gelten ähnliche Überlegungen. Freilich kommt auch hier der Beantwortung der Frage Bedeutung zu, ob dem Vorstandsmitglied eine funktionsähnliche Leistung, etwa eine entsprechende *Invaliditätspension* gewährt wird oder eine von der Gesellschaft finanzierte Versicherungsleistung zur Auszahlung kommt. In derartigen Fällen ist der Entfall der Abfertigung legitim, weil das Vorstandsmitglied an einer Überversorgung kein schutzwürdiges Interesse hat und § 23 Abs 1 und 7 AngG eben nicht unmittelbar zur Anwendung gelangt, sondern vielmehr nur als Darlegung gesetzgeberischer Wertungen angesehen werden kann, die auch für Vorstandsabfertigungen nicht ganz außer Acht gelassen werden dürfen.

Allerdings muß darauf hingewiesen werden, daß es angesichts der fehlenden Geltung des § 23 AngG für Vorstandsabfertigungen und der daraus resultierenden Zulässigkeit des gänzlichen Fehlens einer Abfertigung nicht beanstandet werden kann, wenn im Anstellungsvertrag eine *Mindestanwartschaft* für den Anfall der Abfertigung normiert ist. Die Dauer dieser Mindestanwartschaft kann selbstverständlich auch *über* der in § 23 Abs 1 AngG enthaltenen Dreijahresgrenze liegen, wobei über Grenzen des Gestaltungsspielraumes zu diskutieren wäre. Daher ist es grundsätzlich auch zulässig, zu regeln, daß im Falle eines Ausscheidens des Vorstandsmitgliedes — aus welchem Grund auch immer — vor Ablauf einer bestimmten Mandatsdauer keine Abfertigung zusteht.

2.3. Verweigerung der Wiederbewerbung bzw Nichtannahme einer Wiederbestellung

Oben wurde bereits erwähnt, daß manche Vorstandsverträge einen Entfall der Abfertigung auch vorsehen, wenn das Vorstandsmitglied sich nicht um eine Wiederbestellung bewirbt oder eine zu denselben oder besseren Konditionen erfolgte Wiederbestellung nicht annimmt. Derartigen Bestimmungen verwandt sind die — auch in Dienstverträgen mit GmbH-GF oder leitenden Angestellten manchmal auftauchenden — *„Konzernbeschäftigungsklauseln"*, wonach der *DN/das Organmitglied* verpflichtet ist, nach Ablauf der Bestellungsdauer bzw nach Beendigung des Dienst- oder Anstellungsvertrages eine adäquate, dh seinen Fähigkeiten entsprechende Position zu übernehmen, wenn die dem Betroffenen in der Vergangenheit zugestandenen — insb finanziellen — Ansprüche voll gewahrt bleiben. Auch diese Regelungen können als Sanktion einen Abfertigungsverlust vorsehen.

Zu fragen ist, ob solche Regelungen an § 1158 Abs 3 ABGB (= 21 AngG) scheitern, wonach der DN ein auf Lebenszeit oder für länger als fünf Jahre geschlossenes Dienstverhältnis nach Ablauf von fünf Jahren und unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist lösen kann. Wenn bereits die erste Bestellung als Vorstandsmitglied auf die nach § 75 Abs 1 AktG zulässige Höchstdauer von fünf Jahren erfolgte, dann wird mit einer Verpflichtung zur Wiederbestellungsannahme bereits mit der Annahme der ersten Wiederbestellung die gem § 1158 Abs 3 ABGB relevante Fünfjahresgrenze überschritten.

Zunächst muß freilich geprüft werden, ob § 1158 Abs 3 ABGB auf freie Dienstverträge im allgemeinen und auf Vorstandsverträge im besonderen überhaupt anwendbar ist.

Grundsätzlich liegt der Regelungszweck der genannten Bestimmung darin, den DN nicht für zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht überschaubare Zeiträume zu binden, weil eine derartige Bindung sein Fortkommen unbillig erschweren kann[66]).

