

Vereinbarter Pensionswiderruf nur bei gelungener Unternehmenssanierung oder -fortführung?

Kritische Anmerkungen zur jüngsten OGH-Judikatur

2003/390

Der OGH hat seinen in einer den Konkurs der BHI-Bank in Graz betreffenden Entscheidung aus 1997 begonnenen Weg in einem Erkenntnis vom 26. 6. 2002 (9 Ob A 306/01t) fortgesetzt und ausgesprochen, dass der Arbeitgeber von einem vereinbarten Widerruf in Bezug auf (nicht dem BPG unterliegende) Pensionsleistungen dann nicht Gebrauch machen dürfe, wenn wegen Schließung oder Zerschlagung des Unternehmens dessen Weiterbestand durch den Widerruf ohnehin nicht mehr gesichert werden könne. Im folgenden Beitrag wird Kritik an dieser Ansicht geäußert und dargelegt, dass die Meinung des OGH in ihrer Allgemeinheit schon bei Widerrufsvorbehalten, die (wie im BHI-Fall) den Widerruf an den Tatbestand der Gefährdung des Weiterbestandes des Unternehmens knüpfen, mehr als problematisch ist und bei schrankenlos formulierten Widerrufsvorbehalten keinesfalls überzeugt.

RA Dr. Georg Schima
Wien

1. Die OGH-Judikatur

1.1 OGH vom 16. 10. 1997, 8 Ob A 147/97v (BHI-Fall)

In seinem Erkenntnis vom 16. 10. 1997¹⁾ hatte der OGH über folgenden Fall zu befinden: Über die Bank für Handel und Industrie AG war am 17. 3. 1995 das Konkursverfahren eröffnet worden. Der die Masseverwalterin auf Feststellung des Zurechtbestehens der von ihm angemeldeten Konkursforderung in der Höhe des kapitalisierten Rentenbarwertes von 408.411 S in Anspruch nehmende Kläger hatte seit 1. 7. 1983 bis zur Konkurseröffnung 14 mal jährlich eine Zuschusspension²⁾ bezogen, die eine Widerrufsklausel mit – im hier maßgebenden Zusammenhang – folgendem Wortlaut enthielt:

„Das Unternehmen behält sich vor, die zugesagte Pension zu kürzen oder einzustellen, wenn sich die wirtschaftliche Lage des Unternehmens nachhaltig so wesentlich verschlechtert, dass die (volle) Aufrechterhaltung der zugesagten Pensionen eine Gefährdung des Weiterbestandes des Unternehmens zur Folge hätte ...“

Am 18. 9. 1995, also sechs Monate nach Konkurseröffnung und zwei Wochen nach Forderungsanmeldung durch den Kläger, widerrief die Masseverwalterin die Zuschusspension des Klägers unter Hinweis auf die oben zitierte Widerrufsklausel und bestritt in der Prüfungstagsatzung vom 21. 11. 1995 die angemeldete Konkursforderung.

Die Höhe der insgesamt angemeldeten Konkursforderungen betrug 3.112.180.393,49 S, wovon im Zeitpunkt der Klageeinbringung Forderungen von 2.102.664.056,96 S anerkannt waren. Die Gesamtforderung der bedingten und unbedingten Pensionsansprüche betrug brutto 8.495.418 S.

Der am 25. 1. 1996 eingebrachten Feststellungsklage gab der OGH mit folgender – hier wesentlicher³⁾ – Begründung statt:

Außerhalb des Geltungsbereiches des BPG bestünde für den Pensionsvertrag Vertragsfreiheit, sodass es den Parteien nicht untersagt sei, Bedingungen für die Leistungszusage wie auch Widerrufsvorbehalte zu normieren. Die Pensionszusage und ihr Inhalt seien nach den §§ 914, 915 zweiter Halbsatz ABGB auszulegen. Bei Auslegung der Pensionszusage komme es darauf an, wie die Formulierung unter Beachtung der Übung des redlichen Verkehrs zu verstehen sei. Maßgebend sei dabei nicht nur der Wortlaut, sondern wie die Erklärung inhaltlich verstanden und gehandhabt werde. An die einen Eingriff in Pensionsleistungen rechtfertigenden Sachverhalte sei generell ein strenger Maßstab anzulegen. Widerrufsvorbehalte seien daher immer eng auszulegen.

Untersuche man unter diesen Gesichtspunkten die die alleinige Basis für den Widerruf der Masseverwalterin bildende (oben zitierte) Bestimmung in der Pensionszusatzordnung, so ergäbe sich, „dass der Widerruf der Leistungszusage nicht nur durch die nachhaltige Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens begründet, sondern darüber hinaus dem Zweck gerecht werden muss, eine Gefährdung des Weiterbestandes des Unternehmens zu verhindern.“ Die Widerrufsklausel, so der OGH weiter, könne daher „dann keine Wirkung mehr entfalten, wenn der Weiterbestand des Unternehmens ohnedies nicht mehr gewährleistet ist, wie dies im Insolvenzfall überwiegend geschieht.“ Es würde dann nämlich der Widerruf der Pensionszusagen in Wahrheit nicht eine Gefährdung für den Weiterbestand des Unternehmens abwenden, sondern „alle übrigen Gläubiger einseitig begünstigen“. Es wäre Sache der beklagten Masseverwalterin gewesen, zu behaupten und zu beweisen, dass im Zuge des Insolvenzverfahrens eine Fortführung des Unternehmens erfolgen solle und diese durch die Pensionsansprüche gefähr-

1) SZ 70/213 = ARD 4968/9/98 = ASok 1998, 150 = Arb 11,652 = JBl 1998, 194 = RdW 1999, 39 = infas 1998, A 46.

2) Von der nach dem veröffentlichten Entscheidungstext aufgrund des Entstehungsdatums anzunehmen ist, dass sie auf Einzelvertrag und nicht auf Betriebsvereinbarung beruhte, was aber für die Beurteilung des Falles ohne Belang ist.

3) Nicht eingegangen werden soll mangels Relevanz auf die (überzeugenden und schon in Vorjudikaten in ähnlicher Weise getätigten)

Ausführungen des Höchstgerichtes, wonach auf den lange vor Inkraft-Treten des BPG vertraglich vereinbarten Widerrufsvorbehalt in Bezug auf die gesamte Pensionszusage nicht die Vorschriften des BPG anzuwenden seien (vgl dazu Strasser, Zum Geltungsbereich und zur Rückwirkung des Betriebspensionsgesetzes, DRdA 1990, 313 ff; Schrammel, BPG 125, 243; G. Schima, Die betriebliche Altersvorsorge, in Mazall/Risak, Das Arbeitsrecht [2002] VII: Rz 19 und FN 73; OGH 16. 11. 1994, RdW 1995, 191; OGH 12. 1. 1995, ZAS 1995, 159 ff [mit abl Anm Löschnigg/Reissner]; OGH 13. 6. 1996, ZAS 1997, 108 ff mit Anm Resch).

det wäre. Eine derartige Behauptung sei im Verfahren nicht aufgestellt worden, sodass ohne weiteres davon ausgegangen werden könne, dass die Voraussetzungen für den Widerruf nicht erfüllt seien. Weil sich die beklagte Partei darüber hinaus ausdrücklich nur auf das Recht zum Widerruf gestützt habe, müsse nicht weiter untersucht werden, ob und inwieweit eine Kürzung oder Aussetzung der Leistungen zulässig wäre. Die in der Entscheidung des erkennenden Senats 8 Ob A 1029/94⁴⁾ vertretene Rechtsmeinung, im Hinblick auf die dem Masseverwalter nach § 30 Abs 1 Z 1 iVm § 36 KO zustehende Anfechtungsbefugnis könne auch sein Widerrufsrecht nicht fraglich sein, könne in dieser allgemeinen Form nicht aufrechterhalten werden. Aus der allfälligen Legitimation des Masseverwalters, die Unterlassung des Widerrufs der Pensionszusage vor Eintritt der Konkurseröffnung anzufechten und so der Masse Vermögensbestandteile zuzuführen⁵⁾, könne nicht darauf geschlossen werden, der Masseverwalter sei auch nach Konkurseröffnung zum Widerruf befugt, wenn – wie hier – aus der entsprechenden Vertragsbestimmung seine Berechtigung zu derartigem Vorgehen nicht abgeleitet werden könne.

