

Zur Insolvenzentgeltsicherung von Organmitgliederansprüchen

Von RAA Univ.-Ass. Dr. Georg Schima, Wien

Mitglieder des Vertretungsorgans juristischer Personen haben gemäß § 1 Abs 6 Z 2 IESG keinen Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld. Bei Ansprüchen, für deren Bemessung sowohl Dienstzeiten mit als auch solche ohne Organmitgliedschaft ausschlaggebend sind, wie dies ua bei der Abfertigung und bei Betriebspensionen der Fall sein kann, findet allerdings nach der Rechtsprechung kein gänzlicher Entfall, sondern vielmehr eine „entsprechende Kürzung“ des Insolvenz-Ausfallgeldes statt. Der folgende Beitrag soll zeigen, daß die praktische Anwendung dieser theoretisch klaren Position zahlreiche Fragen aufwirft, und versucht, Lösungen dafür anzubieten.

1. Problemstellung

Gemäß § 1 Abs 6 Z 2 IESG haben Mitglieder des Organs einer juristischen Person, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist, keinen Anspruch auf Insolvenzausfallgeld¹⁾.

Ausgeschlossen sind Vorstandsmitglieder einer AG, Geschäftsführer einer GmbH, Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft und Vorstandsmitglieder eines Vereins, nicht aber Prokuristen²⁾.

¹⁾ Vgl dazu Schwarz-Holler-Holzer, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz² 64f; Holzer, Insolvenz und betriebliche Altersversorgung, in Ringgaldier-Steindl, Handbuch der betrieblichen Altersversorgung 305f; Dungal, Firmenpensionen von Organmitgliedern im Insolvenzfall, RdW 1985, 311f; oV, Abfertigungsansprüche im Insolvenzfall bei Organmitgliedschaft, RdW 1985, 376; in der BRD lehnte das BSG jüngst einen Anspruch von Vorstandsmitgliedern einer AG auf Konkursausfallgeld ab (NZA 1987, 614f).

²⁾ Schwarz-Holler-Holzer² aaO 64; letztere nach Meinung des OGH (6RdA 1985, 32ff mit vorsichtig zust Anm v Geppert) zumindest dann nicht, wenn sie im Rahmen einer sog „unechten“ Gesamtvertretung tätig werden. ME ist diese – zu § 2 Abs 2 ArbGG ergangene – Rsp nur bedingt auf die Problematik des § 1 Abs 6 Z 2 IESG übertragbar, weil § 2 Abs 2 ArbGG 1946 von „gesetzlichen Vertretern von juristischen Personen“ sprach, während § 1 Abs 6 Z 2 IESG „die Mitglieder des Organs einer juristischen Person, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist“, vom Anwendungsbereich des IESG ausschließt. Im ersten Fall ist die – von namhaften Vertretern der Gesellschaftsrechtslehre (vgl die Nachweise bei Geppert, öRdA 1985, 35) – eingenommene Gegenposition zum OGH mE durchaus vertretbar, wohingegen der Wortlaut des IESG eher auf die Mitgliedschaft im Vertretungsorgan – gemeint wohl: im gesetzlich vorgeschriebenen Vertretungsorgan – abstellt, welche einem bloßen Prokuristen – und zwar auch einem Einzelprokuristen – nicht zukommt. Dies schließt – im Hinblick auf die ratio des § 1 Abs 6 Z 2 IESG (dazu unten) – mE aber Analogie im Einzelfall nicht unbedingt aus, welche dann geboten sein wird, wenn ein Prokurist de iure allein vertreten kann (und darf!) und davon de facto auch Gebrauch macht.

Auf die Eintragung ins Handelsregister, welche bei der Bestellung von Geschäftsführern einer GmbH und Vorstandsmitgliedern einer AG ohnehin nur deklarativ wirkt³⁾, kommt es nicht an⁴⁾; bloße „de-facto-Geschäftsführung“ ohne förmliche Bestellung reicht allerdings für den Ausschluß vom Insolvenz-Ausfallgeld nicht aus⁵⁾.

§ 1 Abs 6 Z 2 IESG wird von der Rsp auch auf den Fall der sog „Drittanstellung“ des GmbH-Geschäftsführers bei der GmbH & Co KG erstreckt – dh ein Arbeitsverhältnis dieses Geschäftsführers zur KG vermag keinen Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld zu vermitteln⁶⁾.

Die dargestellte Rechtslage bedeutet freilich nicht, daß Mitglieder des Vertretungsorgans juristischer Personen bei Insolvenz ihres Unternehmens generell keinerlei Ansprüche stellen können. Der VwGH erkannte nämlich recht bald⁷⁾ die Unsachgemäßheit und Unbilligkeit einer derart kategorischen Auffassung. Seine – erstmals mit Erk v 5. 12. 1984⁸⁾ vertretene und seither in zahlreichen Folgeentscheidungen⁹⁾ gefestigte – Rechtsmeinung geht dahin, den Ausschluß nur für solche Ansprüche eintreten zu lassen, welche sich auf Zeiträume beziehen, in denen der Betroffene tatsächlich Organmitglied war.

De facto geht es vor allem um die insolvenzentgeltsicherungsrechtliche Behandlung von **Abfertigungs- und betrieblichen Ruhegeldansprüchen**, weil sich diese auf einen langen Zeitraum beziehen können, in welchem der Antragsteller teilweise („normaler“) AN und teilweise Organmitglied war.

Der vom VwGH aufgezeigte Weg ist im Ansatz zweifellos richtig; zahlreiche Fragen, welche sowohl Grundsätzliches als auch die konkreten Berechnungsmodalitäten betreffen, sind allerdings noch offen.