Richtigerweise erfordert es dieser Regelungszweck *nicht*, daß die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft unter Bedingungen ablaufen muß, die entsprechend der hA die persönliche Abhängigkeit und damit Arbeitnehmereigenschaft des Dienstleistenden begründen. Der — nicht näher begründeten — Auffassung von *Wachter*[67]), mit der Bestimmung des § 1158 Abs 3 ABGB werde „wohl spezifischen Schutzbedürfnissen abhängiger Arbeitnehmer Rechnung getragen, die bei freien Dienstnehmern nicht gleichermaßen gegeben" seien, ist daher nicht zuzustimmen. Damit würde der Regelungszweck von § 1158 Abs 3 ABGB unzulässig verkürzt. Entscheidend muß vielmehr sein, daß jemand, der *seine persönliche Arbeitskraft* einem anderen in zeitlich umfassendem Ausmaß zur Verfügung stellt, davor bewahrt werden soll, auf unabsehbare lange Zeit jeder Disposition über diese Arbeitskraft beraubt zu sein[68]).

In der BRD, wo § 624 BGB dasselbe wie § 1158 Abs 3 ABGB anordnet, dürfte es mittlerweile hA sein, daß die genannte Vorschrift nicht bloß für abhängige, sondern auch für freie Dienstverträge gilt[69]).

[66]) Vgl HHB 226; *Adler/Höller*, in *Klang*[2] V 324; *Krejci*, in *Rummel*, ABGB II Rdz 38 §§ 1158—1159 c; *Spielbüchler*, in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*[3] I 254.

[67]) DRdA 1984, 414.

[68]) Wie hier und ganz besonders prägnant *Schmidt/Rimpler, Ehrenbergs* Handbuch V/1 (1926) 287.

[69]) Vgl *Ballerstedt*, JZ 1970, 372; *Schwerdtner*, in MünchKomm BGB[2] Rdz 3 § 624; *Schmidt/Rimpler* aaO; aM *Duden*, Kündigung von Tankstellenverträgen nach § 624 BGB, NJW 1962, 1327; *Würdinger*, NJW 1963, 1550 f.

Allerdings ist nach dem oben Gesagten eine Einschränkung dahingehend zu machen, daß § 1158 Abs 3 ABGB nicht auf *alle* freien Dienstverträge Anwendung findet, sondern vielmehr nur auf solche mit *personenbezogenem* Charakter, was insb bei Handelsvertreterverhältnissen von Bedeutung ist[70]). Ist zB der Dienstleistende in Form einer juristischen Person (zB GmbH) organisiert, dann scheidet die Anwendung des § 1158 Abs 3 ABGB (bzw § 624 BGB) aus[71]).

Überträgt man die oben geäußerten Überlegungen auf Vorstandsmitglieder, dann kann nicht zweifelhaft sein, daß diese sich *grundsätzlich auf § 1158 Abs 3 ABGB berufen können*, weil ihr Anstellungsvertrag sie regelmäßig dazu verpflichtet, der Gesellschaft ihre *gesamte Arbeitskraft* zur Verfügung zu stellen (vgl auch § 75 Abs 2 AktG, wonach eine juristische Person oder Personenhandelsgesellschaft nicht zum Vorstandsmitglied bestellt werden kann) und eine Erfüllung der dem Vorstandsmitglied auferlegten Pflichten durch Stellvertreter oder Gehilfen unzulässig ist.

Ist klargestellt, daß § 1158 Abs 3 (bzw § 21 AngG) auf Vorstandsverträge grundsätzlich anwendbar ist, dann bleibt noch zu prüfen, ob die unter der Sanktion des Abfertigungsverlustes stehende, vertragliche Pflicht zur Wiederbewerbung um das Vorstandsamt und zur Annahme einer Wiederbestellung gegen die gesetzliche Bestimmung überhaupt verstößt. Es wird damit ja nicht angeordnet, daß das Vorstandsmitglied länger als fünf Jahre für die Gesellschaft tätig sein *muß*; vielmehr trifft es lediglich eine *Obliegenheit*, dh eine als solche nicht durchsetzbare Verpflichtung, deren Mißachtung dem Mißachtenden *Rechtsnachteile* bringt. Grundsätzlich sind allerdings Vertragsgestaltungen wie die hier untersuchten in den Regelungsbereich des § 1158 Abs 3 ABGB einzubeziehen. Diese Bestimmung würde *unzulässigerweise umgangen*, wenn der DN sein — auf unbestimmte (oder auch bestimmte) Zeit abgeschlossenes — Dienstverhältnis zwar rechtswirksam kündigen *könnte*, im Falle der Kündigung jedoch Nachteile in Kauf zu nehmen hätte, die sonst mit einer Kündigung nicht verbunden sind (zB Konventionalstrafe etc)[72]).