1.2 OGH vom 26. 6. 2002, 9 Ob A 306/01t

In diesem Fall ging es um die Klage einer zwischen 1. 7. 1970 und 31. 12. 1990 bei der beklagten Genossenschaft beschäftigten Arbeitnehmerin, die auf Feststellung gerichtet war, dass die beklagte Partei der Klägerin monatlich die von ihr widerrufenen Prämie für die Gruppenkrankenversicherung und einen Sachbezug in Form von Gutscheinen weiter zu zahlen und die nicht ausgezahlten Beträge nachzutrichen habe.

Nach den getroffenen Feststellungen handelte es sich bei der der Klägerin gemachten betrieblichen Pensionszusage, der Zusage der Übernahme der Prämie für die Gruppenkrankenversicherung und dem Sachbezug in Form von Gutscheinen um eine wirtschaftliche Einheit im Rahmen der Pensionszusage.

Den vom OGH im Wesentlichen gebilligten Ausführungen der Unterinstanzen zufolge war es zwar nicht schon anlässlich der Einstellung der Klägerin oder zu einem späteren Zeitpunkt ihres aktiven Dienstverhältnisses zu einer individuellen Pensionszusage gekommen, weil die diesbezüglichen schriftlichen Unterlagen der Klägerin nicht in einer auf einen entsprechenden Vertragswillen schließen lassenden Weise zur Kenntnis gebracht worden waren; aufgrund der langjährigen Zuerkennung betrieblicher Pensionszusagen an andere Mitarbeiter sei aber eine Betriebsübung entstanden⁶⁾, der die beklagte Genossenschaft durch „Zuerkennung“ einer Pension anlässlich des Ausscheidens der Klägerin auf deren Antrag entsprochen habe. Alle drei Instanzen gingen aber übereinstimmend davon aus, dass die Pensionszusage (und die damit verbundene Zusage der Übernahme der Prämie

für die Gruppenkrankenversicherung sowie der Sachbezug in Form von Gutscheinen) unter dem – von der beklagten Partei anlässlich der Zuerkennung der Pension auch ausdrücklich erklärten – Vorbehalt „*jederzeitiger Widerruflichkeit*“ stand.

Die beklagte Genossenschaft war nach den Feststellungen im Jahr 1990 zu nicht ganz 100 % von einer anderen Genossenschaft übernommen worden. Aufgrund von Geschäftsverlusten in zwei Jahren Ende der achtziger und Anfang der neunziger Jahre hatte sich die finanzielle Lage der beklagten Partei verschlechtert. Denn dieser drohte insb die mögliche Rückzahlung von zu Unrecht in Anspruch genommenen Erstattungen für Exportgeschäfte im Ausmaß von mehreren 100 Mio S. Das darüber geführte Rechtsmittelverfahren war im Entscheidungszeitpunkt noch nicht abgeschlossen. Für die Rückerstattung von Stützungsgeldern betreffend Geschäfte aus den Jahren 1988, 1991 und 1992 hatte die beklagte Partei Rückstellungen von 400 Mio S gebildet, die mit 3,5 bis 4 % veranlagt wurden, wobei aber von einem darüber hinausgehenden Rückzahlungsbetrag zuzüglich Zinsen ausgegangen werden konnte. Nach und nach wurden operative Geschäftsfelder verkauft, sodass die Schulden in der Folge so weit gesenkt werden konnten, „*dass die beklagte Partei keine Fremdverbindlichkeiten, ausgenommen die drohenden Erstattungskosten und die Kosten für Pensionisten hatte*“. Wegen Ausgliederung aller operativen Geschäftsfelder bis 1992 und Übertragung der gehaltenen Beteiligungen an die Mutter-Genossenschaft ergab sich für die beklagte Genossenschaft für das Geschäftsjahr 1995 kein besonderer Tätigkeitsbereich mehr. Zum 30. 6. 1995 schieden die letzten aktiven Arbeitnehmer aus der Genossenschaft aus und diese verfügte sodann über keine Mitarbeiter mehr. Die Erträge im Jahr 1995 setzten sich hauptsächlich aus dem Abgang von Anlagevermögen, aus der Auflösung von Rückstellungen, aus Mieterträgen, aus Kostenersätzen und sonstigen Erträgen (zum Großteil aus der Auflösung von Wertberichtigungen) zusammen. Der Aufwand bestand aus Materialaufwand (Energiekosten), Personalaufwand (darin Abfertigungen und Pensionen) und Abschreibungen sowie sonstigen betrieblichen Aufwendungen (Steuern, Verwaltung etc.).

Die beklagte Genossenschaft verfügte gerade noch über so viel Vermögen, um die Pensionen zahlen zu können. Ab dem Jahr 1993 wurden bei der beklagten Partei für rund 28 Begünstigte (davon 24 Altpensionisten, für die der Zusatzpensionsanspruch 1995 in Summe unter 2 Mio S lag, und für vier Ruhegenussempfänger aufgrund von Einzelverträgen) Pensionsrückstellungen in der Handelsbilanz von rund 70 Mio S gebildet. Aus einem zur Absicherung der Pensionen getätigten Grundstücksverkauf wurde der Erlös von 80 bis 85 Mio S veranlagt. Die Aktiva der beklagten Partei betragen 400 Mio S; ihnen standen (einschließlich Rückstellungen für Erstattungskosten und für Pensionen) 580 Mio S an Passiva gegenüber.

Aufgrund eines negativen Ergebnisses der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit (EGT) von 724 Mio S im Jahr 1995 beschloss der Vorstand der beklagten Partei Einsparungen durch (teilweisen) Widerruf von Ruhegenussleistungen. Mit Schreiben vom 30. 1. 1996 widerrief die beklagte Partei die Leistung des Deputats sowie die Bezahlung der Prämie für die Gruppenkrankenversicherung für alle „Altpensionisten“ (zu denen auch die Klägerin gehörte) und stellte die dies-

4) OGH 12. 1. 1995, ZAS 1995, 159 ff mit abl Anm Löschnigg/Reisner.

5) Vgl dazu SZ 62/15.

6) Diese Konstruktion ähnelt jener wie OGH 30. 9. 1987, DRdA 1988, 253 ff = JBl 1988, 333 ff mit Anm G. Schima, wo das Höchstgericht in Oberaus problematischer Weise einen Anspruch aus der tatsächlichen, 15 Jahre dauernden Gewährung von Pensionszusagen anlässlich des Ausscheidens via Betriebsübung ableitete (richtigerweise hätte das Ergebnis höchstens auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gestützt werden dürfen: G. Schima, JBl 1988, 337); ebenso Krefci in Rummel, ABGB¹ § 1152 Rz 19.

bezüglichen Zahlungen mit 1. 3. 1996 ein. Die eigentlichen Pensionsleistungen wurden jedoch aufrechterhalten.