2. Betriebliche Ruhegenüsse

2.1. Anspruchsausschluß für ehemalige Organmitglieder?

Betriebliche Ruhegenüsse erfahren nach dem IESG folgende Behandlung: Ruhegenußansprüche für die Zeit bis zum Stichtag iSd § 1 Abs 1 Z 1-7 IESG (Tag der gerichtlichen Beschlußfassung über die dort genannten insolvenzrechtl Sachverhalte) vermitteln einen vollen Anspruch (vgl aber § 1 Abs 3 Z 4 IESG) auf Insolvenz-

³⁾ Vgl Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 97; OGH EvBl 1979/202; Schiemer, AktG² Anm 3.2, § 73.

⁴⁾ VwGH 29. 10. 1986 ZfVB 1987/3/1305.

⁵⁾ Ebenda; vgl auch VwGH 17. 9. 1986 ZfVB 1987/3/1299.

⁶⁾ VwGH 23. 4. 1986 ZfVB 1987/1/187; 4. 12. 1985 ZfVB 1986/4/1718; 23. 1. 1987 ZfVB 1987/5/2152.

⁷⁾ § 1 Abs 6 Z 2 IESG wurde durch BGBl 1980/580 eingefügt und gilt seit 1. 1. 1981.

⁸⁾ ZfVB 1985/4/1497 = VwSlg 11.602 A.

⁹⁾ ZB VwGH 20. 3. 1985 ZfVB 1985/6/2251; 20. 3. 1985 ZfVB 1985/6/2252; 17. 4. 1985 83/11/0237; 10. 5. 1985 ZfVB 1986/1/198; 20. 11. 1985 ZfVB 1986/3/1315; 23. 1. 1987 ZfVB 1987/5/2151; 23. 1. 1987 ZfVB 1987/5/2155; 23. 10. 1987 ZfVB 1988/3/988; 23. 2. 1988 ZfVB 1988/5/1955; 11. 3. 1988 ZfVB 1988/6/2211.

Ausfallgeld; die danach noch fällig werdenden (monatlichen) Zahlungen werden in Form einer Abschlagszahlung von zwölf Monatsentgelten abgegolten.

Ruhegenußansprüche, die nach dem Stichtag entstehen, werden nur insoweit berücksichtigt, als sie noch vor Ablauf von drei Monaten nach dem Stichtag entstehen. Eine Abschlagszahlung gebührt nicht. Danach entstehende Ansprüche sind nach dem IESG überhaupt nicht gesichert¹⁰⁾.

Aus der eben skizzierten Rechtslage ergibt sich, daß in der Mehrzahl der hier zu untersuchenden Fälle das Organmitglied im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. Erlassung des diesem gleichgestellten gerichtlichen Beschlusses¹¹⁾ bereits im Ruhestand befindlich sein wird¹²⁾.

Es ist daher eine Auseinandersetzung mit der Ansicht des VwGH geboten, wonach auch ehemalige Organmitglieder generell der Ausnahmebestimmung des § 1 Abs 6 Z 2 IESG unterlägen und die Frage, ob das Organmitglied zum Stichtag iSd § 1 Abs 1 IESG noch als solches tätig wäre, überhaupt irrelevant sei¹³⁾.

Eine Überprüfung dieser Auffassung hat sich am telos des Ausschlusses für Organmitglieder zu orientieren. Daß der in den Gesetzesmaterialien¹⁴⁾ genannte Grund – Ausnahme der Organmitglieder vom betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff gemäß § 36 Abs 2 Z 1 ArbVG – unzulänglich ist, wurde bereits vom VfGH zutreffend festgestellt¹⁵⁾. Ein unmittelbarer Zusam-

menhang zwischen den beiden Regelungsbereichen ist in der Tat nicht ersichtlich.

Sinnvollerweise kann wohl nur der dem Organmitglied **typischerweise zukommende Einfluß** auf die Führung des Unternehmens¹⁶⁾ und damit auch die das Organmitglied typischerweise treffende **Verantwortung für eine Insolvenz** dieses Unternehmens als taugliche Begründung für den Ausschlussschluss hernahten. Die **Vermeidung möglicher Mißbräuche** (zB wirtschaftlich unbegründete Anhebung der Organmitgliederbezüge bei drohender Insolvenz) bildet dabei nur einen Ausschnitt aus dem mit § 1 Abs 6 Z 2 IESG verfolgten Normzweck; derartigen Mißbräuchen kann uU auch mit den Mitteln des Anfechtungsrechts¹⁷⁾ begegnet werden.

Sieht man die ratio des § 1 Abs 6 Z 2 IESG so, dann erscheint allerdings die Ansicht des VwGH als nicht unproblematisch, wie gerade der erste einschlägige, vor das Höchstgericht gebrachte Fall deutlich zeigt¹⁸⁾. Damals ging es um einen rund 35 Jahre im Unternehmen beschäftigten Mitarbeiter, welcher bloß die letzten zwei Jahre die Stellung eines Vorstandsmitgliedes bekleidete und sich im Zeitpunkt der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens bereits 17 Jahre (!) in Pension befand. Bei dieser Sachlage fällt die Begründung einer Schlechterstellung gegenüber anderen Unternehmenspensionisten in der Tat schwer, weil hier rein betriebswirtschaftlich auch nur der entfernteste Zusammenhang zwischen der Gestion des ehemaligen Vorstandsmitgliedes und der Insolvenz ausscheidet und der VwGH auch keine überzeugenden Argumente für seine Auffassung liefert. Sein Hinweis, daß das IESG auch an anderen Stellen den Begriff „Arbeitnehmer“ enthalte, obwohl der Regelungszusammenhang es klar erfordere, daß darunter auch ehemalige AN darunter zu verstehen seien, geht fehl, weil ein solches Verständnis sich teilweise bereits aus der untersuchten Norm selbst ergibt¹⁹⁾, in anderen Fällen hingegen keineswegs zwingend und uneingeschränkt gelten muß²⁰⁾ und weil der VwGH vor allem keine Aspekte aufzeigt, welche eine derartige Auslegung gerade für § 1 Abs 6 Z 2 IESG als geboten erscheinen lassen.

