



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

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

### (1. Teil)

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

**Deskriptoren:** Treuepflichtklauseln, Konkurrenztaetigkeiten, Verfall der Pension, Ruhen der Pension, Arbeitsvertragsübernahme

[AngG § 36](#), [AngG § 37](#), [ABGB § 879](#), [BPG § 1](#), [BPG § 6](#), [BPG § 8](#), [BPG § 14](#), [BPG § 19](#), [BPG Art V Abs 4 Z 3](#)

### A. Problemstellung

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

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

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

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

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

^ Seite 430

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

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

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

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

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

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

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

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

### I. Wettbewerbsbeschränkende Treuepflichtklauseln

#### 1. Verfallsklauseln

##### a) Anwendbarkeit der §§ 36, 37 AngG?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Daraus folgt, daß die [§§ 36, 37 AngG](#) auf „das im Widerrufstatbestand eingebaute Konkurrenzverbot“<sup>22)</sup> grundsätzlich *nicht anzuwenden* sind.

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

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

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

---

^ Seite 434

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## b) Beurteilung nach [§ 879 ABGB](#)

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. Ruhens- und Anrechnungsklauseln

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(Schluß folgt!)

---

1) Vgl §§ 36, 37 AngG.

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

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

Arbeitnehmer, ÖZW 1975, 1 ff.

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

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

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

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

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

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

10) Arb 8.703 = ZAS 1973, 134.

11) In *Runggaldier/Steindl* 391 f.

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

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

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

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

16) DRdA 1990, 310 f.

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

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

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

19) Entgeltfunktion (vgl FN 18).

20) DRdA 1990, 310 f.

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

22) *Resch*, DRdA 1990, 310.

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

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

25) Vgl FN 14.

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

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

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

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

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

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

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

33) Allenfalls auch in § 37 AngG.

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

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

- 36) Vgl *Petrovic* in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch 327 f.
- 37) Vgl dazu *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>2</sup> Rz 250 zu § 879 mwN.
- 38) Die Teilnichtigkeit in bezug auf die Treuepflichtklausel ist grundsätzlich Voraussetzung dafür, daß der Arbeitnehmer überhaupt Pensionsleistungen erhält.
- 39) Vgl OGH [SZ 47/8](#); *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>2</sup> Rz 250 zu § 879.
- 40) Vgl zur Konversion *Koziol/Welser*, Grundriß<sup>9</sup> I 155 f mwN; gegen eine Konversion spricht nicht, daß der Arbeitnehmer natürlich am liebsten *weder* eine Ruhens- *noch* eine Anrechnungsklausel in seinem Pensionsvertrag hätte, weil davon auszugehen ist, daß der Arbeitgeber in dieser Form die Vereinbarung *überhaupt nicht* abgeschlossen hätte und anderenfalls eine Konversion in allen Fällen ausschiede, in denen die von Nichtigkeit bedrohte Bestimmung einem Vertragsteil nachteilig ist.
- 41) Vgl dazu bislang nur *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 163 f.
- 42) OGH DRdA 1990, 49 mit Anm *Holzer*.
- 43) OGH DRdA 1990, 52.
- 44) OGH DRdA 1990, 53.
- 45) OGH DRdA 1990, 52.
- 46) OGH ebenda.
- 47) DRdA 1990, 54 f.
- 48) DRdA 1990, 54.
- 49) Dies dürfte in tatsächlicher Hinsicht zwar leicht übertrieben sein, im Kern aber doch zutreffen.
- 50) Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 163 f.
- 51) Vgl *Pobenberger*, Betriebliche Altersversorgung aus sozialrechtlicher Sicht, in: *Runggaldier/Steindl*, Handbuch 229 ff, und das Vertragsmuster 419 ff.  
*Ein Inhalt der Verlag Österreich GmbH*

---

JB1 - Juristische Blätter

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

Erstellt von Julia Toferer 20.1.2021