Eine Nichtigkeit derartiger Vereinbarungen kann vor Ablauf einer fünfjährigen Vertragsdauer zwar nicht auf § 1158 Abs 3 ABGB gestützt wer-

[70]) Vgl *Rittner*, NJW 1964, 2256; ihm folgend *Brüggemann*, Das Handelsvertreterrecht im Schnittpunkt personenbezogener und unternehmensbezogener Strukturelemente, ZHR 131 (1968) 1 ff (27); ähnlich auch *Ballerstedt*, JZ 1970, 372; *Schwerdtner* in MünchKomm BGB[2] Rdz 4 § 624.

[71]) Zutreffend *Schwerdtner*, in MünchKomm BGB[2] Rdz 4 § 624.

[72]) Zulässig sind nach der Rsp (vgl zB OGH ZAS 1987, 124 ff mit Anm v *Dusak*) allerdings Vertragsklauseln, die den AN bei Kündigung vor Ablauf einer bestimmten Vertragsdauer zur Rückzahlung von durch den AG aufgewendeten Ausbildungskosten verpflichten. Der OGH erblickt darin auch keine Konventionalstrafe.

den, ergibt sich aber uU aus einer nach § 879 ABGB *sittenwidrigen Beschränkung des* freien *Kündigungsrechts*[73]). Lediglich dann, wenn die Fünfjahresgrenze überschritten ist, kommen zusätzlich die Wertungen des § 1158 Abs 3 ABGB (§ 21 AngG) ins Spiel. Bedeutsam ist dies insofern, als aus der genannten Gesetzesbestimmung mE abzuleiten ist, daß nach bereits fünfjähriger Dauer des Dienstverhältnisses das Kündigungsrecht des DN *überhaupt nicht* weiter *beschränkt* werden darf, wohingegen bei kürzerer Vertragsdauer aus der Zulässigkeit einer *Befristung* und damit auch des gänzlichen *Ausschlusses* einer Kündigung mE auch die Zulässigkeit gewisser Kündigungsbeschränkungen folgt[74]).

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß eine *Bestimmung im Anstellungsvertrag* eines Vorstandsmitgliedes, wonach *im Falle der Verweigerung der Wiederbewerbung* um das Amt bei Ablauf der Funktionsperiode oder bei Nichtannahme der Wiederbestellung der vertraglich eingeräumte (lediglich Vorstandszeiten betreffende!) *Abfertigungsanspruch entfällt, zulässig* ist. § 1158 Abs 3 (§ 21 AngG) will zwar nach Ablauf einer fünfjährigen Vertragsdauer dem DN das freie Kündigungsrecht sichern, ändert aber selbstverständlich nichts an der Tatsache, daß auch bei einer *solchen* (dh auf § 1158 Abs 3 ABGB unmittelbar gestützten) Kündigung der Abfertigungsanspruch gem § 23 Abs 7 AngG entfällt.

Daran ändert der Umstand nichts, daß die untersuchten Vertragsklauseln formal keine Sanktion für eine Kündigung vorsehen, sondern vielmehr dafür, daß das Vorstandsmitglied sich weigert, nach Ablauf seines durch Fristablauf endenden Vertrages einen neuen, befristeten Vertrag zu schließen. Zwar fiele beim AN mit Fristablauf und mindestens dreijähriger Vertragsdauer die Abfertigung an, doch besteht bei Vorstandsmitgliedern einer AktGes, die keine AN sind, diesbezüglich eben mehr Gestaltungsspielraum[75]). Ein „inadäquates Verfallsrisiko" wird durch die obige Klausel nicht begründet.

[73]) Beim unbefristeten Dienstverhältnis folgt mE schon aus der — wenn auch dem Wortlaut nach nur die Kündigungsfrist betreffenden — Bestimmung des § 20 Abs 4 letzter Satz AngG, daß die Kündigung dem DG nicht leichter gemacht werden darf, als dem DN (vgl auch OGH JBl 1986, 331 ff = DRdA 1986, 323 ff mit Anm v *Petrovic*). Es wäre daher unzulässig, letzterem im Falle der Kündigung (auch vor Ablauf von fünf Jahren) eine Konventionalstrafe aufzuerlegen, ersterem jedoch nicht.