Die weitere Argumentation des VwGH, bei Zugrundelegung der gegenteiligen Ansicht hätte es das Organmitglied in der Hand, durch Zurücklegung des Mandates vor Insolvenzeintritt dem Ausschluß zu entgehen, zeigt überdies, daß es dem Höchstgericht offenbar primär um eine **Mißbrauchsverhütung** zu tun war. Diese sicherzustellen, hätte es jedoch nicht der rigorosen Auffassung des VwGH bedurft. Ein denkbarer und durchaus praktikabler Weg wäre es zB, den Ausschluß des § 1 Abs 6 Z 2 IESG nur für solche ehemalige Organmitglieder wirksam werden zu lassen, welche angesichts der seit ihrem Ausscheiden aus dem Vertretungsorgan verstrichenen Zeit auf die Insolvenz der Gesellschaft keinen merklichen Einfluß zu nehmen vermochten. Der erforderliche Zeitraum dürfte dabei in Anbetracht der Bedeutung langfristiger, strategischer

¹⁰⁾ Zum Ganzen Schwarz-Holler-Holzer² aaO 145f; Holzer in Runggaldier-Steindl aaO 308.

¹¹⁾ Vgl § 1 Abs 1 Z 3-7 IESG.

¹²⁾ Sonst sind lediglich die – rein statistisch weniger häufigen – Fälle interessant, in denen das Organmitglied in den ersten drei Monaten nach dem Stichtag in Pension geht oder, präziser gesagt, einen „Anspruch auf Zahlung eines Ruhegenusses“ iSd § 3 Abs 5 IESG erwirbt. Diese Unterscheidung könnte bedeutsam sein, weil die einschlägigen Pensionsverträge von Organmitgliedern idR ein „Ruhe“ des Pensionsanspruches während des Abfertigungszeitraumes vorsehen. Es liegt dann in Wahrheit bis zur Beendigung des Abfertigungszeitraumes eine **aufschiebende befristete** Forderung vor. ME ist hier aber eine Gleichbehandlung mit den nach dem IESG nicht gesicherten aufschiebend **bedingten** Forderungen (anders § 16 AO und § 16 KO) nicht geboten, sondern der Ruhegenußanspruch dogmatisch wie eine Abfertigung zu behandeln, welche in Entsprechung der Fälligkeitsregel des § 23 Abs 4 AngG in Teilbeträgen ausgezahlt wird. Es handelt sich nicht um eine bloße Pensionsanwartschaft. Dies bedeutet, daß für den Fall, daß das Organmitglied vor dem Stichtag iSd IESG in den Ruhestand tritt und sämtliche Voraussetzungen für den Anspruch (Anfallsalter, Mindestdienstdauer) erfüllt hat, die Auszahlung aber wegen Bezuges einer Abfertigung erst nach dem Stichtag beginnt, Anspruch auf eine Abschlagszahlung gemäß § 3 Abs 5 IESG besteht. Konsequenterweise muß dann freilich auch jenes Organmitglied, welches die obigen Voraussetzungen innerhalb der ersten drei Monate nach dem Stichtag erfüllt, Anspruch auf insolvenzentgeltsicherungsrechtliche Berücksichtigung der für die bis zum Ablauf der Dreimonatsfrist hypothetisch fälligen Ruhegenußzahlungen haben. Derartige lediglich durch Verstreichen des Abfertigungszeitraumes in ihrer Fälligkeit gehemmte Ansprüche müssen als „betagte Forderungen“ angesehen werden, welche gemäß § 3 Abs 4 vorletzter Satz IESG als fällig gelten (vgl Schwarz-Holler-Holzer² aaO 145).

¹³⁾ VwSlg 11.602 A = ZVb 1985/4/1497; ebenso Holzer in Runggaldier-Steindl aaO 305f; Schwarz-Holler-Holzer² aaO 65; Schiemer, AktG² Anm 3.2. § 78.

¹⁴⁾ EB RV 446 BgNR XV. GP 5.

¹⁵⁾ VfGH 28.2.1984, B 408/82 ua.

¹⁶⁾ So auch der VfGH ebenda.

¹⁷⁾ Vgl zB §§ 28-31 KO.

¹⁸⁾ VwSlg 11.602 A.

¹⁹⁾ Vgl § 1 Abs 3 Z 3 IESG, welcher Ansprüche auf Kündigungsschädigung sichert.

²⁰⁾ So wäre ME etwa einem in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehenden AN, welchem Vordienstzeiten aus einem dem § 1 Abs 6 Z 1 IESG unterliegenden Dienstverhältnis angerechnet wurden, der Abfertigungsanspruch bei Insolvenz seines jetzigen Dienstgebers nicht aliquot zu kürzen.

Unternehmensplanung und der oft erst spät einsetzenden Folgen strategischer Fehlentscheidungen nicht zu kurz bemessen sein. Zwei Jahre könnten mE nur als absolute Untergrenze in Betracht kommen²¹⁾.