Nachdem beide Unterinstanzen das Klagebegehren abgewiesen hatten und übereinstimmend zur Ansicht gelangt waren, dass aufgrund der schwierigen wirtschaftlichen Lage der beklagten Partei der – außerdem nur die Versicherungsprämie und das Deputat erfassende – Widerruf nicht unbillig gewesen wäre, änderte der OGH die Entscheidung im klagsstattgebenden Sinne ab. Nach einleitenden (und nicht zu beanstandenden) Bemerkungen darüber, dass hier ein nicht an nähere Gründe gebundener Widerrufsvorbehalt vereinbart worden sei und dieser nicht nach dem BPG zu beurteilen wäre, nahm der OGH ua auf die oben zitierte BHI-E⁷⁾ Bezug und führte aus, das Höchstgericht habe in dieser Entscheidung bei Auslegung einer konkreten Bestimmung einer Pensionszuschussordnung zum Ausdruck gebracht, „dass nicht nur die nachhaltige Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens einen Widerruf begründen könne, sondern dieser darüber hinaus dem Zweck gerecht werden müsse, eine Gefährdung des Weiterbestandes des Unternehmens zu verhindern“. Die Widerrufsklausel könne daher dann keine Wirkung entfalten, wenn der Weiterbestand des Unternehmens ohnedies nicht mehr gewährleistet sei.

Diese Erwägungen – so der OGH unter Bezugnahme auf den vorliegenden Fall – wären „jedenfalls dann verallgemeinerungsfähig, wenn – wie hier – an einen Unternehmensfortbestand gar nicht gedacht ist und zugesagte Pensionsleistungen nur gekürzt werden sollen, um andere Unternehmensschulden besser tilgen zu können“.

Nach den Feststellungen entfalte die beklagte Partei „keinerlei Unternehmenstätigkeit“ mehr, sondern diene bloß als „Mantel für das Halten von Kapitalbeträgen, welche teils für zu erwartende Rückzahlungen von EU-Forderungen, teils für Zusatzpensionen der Altpensionisten gewidmet“ seien. Ein einseitiger Widerruf von Pensionsleistungen würde somit „dem billigen Ermessen, nach welchem ein dem Arbeitgeber eingeräumtes Gestaltungsrecht auszuüben ist ..., grob widersprechen“.

2. Auslegung von Widerrufsvorbehalten

Der in den beiden oben referierten E des OGH zum Ausdruck kommenden Rechtsmeinung kann weitestgehend nicht beigetreten werden, wenngleich die beiden Anlassfälle im Ergebnis vielleicht sogar richtig entschieden wurden (dazu unten).

Besonders bemerkenswert erscheint, dass das Höchstgericht in beiden Erkenntnissen zwar die Auslegung der konkret vereinbarten (unterschiedlichen) Widerrufsvorbehalte als zentrales Thema erkannte, sich inhaltlich mit dieser Auslegung aber kaum auseinander setzte. In der ersten der beiden E, jener aus 1997 im Zusammenhang mit dem BHI-Konkurs, hatte der OGH überhaupt nicht begründet, warum die konkret vereinbarte Widerrufsklausel (die einem in der Praxis in hoher Anzahl verwendeten Text entspricht) den Widerruf nur ermöglichen soll, wenn die Unternehmenssanierung tatsächlich gesichert ist und es nicht ohnehin zur Zerschlagung oder Stilllegung kommt, obwohl der Wortlaut der Widerrufsklausel es nahe gelegt hätte, das in Frage

zu stellen (dazu unten 2.1). In der E aus 2002⁸⁾ war die Argumentation noch oberflächlicher, weil das Höchstgericht nicht einmal andeutete, warum es eine Widerrufsklausel, die einen „jederzeitigen Widerruf“ ermöglicht, genauso auslegt wie eine Klausel, wonach der Widerruf nur bei einer „Gefährdung des Weiterbestandes des Unternehmens“ erfolgen darf.

Dies alles ist Anlass genug, sich mit der Interpretation dieser beiden – in der Praxis ja sehr häufigen – Typen von Widerrufsvorbehalten zu befassen.

2.1 Widerrufsvorbehalte, die auf die Gefährdung des Weiterbestandes des Unternehmens abstellen

Der der E des OGH vom 16. 10. 1997 (8 Ob A 147/97v) zugrunde liegende Widerrufsvorbehalt, wonach eine Kürzung oder Einstellung von Pensionszusagen dann möglich ist, „wenn sich die wirtschaftliche Lage des Unternehmens nachhaltig so wesentlich verschlechtert, dass die (volle) Aufrechterhaltung der zugesagten Pensionen eine Gefährdung des Weiterbestandes des Unternehmens zur Folge hätte“, entspricht einer in der österreichischen Praxis häufig verwendeten Formulierung. Solche und ähnlich gefasste Formulierungen sind nämlich insofern „nicht steuerschädlich“, als sie der Pensionszusage nicht den „unwiderruflichen Charakter“ nehmen und daher das Recht zur Bildung steuerlich anerkannter Pensionsrückstellungen gewahrt bleibt⁹⁾. Was der OGH bei der Auslegung des Widerrufsvorbehaltes im „BHI-Fall“ nicht so deutlich sagte, aber anscheinend meinte, ist Folgendes: Ein Widerruf, der ex ante (im Widerrufszeitpunkt) betrachtet wirtschaftlich geboten und damit zulässig erscheinen mag, erweist sich im Nachhinein als unzulässig, wenn die Unternehmenssanierung trotz Widerrufs nicht gelingt und das Unternehmen daher – insb im Zuge eines Insolvenzverfahrens – zerschlagen bzw stillgelegt wird.

Mit anderen Worten: Das vertragliche Risiko, dass eine eingeleitete Sanierung, deren wesentlichen Bestandteil typischerweise die Reduktion von finanziellen Lasten (zB widerrufbaren Pensionszusagen) bildet, letztlich nicht gelingt, trägt der Arbeitgeber.

Dies ist schon deshalb bemerkenswert, weil eine derartige „ex-post-Betrachtung“ bei der Beurteilung der Gültigkeit/

8) OGH 26. 6. 2002, 9 Ob A 306/01t.

9) Vgl dazu näher Gröhs, Betriebliche Altersversorgung aus steuerrechtlicher Sicht, in Runggaldier/Steindl, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987) 189 ff, 200 f, der genau die vom OGH beurteilte Klausel als eine der vier Varianten anführt, die gemäß den EStR 1984 (AÖF 1985/193) und davor schon im „Sozialkapitalerlass“ aus 1978 als steuerlich zulässig angesehen wurden und den unwiderruflichen Charakter der Pensionszusage (vgl nunmehr § 14 Abs 7 erster Satz EStG 1988: „schriftliche, rechtsverbindliche und unwiderrufliche Pensionszusagen ...“) wahren.