[74]) Innerhalb gewisser Grenzen müßte es mE daher zulässig sein, bei einem befristeten Dienstverhältnis nur dem DN ein Kündigungsrecht einzuräumen, bei Ausübung dieses Rechtes vor Ablauf von 5 Jahren (vgl § 1158 Abs 3 ABGB) jedoch ein „Reugeld" (zB in Höhe von drei Monatsgehältern) vorzusehen.

[75]) Anderes hätte angesichts des zwingenden § 23 AngG aber dann zu gelten, wenn man — wofür sich durchaus Gründe ins Treffen führen lassen — auch Vorstandsmitglieder einer AktGes als AN ansieht (so jüngst für Vorstandsmitglieder in konzernabhängigen Gesellschaften *Nowotny*, DRdA 1989, 429).

IV. Zusammenfassung

Vorstandsmitgliedern von AktGes und Sparkassen steht, da sie keine AN sind, kein gesetzlicher Anspruch auf Abfertigung gem § 23 AngG zu.

Die (im Anstellungsvertrag oder außerhalb desselben getroffene) Vereinbarung anläßlich der Bestellung eines Angestellten zum Vorstandsmitglied, die bisher als Angestellter erdiente Abfertigung nicht auszuzahlen, sondern die Angestelltendienstzeit, ebenso wie die Zeit als Vorstandsmitglied, für die Abfertigung anzurechnen, ist jedenfalls dann zulässig, wenn auf den Anstellungsvertrag (oder zumindest hinsichtlich der Abfertigung) weiterhin das AngG angewendet wird. Die Zulässigkeit der Vereinbarung ist durch Gegenüberstellung aller, durch die Bestellung zum Vorstandsmitglied bewirkten, relevanten Begünstigungen — wobei aber das höhere Entgelt für sich regelmäßig durch die erhöhte Verantwortung „kompensiert" wird — und der Risken, denen die bereits als Angestellter erdiente Abfertigung durch die Vordienstzeitenanrechnung ausgesetzt wird, zu ermitteln.

Ein „inadäquates" Verfallsrisiko, das die Anrechnungsvereinbarung ungültig macht, liegt vor, wenn der gesamte Abfertigungsanspruch bei Abberufung infolge eines vom Vorstandsmitglied nicht verschuldeten Mißtrauensvotums, einer nicht verschuldeten Unfähigkeit zur Geschäftsführung oder dann verfällt, wenn das Vorstandsmitglied nach Ablauf der Mandatsdauer sich nicht wieder um das Amt bewirbt bzw eine erfolgte Wiederbestellung zu denselben Bedingungen ablehnt.

Die Nichtigkeit einer solchen Anrechnungsvereinbarung ist eine relative, die nur das Vorstandsmitglied aufgreifen kann.

Sind Angestelltenvordienstzeiten durch die Abfertigungsregelung nicht betroffen, dh bezieht sich die Regelung nur auf die Vorstandsabfertigung, dann gelten weitere Zulässigkeitsgrenzen. Unbedenklich ist jedenfalls der Verfall der Abfertigung bei Niederlegung des Mandates, es sei denn, die Gesellschaft hat dem Vorstandsmitglied die weitere Amtsführung unzumutbar gemacht. Dasselbe gilt — trotz der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 1158 Abs 3 ABGB auf Vorstandsverträge — für den Verfall der Abfertigung bei Verweigerung der Wiederbewerbung bzw Nichtannahme der Wiederbestellung. Unzulässig ist jedoch der Verfall der Abfertigung bei Abberufung infolge unverschuldeter Dienstunfähigkeit oder eines unverschuldeten Mißtrauensvotums, es sei denn, die Gesellschaft gewährt eine funktionsähnliche Leistung (zB (Invaliditäts-) Pension). Allerdings steht es der Gesellschaft, da § 23 AngG für die Vorstandsabfertigung nicht gilt, frei, eine — auch über der Dreijahresgrenze in § 23 Abs 1 AngG liegende — Mindestanwartschaftsdauer für den Anspruch auf Abfertigung vorzusehen.