Die rigorose Ansicht des VwGH wäre nach alledem nur dann sachgerecht, wenn der Nachweis gelänge, daß der Normzweck des § 1 Abs 6 Z 2 IESG nicht bloß dahingeht, den für die Insolvenz zumindest potentiell Verantwortlichen eine gerade aufgrund dieser Insolvenz entrichtende finanzielle Absicherung zu verwehren, sondern daß die Regelung auch sicherstellen soll, daß aus der Organstellung gezogene und in Ausnutzung der Organstellung verschaffte (Sonder-)Vorteile im Insolvenzfall **schlechthin** – dh gleich wann dieser eintritt – wieder verlorengehen.

Tatsache ist, daß dienstvertragliche Begünstigungen, die einem Mitarbeiter während seiner Organmitgliedschaft eingeräumt werden, auch ohne Vorliegen eines konkreten Mißbrauchstatbestandes zeitlich weit **über die Beendigung der Organtätigkeit** hinaus **fortwirken** können. Ein – wenn auch uU nur kurz als solches tätiges – Vorstandsmitglied, das im Zusammenhang mit der Übernahme seines Mandates eine lukrative Pensionszusage erhalten hat, zieht aus dieser auch noch – wie im obigen Bsp – siebzehn Jahre nach seiner Pensionierung Vorteile, die ein gewöhnlicher AN nicht hat und die grundsätzl eine unterschiedliche Behandlung im Falle der Insolvenz rechtfertigen **könnten**²²⁾.

Daß Organmitglieder üblicherweise **wirtschaftlich** deutlich besser gestellt sind als (sonstige) AN und gegenüber der Gesellschaft regelmäßig mit mehr Verhandlungsmacht auftreten als diese, kann allerdings für eine Beantwortung der Frage nach dem telos des § 1 Abs 6 Z 2 IESG schon deshalb nicht ins Treffen geführt werden, weil auch **innerhalb** des Kreises der vom IESG unzweifelhaft erfaßten AN die wirtschaftliche Lage und Verhandlungsposition gegenüber dem Arbeitgeber eine ganz unterschiedlich starke sein kann.

Nur wenn es so wäre, daß die Stellung als Organmitglied einer jur Person eine – „normalen“ AN nicht zukommende

– **rechtliche** Einflußmöglichkeit auf den **eigenen** Dienst-(Anstellungs-)Vertrag und damit auf die Gestaltung der in diesem geregelten finanziellen Ansprüche verschafft, könnte man § 1 Abs 6 Z 2 IESG uU auch als für Zeiten wirtschaftlichen Niederganges des Unternehmens geschaffenen Ausgleich für ein solches Privileg ansehen. Genau dies ist aber nicht der Fall.

Den Dienst-(Anstellungs-)Vertrag von Mitgliedern des Vertretungsorgans schließen diese mit einem von ihnen völlig **unabhängigen**, ja gerade zu ihrer Überwachung eingesetzten oder zumindest dafür mit zuständigen anderen Organ der Gesellschaft ab²³⁾, welches dabei die Interessen der Gesellschaft zu wahren und deren finanzielle Lage angemessen zu berücksichtigen hat²⁴⁾.

Ist das Organmitglied gleichzeitig Mehrheitsgesellschafter oder zumindest erheblich an der Gesellschaft beteiligt, dann besteht freilich eine rechtliche Einflußmöglichkeit auf die Gestaltung des Anstellungsvertrages,²⁵⁾ doch ist ein derartiges Organmitglied nicht bloß kein AN, sondern vielmehr auch nicht arbeitnehmerähnlich,²⁶⁾ sodaß die Anwendung des IESG generell ausscheidet und die Ausnahmebestimmung des § 1 Abs 6 Z 2 IESG gar nicht erst zum Tragen kommt²⁷⁾.

Aus zwei Gründen kommt mE dem Umstand keine entscheidende Bedeutung zu, daß gemäß § 12 Abs 1 Z 5 letzter Satz IESG während der Organmitgliedschaft vom Arbeitgeber kein Zuschlag zum Arbeitgeberanteil in der Arbeitslosenversicherung zu zahlen ist²⁸⁾. Erstens ist das Versicherungsprinzip im IESG – wie in allen Sozialversicherungsgesetzen – stark gelockert, Beiträge und Leistungen stehen einander nicht äquivalent gegenüber. Dies zeigt sich am deutlichsten an § 2 Z 3 IESG, wonach auch arbeitnehmerähnliche Personen, für welche gar keine Beiträge gezahlt werden **können**, Anspruch auf Insolvenzausfallgeld besitzen. Zweitens wurde sich der Gesetzgeber – wie gezeigt – über die ratio des § 1 Abs 6 Z 2 IESG sowie die Vielzahl einschlägiger Fallkonstellationen in keiner Weise klar, sondern fügte der scheinbar eindeutigen Vor-

²¹⁾ Eine derartige Frist sieht etwa § 28 Z 2 KO für die „einfache“ Absichtsanfechtung vor. Bei der Nutzbarmachung von Überlegungen aus dem Anfechtungsrecht ist allerdings Vorsicht geboten, weil die Frist in dem noch am ehesten vergleichbaren Anfechtungstatbestand, § 30 Abs 1 Z 1 KO, mit max 60 Tagen vor der Konkurseröffnung viel zu kurz ist. Vgl außerdem § 1 Abs 3 IESG, va Z 2 lit b, welcher eine 90-Tage-Frist vorsieht und keinerlei subjektive Voraussetzungen enthält.