Damit ergibt sich in Anbetracht der oben dargestellten OGH-Rsp im Übrigen ein interessanter steuerrechtlicher Aspekt: Widerrufsvorbehalte, die den „jederzeitigen Widerruf“ ermöglichen, wurden von der Finanzverwaltung seit jeher sehr wohl als steuerschädlich angesehen und die steuerliche Bildung von Pensionsrückstellungen für solche Pensionszusagen nicht anerkannt (wenngleich handelsrechtlich dafür Rückstellungen sehr wohl auch schon vor In-Kraft-Treten des RLG 1991 zu bilden waren: vgl näher G. Schima, Die betriebliche Altersvorsorge, in Mazall/Risak, Das Arbeitsrecht [2002] VII Rz 44 mwN in FN 120 und 121). Wenn nun der OGH (wenngleich unrichtigerweise; dazu im Text) schrankenlos formulierte Widerrufsvorbehalte so interpretiert wie Vorbehalte, von denen Gebrauch gemacht werden kann, wenn die (uneingeschränkte) Weiterzahlung der Pensionen eine Gefährdung des Fortbestandes des Unternehmens zur Folge hätte, dann wären auch schrankenlos formulierte Widerrufsvorbehalte nicht steuerschädlich, dh die betroffenen Zusagen steuerlich rückstellungsfähig. Was dies steuerrechtlich möglicherweise bedeutet, kann hier freilich nicht weiter erörtert werden.

7) SZ 70/213 = ARD 4968/9/98 = ASoK 1998, 150 = Arb 11.652 = JBl 1998, 194 = RdW 1999, 39 = InfAs 1998, A 46.

Erlaubtheit/Sittenwidrigkeit von Verträgen oder einseitigen Willenserklärungen allgemeinen Grundsätzen widerspricht.

Als unmittelbar arbeitsrechtsbezogener Beleg mag die ganz herrschende, ja geradezu einhellige Lehre und stRsp zum arbeitsrechtlichen Günstigkeitsvergleich dienen. Maßgebend für diesen Vergleich ist jener Zeitpunkt, in dem einander Arbeitsvertrag/Betriebsvereinbarung und Kollektivvertrag (oder Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung bzw Arbeitsvertrag und Kollektivvertrag) erstmals konkurrierend gegenüberstanden¹⁰⁾. Dieser Grundsatz der Maßgeblichkeit der ex-ante-Betrachtung findet auch auf die Prüfung der Unerlaubtheit oder Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften Anwendung¹¹⁾.

Ähnliches gilt auch bei der Beurteilung der Frage, ob eine Betriebsvereinbarung (zB über Pensionsleistungen), die Verschlechterungen (aus der Sicht der Arbeitnehmer) gegenüber einer vorangegangenen Betriebsvereinbarung beinhaltet, einer Überprüfung auf „Grundrechtskonformität“ standhält, wobei diesbezüglich aber im Vertragsabschlusszeitpunkt (also im Zeitpunkt des Abschlusses der „ablösenden“ Betriebsvereinbarung) schon vorhersehbare oder sich gar schon fest abzeichnende Entwicklungen in die Prüfung miteinbezogen werden dürfen/müssen¹²⁾.

Dieses Prinzip *mus*s auch für einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen (wie Kündigungen, Ausübung von Widerrufsvorbehalten etc) gelten und ist rechtslogisch und unter dem Blickwinkel der Rechtssicherheit unbedingt geboten, weil im Zeitpunkt des Abschlusses einer Vereinbarung oder der Abgabe einer Willenserklärung überprüfbar sein *mus*s, ob diese wirksam/zulässig/sittenwidrig ist oder nicht. Die Rechtsfigur des Wegfalls der Geschäftsgrundlage markiert diesbezüglich eine Ausnahme.

Dies bedeutet indes nicht, dass es bei der Zulässigkeitsprüfung nicht auch auf Prognosen oder die Einschätzung künftiger Ereignisse anzukommen hat; maßgebend *mus*s

aber der Blickwinkel bei Vertragsabschluss bzw Abgabe der Willenserklärung sein.

Dass der OGH in der „BHI-E“ darauf nicht Bedacht nahm, ist umso erstaunlicher, als der konkret zu beurteilende Widerrufsvorbehalt in seiner Formulierung eine solche ex-ante-Betrachtung sogar dringend nahe legt. Es heißt ja dort, dass der Widerruf möglich sein soll, wenn die (volle) Aufrechterhaltung der zugesagten Pensionen „eine Gefährdung des Weiterbestandes des Unternehmens zur Folge hätte“. Der Begriff der „Gefährdung“ stellt naturgemäß auf eine kaufmännische Prognose ab (die in der Folge eintreten kann oder auch nicht) und ist im Zusammenhang mit dem Bestand eines Unternehmens der Rechtsordnung auch sonst keineswegs fremd. So *mus*s zB der Wirtschaftsprüfer auf „bestandsgefährdende Tatsachen“ in seinem Prüfbericht oder auch außerhalb eines solchen hinweisen¹³⁾. Ob der „Fortbestand“ eines Unternehmens „gefährdet“ ist, kann nur und *mus*s naturgemäß in einem Zeitpunkt beurteilt werden, in dem der Untergang/die Auflösung des Unternehmens nicht ohnehin schon gewiss ist. Insofern könnte das vom OGH in der „BHI-E“ aus 1997 erzielte Ergebnis richtig sein. Nach den Feststellungen erklärte die Masseverwalterin rund sechs Monate nach Insolvenzeröffnung den Widerruf. Wenn bereits im damaligen Zeitpunkt mit einem Weiterbestand, also einer Fortführung des Bankunternehmens vernünftigerweise nicht gerechnet werden konnte¹⁴⁾, dann ist der Widerruf mE tatsächlich *zu spät* erfolgt, weil er bei der gebotenen ex-ante-Betrachtung den vertraglich bedungenen Zweck gar nicht mehr erfüllen konnte.

Bei Existenz eines verantwortungsvoll agierenden Managements dürfte es allerdings gar nicht vorkommen, dass mit derartigen Widerrufsvorbehalten ausgestattete Pensionszusagen erst *nach* Konkurseröffnung vom Masseverwalter widerrufen werden, sondern hätte vielmehr die Geschäftsführung noch vor Insolvenzanmeldung und als ein Mittel zu deren Abwendung den Widerruf (ganz oder teilweise; je nach wirtschaftlicher Lage) zu erklären. *Kommt es daraufhin – sei es mit oder ohne Insolvenzverfahren – in der Folge zu (möglicherweise viele Monate dauernden) Sanierungsbemühungen, die in der Folge aber scheitern und zur Stilllegung/Zerschlagung des Unternehmens führen, dann kann es nicht so sein, dass ein vielleicht Monate (oder auch Jahre?) davor erklärter und nach der damaligen Sachlage eindeutig gerechtfertigter (Teil-)Widerruf nunmehr nachträglich und rückwirkend unwirksam wird.*

Ob der OGH wirklich eine solche rückwirkende Ungültigkeit eines – ex ante betrachtet angemessenen und zulässigen Widerrufs – vertreten würde, kann man der BHI-E nicht mit letzter Deutlichkeit entnehmen¹⁵⁾. Eine solche

10) Vgl zB OGH ZAS 1972, 65 ff mit Anm Strasser; OGH ZAS 1973, 216 ff mit Anm Steinelinger; OGH 13. 1. 1987, JBI 1987, 538 f; OGH 14. 9. 1988, Arb 10.729; OGH 8. 6. 1994, Arb 11.206 = RdW 1994, 408 = ARD 4575/26/94 = Infaz 1994, A 139 = wbl 1994, 338; Marhold in Marhold/Mayer-Maly, Österreichisches Arbeitsrecht IP, 86; Strasser/Jabornegg in Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht P, 129; Cerny in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller, Arbeitsverfassungsrecht IP § 3 Erl 7; Eichinger, Günstigkeitsvergleich bei AN-Kündigungsfristen, DRdA 1993, 135 ff, 137; Krapf, Eine Entlassung während der Kündigungsfrist, DRdA 1996, 66 ff, 70; G. Schima, Die einzelvertragliche Umstellung des Urlaubsjahres auf das Kalenderjahr, JBI 2000, 16 ff, 24 mit instruktivem Beispiel für den Günstigkeitsvergleich zwischen Gesetz und Einzelvertrag; Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG (2002) § 3 Rz 6; aM nur Wachter, ZAS 1978, 47, der die Günstigkeitsprüfung gemäß § 3 ArbVG anscheinend während der gesamten Dauer der Vereinbarung vornehmen will, was jedoch keinesfalls überzeugend und unerträglich, nicht handhabbare Belastungen der Rechtssicherheit bedeuten würde. Nichts anderes gilt bei insofern vergleichbarer Rechtslage in Deutschland, wo betont wird, dass jener Zeitpunkt maßgebend sei, in dem die tariflichen Regelungen erstmals mit anderweitigen Abmachungen konkurrieren, und zu diesem Zeitpunkt entschieden werden müsse, welche Regelung anzuwenden sei (vgl zB Schaub in Erfurter Komm zum Arbeitsrecht § 4 TVG Rz 72 mwN; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG § 77 Rz 91).

11) Vgl für alle Krejci in Rummel, ABGB¹ § 879 Rz 15 f; OGH SZ 67/123; OGH RdW 1999, 196; OGH Arb 10.447; OGH Arb 11.316; OGH 8 Ob A 30/00w; OGH 6 Ob A 117/00z.

12) So OGH 21. 12. 2000, SZ 73/2012 = DRdA 2001, 532 ff mit Anm Runggaldler = ZAS 2001, 170 ff mit Anm Risak: In dieser Entscheidung wirkte sich die Einbeziehung künftiger, sich schon abzeichnender Entwicklungen zugunsten des Arbeitgebers aus, weil das Höchstgericht gestattete, eine mögliche negative wirtschaftliche Entwicklung bei der Gestaltung der „ablösenden“ Pensions-Betriebsvereinbarung angemessen zu berücksichtigen.

13) Vgl § 273 Abs 2 HGB, der die sog „Redepflicht“ des Abschlussprüfers normiert (früher: § 139 AktG): „Stellt der Abschlussprüfer bei Wahrnehmung seiner Aufgaben Tatsachen fest, die den Bestand eines gefährden oder seine Entwicklung wesentlich beeinträchtigen können ..., so hat er darüber unverzüglich zu berichten ...“

14) Dies kann dem veröffentlichten Sachverhalt nicht entnommen werden.

15) Aus dem Satz am Schluss der E; das mögliche Recht des Masseverwalters, das Unterbleiben eines Pensionswiderrufes vor Konkurseröffnung anzufechten, lasse nicht automatisch den Schluss zu, „der Masseverwalter sei auch nach Konkurseröffnung zum Widerruf berechtigt, wenn aus der entsprechenden Vertragsbestimmung seine Berechtigung zu derartigem Vorgehen nicht abgeleitet werden kann“, ließe sich uU der Schluss ziehen, das Höchstgericht hätte einen vor Konkurseröffnung (dann natürlich nicht durch Einschreiten des Masseverwalters denkbaren) erklärten Widerruf vielleicht doch anders behandelt. Der OGH wird nicht Gelegenheit haben, das klarzustellen.

Sichtweise wäre als rechtlich verfehlt abzulehnen. Sie steht – wie gesagt – nicht nur mit der Formulierung des konkreten (und in Österreich in großer Anzahl verwendeten) Widerrufsvorbehaltes, sondern auch mit allgemein-zivilrechtlichen Grundsätzen im Widerspruch, was den Zeitpunkt der Beurteilung der Wirksamkeit vertraglicher Willenserklärungen anbelangt.

Wann konkret eine „Gefährdung des Weiterbestandes des Unternehmens“ im Falle der Aufrechterhaltung der Pensionszusagen anzunehmen ist, ist natürlich eine Frage der Schattierungen des konkreten Einzelfalls. Diesbezüglich können insb die Lehrmeinungen zur Redepflicht des Abschlussprüfers bei Bestandsgefährdung des geprüften Unternehmens herangezogen werden¹⁶⁾. Der Bestand eines Unternehmens ist gefährdet, wenn die Unternehmensfortführung in Frage gestellt, dh, wenn das Unternehmen von Konkurs oder Ausgleich bedroht ist¹⁷⁾ oder in Liquidation gehen muss¹⁸⁾ oder wenn Tatsachen vorliegen, die eine derartige Gefährdung bewirken können¹⁹⁾.

Als zu einer Redepflicht wegen Bestandsgefährdung führende Tatsachen werden zB genannt: Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit, wesentliche Verluste aus einzelnen Aufträgen, sonstige wesentliche laufende Verluste, häufige Liquiditätengpässe, tiefgreifende Preissenkungen in Beschaffungs- oder Absatzmärkten, unrentable Großinvestitionen, erkennbare, größere Verluste nach dem Bilanzstichtag, drohender Entzug von Fremdkapital ohne Ersatzmöglichkeit etc²⁰⁾.

Einen bedeutsamen Aspekt hat der OGH in der BHI-E selbst aufgezeigt: Im Konkursverfahren kommt es (rein statistisch betrachtet) in der ganz überwiegenden Mehrzahl der Fälle zur Unternehmensstilllegung. Die Fortführung oder der Verkauf lebensfähiger Unternehmensteile oder des ganzen Unternehmens sind die große Ausnahme. Daraus muss aber die Konsequenz gezogen werden, dass ein Pensionswiderruf im Zustand drohender Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung, also drohender Insolvenzreife, prima facie zur Hintanhaltung einer Gefährdung des Unternehmensbestandes geeignet ist, weil insolvenzvermeidende Maßnahmen typischerweise unternehmens bestandsichernd sind.

In BHI-Fall dürfte – auch dies kann man nur zwischen den Zeilen lesen – wohl eine Rolle für das Ergebnis des OGH zusätzlich der Umstand gespielt haben, dass die kapitalisierten Pensionspassiva gerade einmal 0,3 % der gesamten angemeldeten Forderungen (von denen rund zwei Drittel anerkannt waren) ausmachten. Ohne dass das Höchstgericht dies aussprach, scheint der OGH von dem Motto ausgegangen zu sein: „Darauf kann es wirklich nicht ankommen.“

Bei einer solchen Sichtweise ist aber größte Vorsicht geboten. In einem Insolvenz-Szenario wie dem vom OGH im BHI-Fall beurteilten, dh nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, kann eine solche Größenrelation zweifellos einen

zusätzlichen Anhaltspunkt dafür liefern, dass die Einstellung von Leistungen, auf die ein so geringer Bruchteil der gesamten Unternehmenspassiva entfällt, zur Sicherung des Unternehmensbestandes eben nichts Relevantes beizutragen vermag.

Abgesehen davon darf aber bei einem sanierungsbedürftigen Unternehmen einer (aufgrund eines dem Arbeitgeber zukommenden Gestaltungsrechtes nach billigem Ermessen oder ähnlichen Grundsätzen durchführbaren) Kürzungsmaßnahme die „Sanierungstauglichkeit“ und damit rechtliche Zulässigkeit nicht einfach deshalb abgesprochen werden, weil die einzelne Maßnahme wegen ihrer geringen finanziellen Auswirkung nur einen – für sich genommen – nicht entscheidenden Beitrag zur Unternehmenssanierung leisten könnte. Der OGH sei diesbezüglich an seine eigene – ganz zutreffende – Rsp erinnert, wo klar festgehalten wird, dass eine solche Argumentation²¹⁾ gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt²²⁾.