²²⁾ Für Vorstandsmitglieder einer AG, auf deren Anstellungsverträge § 25 KO mangels AN-Eigenschaft nicht anwendbar ist, sieht § 78 Abs 2 AktG in einer Hinsicht sogar eine deutliche Besserstellung gegenüber AN vor, weil die genannte Vorschrift für den Fall der Lösung des Vertrages durch den Masseverwalter dem Vorstandsmitglied einen Schadenersatzanspruch bis zur Höhe des zweifachen Jahresentgeltes einräumt, der freilich im Insolvenzfall nicht allzuviel wert ist. Die Auffassung von *Schiemer* (AktG² Anm 3.1. § 78, Anm 5.3. § 203 und allg Anm 4.3. § 75), wonach der Anstellungsvertrag sich mit dem durch die Konkurseröffnung (angeblich) verbundenen Amtsverlust von selbst erledigt und daher keiner Auflösung durch den MV gemäß § 78 Abs 2 AktG bedürfe, findet – abgesehen davon, daß sie die genannte Bestimmung jeglichen praktischen Anwendungsbereichs beraubt – im G nicht die geringste Stütze und geht bereits von einer sehr zweifelhaften Prämisse, dem konkursbedingten Amtsverlust, aus. Selbst bei Zutreffen dieser Prämisse verkennt *Schiemer* aber das Verhältnis von Bestellung und Anstellung, wenn er meint (AktG² Anm 4.3. § 75), es könne keinen über den – aus welchem Grunde immer erfolgten (!) – Amtsverlust hinaus bestehenden Anstellungsvertrag geben.

²³⁾ Bei der GmbH ist dies grundsätzl die gegenüber dem Geschäftsführer weisungsbefugte (§ 20 Abs 1 GmbHG) Generalversammlung, bei der AG gemäß § 75 Abs 1 letzter Satz AktG der Aufsichtsrat (ob bei der GmbH die Zuständigkeit zum Abschluß des Anstellungsvertrages auch einem allfälligen Aufsichtsrat übertragen werden kann, ist strittig; dafür *Hämmerle-Wünsch*² II 410; *Geppert*, GesRZ 1984, 84ff (88ff); dagegen *Kasner*, Aufsätze 435f, 450; *Gellis*, GmbHG¹ Anm 10 § 15; *Stölzle*, GesRZ 1978, 103; eine Mittelposition nehmen *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 103; *Torggler*, GesRZ 1974, 8 und *Peter Doralt* in *Kasner-Stoll*, GmbH & Co KG² 258 FN 77 (anders aber offenbar noch *Doralt*, JBl 1977, 113) ein, welche zumindest die Möglichkeit einer Bevollmächtigung des AR bejahen).

²⁴⁾ So deutlich § 78 Abs 1 AktG, welcher von der hA (vgl *Kasner*, Gesellschaftsrecht⁴ 182; *Schiemer*, AktG² Anm 2.2. § 78), die sich zwar vordergründig auf die Mat zum AktG 1965 (EB RV 301 BlgNR X, GP 69) stützen kann, aber mE dennoch überprüfungsbedürftig ist, rein statisch und nicht dynamisch interpretiert und damit seiner Funktion zum Großteil beraubt wird.

²⁵⁾ Bei der GmbH wird im „Normalfall“, dh bei Zuständigkeit der Generalversammlung, diese Möglichkeit durch ein entsprechendes Stimmverhalten des Gesellschafter-GF wahrgenommen; bei der AG ergibt sie sich – etwas indirekter – aus der in § 87 Abs 3 AktG verankerten Abberufbarkeit der AR-Mitglieder durch die Hauptversammlung.

²⁶⁾ So jüngst zutreffend VwGH 18. 2. 1988 87/09/0267.

²⁷⁾ Vgl FN 41.

²⁸⁾ Der VwGH erwähnt im Erk VwSlg 11.602 A diesen Umstand auch eher beiläufig.

schrift des § 1 Abs 6 Z 2 IESG die damit scheinbar logisch korrespondierende Ausnahme von der Beitragspflicht in § 12 Abs 1 Z 5 letzter Satz IESG bei.

In Wahrheit gibt es nur die beiden Alternativen: Einbeziehung in die oder Ausnahme von der Beitragspflicht. Der iSd hier vertretenen Ansicht verstandene Sinn und Zweck des § 1 Abs 6 Z 2 IESG und die – unten näher geschilderten – möglichen Fallgestaltungen hätten rein rechtstechnisch durch einen „Mittelweg“ gar nicht berücksichtigt werden können.

Als Fazit kann daher festgehalten werden, daß dem VwGH zwar darin zu folgen ist, daß der Wortlaut des § 1 Abs 6 Z 2 IESG, der von „Mitgliedern des Organs ...“ spricht, es nicht ausschließt, daß darunter grundsätzlich auch **ehemalige** Mitglieder zu verstehen sind, daß aber Sinn und Zweck der Vorschrift es gebieten, deren Anwendungsbereich auf solche ehemaligen Organmitglieder zu beschränken, welche – **betriebswirtschaftlich** (nicht juristisch!) betrachtet – zumindest eine nicht vernachlässigbare **Mitverantwortung für die Insolvenz** trifft.

Ist dies nicht der Fall, dann sind mE auch **Ansprüche** gesichert, welche eine **Gegenleistung für die Organtätigkeit** bilden.

Wie lange das Organmitglied im Zeitpunkt der Insolvenz bereits im Ruhestand befindlich sein muß, um einer Sicherung seiner Pensionsansprüche nach Maßgabe des IESG teilhaft zu werden, kann nicht generell und schematisch beantwortet werden: von großer Bedeutung ist dabei sicher das **letzte**, vom aktiven Organmitglied zu vertretende **Unternehmensergebnis**.

2.2. Berechnung

Damit sind freilich die Probleme noch keineswegs ausgeräumt.