Dies bedeutet mit anderen Worten: Hat sich ein in seinem Bestand gefährdetes, ja knapp vor der Insolvenzreife stehendes Unternehmen in der Vergangenheit zu – unter einem auf die Gefährdung des Unternehmensbestandes abstellenden Widerrufsvorbehalt stehenden – Pensionsleistungen verpflichtet, dann ist der Widerruf auch dann zulässig, wenn diese Pensionsleistungen (kapitalisiert) nur einen geringen Teil der vom Unternehmen insgesamt zu tragenden (und zu reduzierenden) Lasten ausmachen. Dabei ist freilich zu unterstellen, dass die Unternehmensleitung in einem solchen Szenario auch an zahlreichen anderen Hebeln ansetzen und Kostensenkungsmaßnahmen auf den verschiedensten Gebieten, insb auch gegenüber der aktiven Belegschaft (Mitarbeiterabbau, Kürzung von Sozialleistungen), einleiten wird. Unzulässig wäre der Widerruf bloß in jenem – freilich etwas weltfremden – Fall, dass ein Unternehmen zwar die verhältnismäßig geringfügigen Pensionen kürzt oder einstellt, andere Sanierungsmaßnahmen aber gar nicht versucht, sondern gleichsam sehend in die Pleite steuert. Dann könnte man sagen, dass bei der gebotenen ex-ante-Betrachtung die bloße Einstellung von Pensionsleistungen zur Sicherung des Weiterbestandes des Unternehmens nicht geeignet war, weil es eben zusätzlich noch viel weiterreichender Einschnitte bedurft hätte.

Als Zwischenergebnis kann gesagt werden, dass die Sichtweise des OGH, einen auf die Gefährdung des Weiterbestandes des Unternehmens abstellenden Widerrufsvorbehalt in einer Pensionszusage nur dann rechtlich anzuerkennen,

16) Vgl dazu näher zB Lechner in Straube, HGB² II § 273 Rz 28 ff mwN.

17) Vgl Robol, Die Redepflicht des Wirtschaftsprüfers, SWK 1984 C 17; Platzer, Das Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz und die aktienrechtliche Jahresabschlussprüfung, JfB 1982, 236 ff, 242.

18) Wünsch, Gedanken zur Abschlussprüfung, GesRZ 1986, 109 ff, 110.

19) Arnold, Zur Rede- und Vorlagepflicht des Abschlussprüfers, in Bertl/Mandl/Mandl, Handbuch für Wirtschaftstreuhänder (1989) 569 ff, 577.

20) So die Aufzählung bei Lechner in Straube, HGB² II § 273 Rz 29.

21) ZB die Argumentation eines einzelnen Arbeitnehmers, der als einer von 300 von einem in großen wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindlichen Unternehmen gekündigt wurde, als einziger die Kündigung angefochten hat und nun vorbringt, seine Gehaltszahlungen könne sich der beklagte Arbeitgeber auch ohne Beschäftigungsmöglichkeit leisten.

22) Vgl OGH 13. 6. 1996, DRdA 1997, 200 f (zust. Eichinger); OGH 5. 3. 1997, ecotex 1997, 795 (im veröffentlichten Teil nicht enthalten); besonders instruktiv BAG 18. 5. 1977, AP Nr 175 § 242 BGB Ruhegehalt (zust. Schrämmel, BPG 95); verfehlt daher OLG Wien 25. 9. 2001, 9 Ra 3/01d, wo bei einer zwölf Jahre hintereinander Verluste erzielenden Gesellschaft (dies wurde festgestellt in OGH 28. 4. 1998, RdW 1998, 461), die noch vier Jahre nach der Einstellung der Pensionszuschüsse über Verlustvorträge von rund 2 Mrd S verfügte, die Einstellung nicht genehmigt wurde, weil die jährliche Gesamtbelastung der eingestellten Leistungen sich nur auf rund 6 Mio S belief (gegen genau diese Sichtweise besonders prägnant BAG 18. 5. 1977, AP Nr 175 § 242 BGB Ruhegehalt); vgl zu all dem G. Schima, Die betriebliche Altersvorsorge, in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht (2002) VI Rz 22.

wenn die Unternehmenssanierung/-fortführung (in der Folge) gelingt, nicht überzeugt, sondern vielmehr bei der gebotenen ex-ante-Betrachtung *im Zeitpunkt der Vornahme des Widerrufs/Teilwiderrufs zu prüfen ist, ob nach vernünftigem kaufmännischem Ermessen eine Gefährdung des Unternehmensbestandes vorliegt* und diese durch die Kürzung/Einstellung von Pensionsleistungen – sei es auch nur in Verbindung mit einer Reihe anderer Maßnahmen – voraussichtlich verhindert werden kann.

Insofern kommt es bei derartigen Widerrufsvorbehalten sehr wohl auf den *Zeitpunkt des Widerrufs* an. Der Masseverwalter, der ihn erst erklärt, wenn das Unternehmen entweder schon geschlossen ist oder vor der Schließung steht oder bei dem an eine Fortführung jedenfalls realistischerweise nicht zu denken ist, wird sich darauf nicht mehr berufen können. Er hätte bloß unter Umständen die Möglichkeit, den unterlassenen Pensionswiderruf vor Konkurseröffnung anzufechten und/oder die diesbezüglich säumige (frühere) Geschäftsführung auf Schadenersatz in Anspruch zu nehmen.

2.2 Schrankenlos formulierte Widerrufsvorbehalte

Wie gezeigt, überzeugt die Interpretation des OGH schon bei jenen Widerrufsvorbehalten nicht, die explizit die Ausübbarkeit des Widerrufs daran knüpfen, dass der Bestand des Unternehmens gefährdet ist. Jedwede Begründung bleibt das Höchstgericht aber dafür schuldig, dass die tatsächlich gelungene Unternehmenssanierung/-fortführung auch bei *schrankenlos formulierten* Widerrufsvorbehalten die Voraussetzung für den Widerruf bilden soll.

Seit der „bahnbrechenden“ E des OGH vom 14. 12. 1988²³⁾ weiß man, dass auch von einem Vorbehalt in betrieblichen Pensionszusagen, der den Widerruf *„jederzeit“* und *„ohne Angabe von Gründen“* erlaubt, nicht nach Gutdünken des Arbeitgebers oder gar Willkür, sondern vielmehr bloß im Rahmen des *„billigen Ermessens“* Gebrauch gemacht werden darf²⁴⁾.

Dabei ist auf die besonderen Interessen des Pensionisten Bedacht zu nehmen, der *„vorgeleistet hat und seinem Arbeitgeber nunmehr auf Gedeih und Verderb ausgeliefert ist“*²⁵⁾ und der Eingriff so schonend wie möglich, also nicht weiterreichend als es der Vertragszweck erfordert.

Über diesen *„Vertragszweck“* hat sich der OGH aber – dieser Vorwurf kann ihm nicht erspart werden – in der oben referierten E aus 2002²⁶⁾ nicht mehr den Kopf zerbrochen. Es geht dabei nicht um einen abstrakten Pensionsvertrags-

zweck, sondern konkret um den Zweck einer Pensionszusage mit nicht an nähere Gründe gebundenem Widerrufsvorbehalt.