Die vom VwGH vorgegebene Methode, alle jene Anspruchsteile auszuschneiden, welche eine Abgeltung der Organtätigkeit bilden, stößt in Anbetracht der in der Praxis herrschenden Vertragsgestaltungen nämlich auf Schwierigkeiten. Daß Betriebspensionen **Entgelt für** (idR langjährige) **Arbeitsleistung** sind, somit weder unentgeltlichen Charakter besitzen noch ihren Rechtsgrund vor allem in der Beendigung des Arbeitsverhältnisses haben, ist heute allg anerkannt²⁹⁾. Die Zuordnung zu konkreten Arbeitsperioden kann aber schwerfallen. In der Mehrzahl der Fälle – vor allem bei mittelgroßen Unternehmen – sind es nämlich **ausschließlich** die Mitglieder des Vertretungsorgans, welche eine (einzelvertragliche) Pensionszusage erhalten. Damit erhebt sich zunächst die Frage, ob bzw wie eine Aliquotierung in jenen Fällen erfolgen soll, in denen ein langjähriger AN zum Organmitglied bestellt wurde und **nur deshalb** eine Pensionszusage bekam³⁰⁾. Nicht gerade ver-

einfach wird das Problem dadurch, daß in den meisten Verträgen eine ausdrückliche Bezugnahme auf die Anrechnung von Vordienstzeiten unterbleibt³¹⁾. Organmitglieder mit Vordienstzeiten beginnen idR ganz einfach mit einem höheren Grundbetrag als solche, die von einem anderen Unternehmen kommen³²⁾. ME ist aber auch bei derartigen Fallkonstellationen eine Aliquotierung geboten. Daß die Pensionszusage ohne Organmitgliedschaft nicht erteilt worden wäre, schließt es nicht aus, daß die letztlich gewährten Leistungen **auch** als Entgelt für Angestelltenvordienstzeiten zu qualifizieren sind.

Die Herausrechnung mag Schwierigkeiten bereiten; unmöglich ist sie nicht. Der sachgerechteste Weg ist wohl der, die im Pensionsvertrag für die einzelnen Dienstjahre als Organmitglied genannten Steigerungsbeträge (zB 2% des letzten Gehaltes³³⁾) auch für die „Bewertung“ der davor liegenden Angestelltendienstjahre heranzuziehen.

Denkbar wäre auch, den im Vertrag verankerten, dh bei Bestellung zum Organmitglied maßgeblichen Grundbetrag durch die Anzahl der Vordienstjahre zu dividieren, doch würde dies häufig zu dem von den Vertragspartnern sicher nicht beabsichtigten Ergebnis führen, daß die Vordienstjahre **höher** als die Jahre der Organmitgliedschaft bewertet werden³⁴⁾. Liegen keine Vordienstzeiten vor und ist der Grundbetrag im Pensionsvertrag dennoch so bemessen, als lägen derartige Zeiten vor, dann wäre grundsätzlich zu prüfen, ob die Vertragsparteien nicht Vordienstzeiten in einem **anderen** Unternehmen (zB Branchenvordienstzeiten) berücksichtigen wollten.

Dabei handelt es sich dann aber mE nicht um Vorteile aus einem unter das IESG fallenden Rechtsverhältnis, sondern ganz klar um **Gegenleistungen für die Tätigkeit als Organmitglied**³⁵⁾, weshalb eine insolvenzentgeltsicherungsrechtliche Berücksichtigung **nicht** in Betracht kommt. Dasselbe gilt für den Fall, daß sowohl Vordienstzeiten aus dem insolvent gewordenen Unternehmen als auch andere Vordienstzeiten angerechnet wurden, sofern die Anrechnung (szusage) erst im Zusammenhang mit der Bestellung bzw Anstellung als Organmitglied erfolgte. Wurde die Anrechnungszusage schon im Zusammenhang mit der Begründung oder Änderung eines Arbeitsverhältnisses ohne Organmitgliedschaft und nicht in Erwartung einer solchen gemacht, dann ist hingegen der daraus resultierende Teil der Betriebspension nach Maßgabe des § 3 Abs 5 IESG gesichert, wobei es grundsätzlich nicht darauf ankommt, ob es sich um Vordienstjahre beim selben oder bei einem anderen Arbeitgeber handelt.

Schließlich ist zur **Bemessungsgrundlage** etwas zu sagen. Die Bestellung eines im Unternehmen bereits tätigen Angestellten zum Mitglied des gesetzlichen Vertretungsorgans ist idR mit einer sehr **deutlichen Anhebung der**

²⁹⁾ Vgl Schwarz-Holler-Holzer² aaO 88, 145f, 451f, 509f; Schwarz-Holzer, die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre künftige Gestaltung 114f; Holzer in Runggaldier-Steindl aaO 299f; Krejci in Rummel, ABGB II Rdz 16 § 1152; Petrovic, ZAS 1987 19f; Petrovic, Betriebspension und Treuepflicht, in Runggaldier-Steindl aaO 318f; OGH Arb 7655 = SZ 35/109 = EvBl 1963/154 = JBl 1964, 48; SZ 43/206; Arb 9900 = JBl 1981, 552 = ZAS 1981, 138; öRdA 1983, 169; Arb 10.434 = ZAS 1987, 16ff mit Anm Petrovic.

³⁰⁾ Der VwGH (VwSlg 11.602 A) verlangt als Voraussetzung für die Zuerkennung von Insolvenz-Ausfallgeld, daß der Pensionsanspruch seinen Rechtsgrund in einer **im unmittelbaren Zusammenhang** mit dem (ehemaligen) Arbeitsverhältnis stehenden Pensionsvereinbarung hat.

³¹⁾ Vgl dazu das Vertragsmuster in Runggaldier-Steindl aaO 429ff (430). Besonders augenfällig ist dies dann, wenn dem Organmitglied, welches davor längere Zeit als AN im Unternehmen tätig war, bei seinem Ausscheiden **ohne vorherige Zusage** eine Betriebspension in einer bestimmten Höhe **zuerkannt** wird.

³²⁾ Vgl Runggaldier-Steindl aaO 430 FN 7.

³³⁾ Vgl Runggaldier-Steindl aaO 430.

³⁴⁾ Bsp: Grundbetrag von 40%, Steigerungsbetrag von 2% für jedes Dienstjahr als Organmitglied, 10 Vordienstjahre; jedes Vordienstjahr wäre bei dieser Methode mit 4%, dh doppelt so hoch wie die Folgejahre als Organmitglied, zu bewerten.

³⁵⁾ Besonders evident ist dies dann, wenn die „externen“ Vordienstzeiten (ganz oder teilweise) wiederum aus einer Tätigkeit als Organmitglied stammen.

Bezüge verbunden. Plötzliche Gehaltssteigerungen um 100% sind in der Praxis keine Seltenheit, zumindest 30% jedenfalls üblich.

Das durch die Rsp des VwGH vorgegebene und, wie oben ausgeführt, im Grundsatz zu billigende „Aliquotierungsprinzip“ führt nun dazu, daß der auf der Grundlage des letzten Aktivbezuges als Organmitglied gezahlte Ruhegehalt **nicht** als Berechnungsbasis für das zu gewänrende (aliquote) Insolvenz-Ausfallgeld herhalten kann, sondern vielmehr eine „Wertberichtigung“ in der Form geboten ist, daß jene Bezusteile, welche allein in der Organtätigkeit wurzeln und als **dafür** erbrachte Gegenleistung aufzufassen sind, weggerechnet werden müssen. Freilich ist nicht der letzte Angestelltenaktivbezug als solcher heranzuziehen, sondern muß vielmehr eine **Aufwertung** entsprechend der **im Unternehmen üblichen Gehaltssteigerungen** für die zuletzt als Angestellter ausgeübte Tätigkeit erfolgen. Dem letzten Aktivbezug als Organmitglied ist daher der (niedrigere) **hypothetische letzte Aktivbezug** als „normaler“ Angestellter gegenüberzustellen. Die im Pensionsvertrag in aller Regel vorgesehenen Aufwertungsklauseln hinsichtlich der ausgezahlten Pension bleiben davon unberührt und müssen natürlich angewendet werden.

ME haben die dargestellten Überlegungen grundsätzlich auch dann zu gelten, wenn ein zuerst als Angestellter Tätiger nach Beendigung seiner Organmitgliedschaft und vor der Pensionierung noch einige Zeit unter Aufrechterhaltung seines Organmitglied-Pensionsvertrages und seiner letzten Bezüge als Organmitglied im Unternehmen als Konsulent usw tätig wird³⁶⁾. Gleichzubehalten ist mE auch jene Fallkonstellation, in der Vordienstzeiten überhaupt fehlen – wobei dann allerdings die Frage nach der Ermittlung des hypothetischen Angestelltenbezuges aktuell wird – sowie der Fall, daß in dem nach Beendigung der Organmitgliedschaft geschlossenen Dienstvertrag (Konsulentenvertrag)³⁶⁾ zwar ein deutlich geringeres Entgelt festgelegt, aber gleichzeitig vereinbart wird, daß der Pensionsanspruch auf Basis des letzten Bezuges als Organmitglied errechnet ist. In diesem letzten Fall stellt die pensionswirksame Differenz zwischen den Bezügen eindeutig eine **Gegenleistung für die Organtätigkeit** dar und nicht Entgelt für die nachgeschaltete Konsulententätigkeit. Zudem wäre die Möglichkeit der Umgehung des § 1 Abs 6 Z 2 IESG gar zu einfach, verträte man die gegenteilige Auffassung.

3. Abfertigung

Neben dem betrieblichen Ruhegeld bereitet vor allem die Abfertigung hinsichtlich der insolvenzentgeltsicherungsrechtlichen Behandlung Schwierigkeiten, weil auch sie Entgelt für langjährige Dienstleistung ist, sodaß nach dem oben Gesagten grundsätzlich eine Aliquotierung zu erfolgen hat. Immerhin stellt sich das oben (2.1.) behandelte Problem der „Ehemaligkeit“ hier nicht: dh eine volle Sicherung des Anspruches kommt nicht in Betracht.

Der VwGH übertrug, wie gesagt, die anhand der Betriebspension entwickelten Grundsätze auch auf die Abfertigung und sprach aus, daß dann, wenn ein Angestellter nur während eines Teilzeitraumes seines Angestelltenverhältnisses Organmitglied seines Arbeitgebers war, der

Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld nicht schlechthin verneint werden könne, sondern vielmehr eine **entsprechende Kürzung** in Betracht komme³⁷⁾.

Nähere Anhaltspunkte für die konkrete Durchführung der „entsprechenden Kürzung“ vermißt man allerdings in den einschlägigen E weitgehend. Offenbar hielt der VwGH diese Frage für eindeutig beantwortet und daher nicht weiter klärungsbedürftig; daß dem nicht so ist, zeigt die Verwaltungspraxis und soll an einem Bsp erläutert werden.

Das LArb Wien³⁸⁾ befand jüngst in einer E, daß eine AN, welche zuerst etwa eineinhalb Jahre GF ihres Arbeitgebers und danach rund zweieinhalb Jahre normale Angestellte gewesen war, keinen Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld für Abfertigung habe, weil gemäß § 23 Abs 1 AngG ein Abfertigungsanspruch erst mit ununterbrochener dreijähriger Dauer des Dienstverhältnisses entstünde und diese Voraussetzung auf die „im gegenständlichen Fall maßgeblichen Zeiten“ nicht zutreffe.