Denn wo steht eigentlich geschrieben, dass ein *schrankenlos formulierter* Widerrufsvorbehalt (bei nicht dem BPG unterliegenden Zusagen) als Widerrufstatbestand voraussetzt, dass das in seinem Weiterbestand gefährdete arbeitgeberische Unternehmen auch tatsächlich *gerettet bzw. fortgeführt* wird? Für die vom OGH angenommene *kumulative* Erforderlichkeit sowohl gravierender wirtschaftlicher Schwierigkeiten des Arbeitgebers als auch der tatsächlichen (also anscheinend: in einer ex-post-Betrachtung ermittelten) kausalen Notwendigkeit des Widerrufs für die Sanierung des Unternehmens bleibt das Höchstgericht jeden Beleg schuldig.

Mit der Aussage, andernfalls würde man den Widerruf nicht als Mittel zur Gesundung des Unternehmens heranziehen, sondern zum Zwecke der *„einseitigen Begünstigung der anderen Gläubiger“* bzw. *„um andere Unternehmensschulden besser tilgen zu können“*, werden die Dinge auf den Kopf gestellt. Denn eine sachgerechte Analyse des Vertragszweckes und Parteiwillens bei einem nicht an nähere Gründe gebundenen Widerrufsvorbehalt ergibt mE, dass ein solcher Vorbehalt sehr wohl die Funktion haben soll, die mit einem Widerrufsvorbehalt belastete Forderung bei Unmöglichkeit der Befriedigung – aller Forderungen eben – hinter andere, nicht mit einem Widerrufsvorbehalt belastete Forderungen zurücktreten zu lassen. Denn ein Schuldner, der eine solche Vereinbarung trifft, möchte doch typischerweise sicherstellen, dass er sich *zumindest* im Falle drohender Illiquidität von den betroffenen Verbindlichkeiten befreien kann. Was wäre sonst der zentrale Zweck eines solchen Widerrufsvorbehaltes? Diese mit dem Widerrufsvorbehalt verbundene *„Nachrangigkeit“* von Pensionsforderungen kann nicht davon abhängen, ob der betroffene Rechtsträger das Unternehmen als solches fortführt oder ob er es zB verkauft und mit dem Verkaufserlös eine entsprechend höhere Quote für seine (anderen) Gläubiger finanziert und danach den Mantel liquidiert. Wenn der OGH bei der beklagten Genossenschaft meint, sie übe *„keine unternehmerische Tätigkeit“* aus, so kann es darauf erstens nicht ankommen und wirft das zweitens die Frage nach einer Abgrenzung dessen auf, was als *„unternehmerische Tätigkeit“* oder *„Unternehmen“* zu qualifizieren ist. Unternehmerische Tätigkeit setzt weder die Produktion oder den Handel mit Gütern noch die Beschäftigung von Arbeitnehmern zwingend voraus. Wenn zB eine bis dahin in der Produktion von oder im Handel tätig gewesene Gesellschaft sich auf eine reine Holdingfunktion *„zurückzieht“* (eine Konstellation, die vom OGH freilich nicht zu beurteilen war), dann wäre es unzutreffend zu behaupten, die Gesellschaft betreibe kein *„Unternehmen“* mehr oder übe keine *„unternehmerische Tätigkeit“* aus.

Es darf aber auch keinen Unterschied machen, ob es überhaupt zu einer Unternehmensfortführung kommt. Denn man kann keineswegs sagen, es sei *außerhalb des „billigen Ermessens“* gelegen, wenn von einem nicht an Gründe gebundenen Widerrufsvorbehalt für den Fall Gebrauch gemacht wird, dass der Arbeitgeber nicht mehr sämtliche Verbindlichkeiten zu bedienen vermag – also insolvent wird –, um einerseits die Befriedigungsquote für andere Gläubiger zu erhöhen und andererseits die (grundsätzlich 30 Jahre lang andauernde) persönliche Haftung des Arbeitgebers für den die

23) OGH 14. 12. 1988, ZAS 1989, 94 ff mit Anm Tomandl = DRdA 1990, 111 ff mit Anm Grillberger.

24) Das der OGH – daran sollte man in diesem Zusammenhang erinnern – in der zitierten E freilich (schon) bei drei aufeinander folgenden Jahren mit Bilanzverlusten gewahrt sah.

25) Diese sich in zahlreichen OGH-E (so zB den beiden oben in diesem Beitrag behandelten; vgl daneben auch OGH 14. 12. 1988, ZAS 1989, 94 ff = DRdA 1990, 111 ff; OGH 11. 3. 1998, DRdA 1999, 107 ff, 110 mit Anm Runggaldier) findende, wirklich unselige Formulierung (geprägt von Fenyves, Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis 134, und übernommen von Petrovic, Betriebspension und Treuepflicht, in Runggaldier/Steindl, Handbuch zur betrieblichen Altersvorsorge 311, 328) verstellt leider den Blick darauf, dass es zwischen einem Ruhestandsverhältnis und einem von einer Seite erfüllten Zielschuldverhältnis (zB einem Kaufvertrag, bei dem der Verkäufer geleistet, jedoch den Kaufpreis noch nicht bekommen hat) eben doch wesentliche Unterschiede gibt (vgl dazu auch G. Schima, Die betriebliche Altersvorsorge, in Mazall/Risak, Das Arbeitsrecht [2002] VII. Rz 8).

26) OGH 26. 6. 2002, 9 Ob A 306/01t.

Konkursquote übersteigenden Teil der Verbindlichkeiten zu verringern. Da der Widerrufsvorbehalt ja schrankenlos formuliert ist, müsste das Gegenteil belegen, wer es behauptet.

Wenn es sich (was in der Praxis freilich immer seltener wird) beim Arbeitgeber um eine natürliche Person oder eine Personen(handels)gesellschaft handelt, wird dieser Aspekt besonders deutlich: Warum soll es unbillig sein, wenn der Arbeitgeber mit einem Widerrufsvorbehalt in einer Pensionszusage auch sicherstellen möchte, dass für den Fall der Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung der „Passiven-Überhang“ und damit die den Arbeitgeber oder die Gesellschafter persönlich treffende, 30 Jahre lang währende Haftung vermindert wird?

Auch für beschränkt haftende juristische Personen hat mE aber nichts anderes zu gelten. Man kann nicht – wie der OGH – von einer „*einseitigen Begünstigung anderer Gläubiger*“ sprechen, wenn man gleichzeitig Äpfel mit Birnen vergleicht. Gläubiger mit unter einem Widerrufsvorbehalt stehenden Forderungen in der Insolvenz (sofern es zur Unternehmenszerschlagung kommt) gleich zu behandeln wie Gläubiger ohne Widerrufsvorbehalt, ist in keiner Weise einsichtig, sondern bedürfte besonderer Begründung. Denn niemand zwingt einen Arbeitnehmer, bei der Einstellung eine Pensionszusage mit umfassendem Widerrufsvorbehalt zu akzeptieren.

Wer das anders, dh wie der OGH, sieht, muss außerdem erst erklären, wie sich seine Sichtweise mit der vom Höchstgericht anerkannten – wenngleich nicht ganz unumstrittenen²⁷⁾ – Rechtsfigur der unverbindlichen Pensionszusage²⁸⁾ gemäß § 1 Abs 3 Z 3 BPG verträgt, die auch im zeitlichen Geltungsbereich des BPG möglich ist und den Arbeitgeber zur (tatsächlichen, nicht einmal den Charakter einer Willenserklärung aufweisenden) Einstellung ohne spezielle Bindung an wirtschaftliche Gründe berechtigt. Es passt einfach nicht zusammen (und ist Nicht-Juristen ohnehin nicht einmal im entferntesten erklärbar), dass ein Arbeitgeber, der in seiner Pensionszusage den Satz „*es besteht kein Rechtsanspruch auf die Pensionszusage*“ verankert, die Leistungen selbst dann einstellen kann, wenn es dem Unternehmen gar nicht so schlecht geht²⁹⁾, wohingegen ein Arbeitgeber, der eine „*jederzeit ohne Angabe von Gründen widerrufliche*“ Pensionszusage abgegeben hat, sich nicht einmal im Konkursfalle der Zusage entledigen könnte, sofern – was regelmäßig bei Konkursen der Fall ist – das Unternehmen nicht gerettet werden kann, sondern stillgelegt bzw zerschlagen wird.

3. Zusammenfassung

a. Die Auffassung des OGH, dass sowohl von an eine Gefährdung des Weiterbestandes des Unternehmens geknüpften als auch von schrankenlos formulierten Widerrufsvorbehalten in (nicht dem BPG unterliegenden) Pensionszusagen nur dann wirksam Gebrauch gemacht werden kann, wenn

27) Vgl die Kritik von Wöss, DRdA 1998, 271 ff, 276; Runggaldier, Die neue Rechtsprechung zum Betriebspensionsrecht, in Tomandl (Hrsg), Neuere Tendenzen im Arbeitsrecht auf dem Prüfstand (1999) 1 ff, 10 ff; G. Schima, Die betriebliche Altersvorsorge, in Mazall/Risak, Das Arbeitsrecht (2002) VII Rz 12.

28) Vgl OGH 11. 8. 1993, DRdA 1994, 145 ff mit zust Anm Apathy = RdW 1994, 114.

29) In der E vom 11. 8. 1993 erzog der OGH ein Willkürverbot, das aber bei Umsetzung von – auch in gut gehenden Unternehmen nie deplatzierten – allgemeinen Kostensenkungsprogrammen kaum je verletzt sein dürfte.

die Unternehmensfortführung bzw Unternehmenssanierung gelingt, hingegen nicht, wenn diese scheitert oder gar nicht angestrebt wird, vermag nicht zu überzeugen.

b. Bei Widerrufsvorbehalten, die – einer allgemein in Österreich verwendeten und den Charakter als steuerrechtlich unwiderruflich und damit rückstellungsfähig wahrenenden Formulierung entsprechend – den Widerruf ermöglichen, wenn die (volle) Aufrechterhaltung der Pensionszusagen eine Gefährdung des Weiterbestandes des Unternehmens zur Folge hat, muss über die Zulässigkeit und Wirksamkeit des Widerrufes im Widerrufszeitpunkt unter Zugrundelegung einer ex-ante-Betrachtung entschieden werden. Ob eine Gefährdung des Weiterbestandes des Unternehmens vorliegt, kann nur das Ergebnis einer vernünftigen kaufmännischen Prognose sein. Ein Widerruf, der im Zustand der Bestandsgefährdung ausgesprochen wird, verliert nicht dadurch (gar rückwirkend) seine Wirksamkeit, dass das Unternehmen später doch nicht gerettet werden kann.

c. Von einer Gefährdung des Unternehmensbestandes ist insb, aber nicht nur bei drohender Insolvenzreife auszugehen. Zur Auslegung dieses Merkmals empfiehlt es sich, insb auf die umfassende Literatur zur Redepflicht des Abschlussprüfers bei Bestandsgefährdung (§ 273 Abs 2 HGB; früher § 139 AktG) zurückzugreifen.

d. Da es im Konkurs fast immer zur Zerschlagung/Stillelegung des Unternehmens kommt, ist ein Widerruf von Pensionsleistungen im Zustand drohender Insolvenzreife prima facie bestandsichernd, weil insolvenzvermeidend. Dass die von einem Widerruf betroffenen Pensionslasten (kapitalisiert) nur vergleichsweise geringen Anteil an den Unternehmensverbindlichkeiten haben, steht einem gültigen Widerruf nur in dem (eher unrealistischen) Fall entgegen, dass der Arbeitgeber von vornherein keine sonstigen Sanierungsmaßnahmen ergreift (weil dann der Widerruf von Pensionsleistungen bei der gebotenen ex-ante-Betrachtung zur Unternehmenssanierung gar nicht geeignet ist). Abgesehen davon kann aber einer Sanierungsmaßnahme schon unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten die Tauglichkeit nicht deshalb abgesprochen werden, weil sie nur in Verbindung mit zahlreichen anderen Maßnahmen erfolgversprechend erscheint.

e. Wenn der Widerruf, der an eine Gefährdung des Fortbestandes des Unternehmens geknüpft ist, erst zu einem Zeitpunkt erklärt wird, in dem an eine Fortführung/Sanierung bei vernünftiger kaufmännischer Betrachtung nicht mehr zu denken oder das Unternehmen gar schon aufgelöst/liquidiert ist, kann der Widerruf keine Befreiung von den Pensionszahlungen bewirken. Es kommt daher bei solchen Widerrufsvorbehalten sehr wohl auf den Zeitpunkt des Widerrufes an. Ein Widerruf kann zu früh, vor allem aber auch zu spät erfolgen, was insb den Masseverwalter betreffen kann, wenn dieser kein Szenario mehr vorfindet, in dem eine Fortführung oder ein Verkauf lebensfähiger Teile überhaupt realistisch ist.

f. Keinerlei tragfähige Anhaltspunkte gibt es für die Auffassung des OGH, ein schrankenlos formulierter Widerrufsvorbehalt sei wie ein solcher auszulegen, der die Ausübung des Rechtes von der Gefährdung des Weiterbestandes des Unternehmens abhängig macht. Vielmehr haben schrankenlos formulierte Widerrufsvorbehalte typischerweise auch den

Zweck, die mit dem Widerrufsvorbehalt belasteten Forderungen gegenüber den Forderungen anderer Gläubiger nachrangig zu stellen, die keinen Widerrufsvorbehalt vereinbart haben. Denn der Schuldner einer Pensionsleistung, der einen solchen Vorbehalt vertraglich verankert und dessen Gläubiger den Vorbehalt akzeptiert, verfolgt damit erkennbar insb auch den Zweck, sich bei drohender Illiquidität von den mit dem Widerrufsvorbehalt behafteten Verbindlichkeiten zu lösen und damit nicht zuletzt die eigene (30 Jahre andauernde) Haftung für die Befriedigungsquote übersteigende Forderungsteile zu senken. Dass andere, nicht von einem Widerrufsvorbehalt betroffene Gläubiger dadurch höhere Quoten erhalten, ist – ganz entgegen dem OGH – keineswegs unbillig. Vielmehr ist eine Gleichbehandlung von mit einem Widerrufsvorbehalt belasteten

Gläubigern und solchen ohne Widerrufsvorbehalt in der Insolvenz logisch nicht begründbar.

g. Der OGH gerät mit seiner Sichtweise auch in einen unlösbaren Konflikt mit der von ihm selbst im Jahre 1993 anerkannten Rechtsfigur der unverbindlichen Pensionszusage (§ 1 Abs 3 Z 3 BPG). Niemandem kann vernünftigerweise erklärt werden, warum eine Pensionsleistung, auf die nach dem Wortlaut „*keinerlei Rechtsanspruch*“ besteht, selbst dann faktisch eingestellt werden darf, wenn es dem Unternehmen sogar ganz gut geht (und bloß keine Willkür vorliegt), wohingegen eine ausdrücklich als „*jederzeit ohne Angabe von Gründen widerrufliche*“ Pensionszusage den Arbeitgeber sogar binden soll, wenn er in Konkurs gegangen ist, sofern es dort (wie fast immer) zur Auflösung/Liquidierung des Unternehmens kommt.