Diese – wie zu zeigen sein wird, verfehlt – Argumentation – offenbart ein grundsätzliches Problem bei der Berechnung des aliquoten Anspruches: soll zuerst der gesetzliche oder arbeitsvertragliche Anspruch ermittelt und dieser dann (betragsmäßig) so gekürzt werden, wie es dem Verhältnis zwischen gesamter Dauer des Dienstverhältnisses (inkl Organmitgliedschaft) und Dauer der „gewöhnlichen“ Angestelltentätigkeit zueinander entspricht oder sollen zuerst die Dienstzeiten ohne Organmitgliedschaft zusammengerechnet und daraus der gebührende Abfertigungsanspruch gemäß den Regeln des § 23 Abs 1 AngG errechnet werden?

Die erzielten Ergebnisse weichen nicht bloß in einem Fall wie dem oben geschilderten, dh bei Vorliegen einer für sich allein nicht „abfertigungswürdigen“ Angestellten-dienstzeit, voneinander ab, sondern immer dann, wenn nicht zufällig die beiden Zeiträume in einem solchen Verhältnis zueinander stehen, daß die Methode der Zusammenrechnung und folgenden Aliquotierung zum selben Resultat führt wie die separate Berechnung für beide Zeiträume entsprechend § 23 Abs 1 AngG.

ME ist grundsätzlich der ersteren Variante klar der Vorzug zu geben, weil nur sie mit dem System des IESG und der ratio des § 1 Abs 6 Z 2 IESG in Einklang zu bringen ist und weil die andere – von einem Teil der Verwaltungspraxis offenbar vertretene – Auffassung teilweise sinnwidrige und völlig unbillige Ergebnisse liefert. So wird ein dreijähriges Dienstverhältnis abfertigungsrechtlich gänzlich „wertlos“, wenn der Betroffene auch nur einen Monat lang die Stellung eines Organmitgliedes hatte. Der oben geschilderte Fall kann allerdings genauso gut als Bsp für die solcherart produzierten Wertungswidersprüche herhalten. Die Organmitgliedschaft übernimmt dann nämlich eine **pönalisierende Funktion** und macht uU einen **arbeitsrechtlich** ohne Zweifel bereits **entstandenen** Anspruch insolvenzentgeltsicherungsrechtlich wieder zunichte. Daß die vom LArbAmt Wien vertretene Ansicht nicht haltbar ist, ergibt sich aber auch aus dem IESG selbst^{38a)}. Dieses sichert gemäß seinem § 1 Abs 2 „aufrechte, nicht verjährte

³⁷⁾ VwGH 20. 3. 1985 ZfVB 1985/6/2252; 10. 5. 1985 ZfVB 1986/1/198; 20. 11. 1985 84/11/0214; 23. 1. 1987 ZfVB 1987/5/2151.

³⁸⁾ B v 16. 8. 1988 IV c/7022/7400 B.

^{38a)} Mittlerweile reagierte das LArbAmt auf die gegen den B eingebrachte VwGH-Beschwerde durch Aufhebung des B gemäß § 68 Abs 2 AVG und Erlassung eines den Beschwerdeführer klaglos stellenden und seiner Rechtsansicht voll Rechnung tragenden neuen B.

³⁶⁾ Sofern ein derartiges Rechtsverhältnis nicht zumindest Arbeitnehmerähnlichkeit iSd § 2 Z 3 IESG begründet, ergeben sich ohnehin keine Sonderprobleme, weil dann eine Berücksichtigung der auf diese Zeit entfallenden Anspruchsteile ausscheidet.

und nicht ausgeschlossene **Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis**³⁹⁾, welche in § 1 Abs 2 Z 1-4 IESG näher spezifiziert werden³⁹⁾.

Bei der Prüfung der Frage, ob ein **gesicherter** Anspruch vorliegt, muß daher zunächst untersucht werden, ob überhaupt ein solcher Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis vorliegt; erst dann und im behauptendenfalls zu prüfen, ob dieser Anspruch die Voraussetzungen des § 1 Abs 2 Z 1-4 IESG erfüllt. Daran, daß dies auch für die Ermittlung gesicherter Ansprüche von „Teilzeit-Organmitgliedern“ gelten muß, kann mE der Umstand nichts ändern, daß § 1 Abs 6 Z 2 IESG, welcher als **persönliche Bereichsausnahme** konstruiert ist, den Anschein einer realiter durchzuführenden Trennbarkeit der Ansprüche in (ausgeschlossene) Organmitgliederansprüche und (grundsätzlich gesicherte) sonstige AN-Ansprüche erweckt. In Wahrheit gibt es bei der Abfertigung – ein ununterbrochenes Dienstverhältnis vorausgesetzt – genauso wie beim betrieblichen Ruhegeld nur **einen** privatrechtlichen Anspruch, den es allenfalls zu **kürzen** gilt⁴⁰⁾. Die Herauslösung eines separaten Anspruches für die als Organmitglied zurückgelegten Dienstzeiten und Trennung von einem für die restlichen Zeiten erworbenen (oder nicht erworbenen!) Anspruch ist mE willkürlich und rechtsdogmatisch verfehlt⁴¹⁾.

Das eben beschriebene Berechnungsprinzip hat allerdings auch seine Grenzen. Eine Aliquotierung ist mE jedenfalls dann nicht angebracht, wenn das Organmitglied bereits als normaler Angestellter den nach § 23 Abs 1 AngG erzielbaren **Höchstanspruch** (zwölf Monatsentgelte nach 25 Dienstjahren) erworben oder zumindest Anwartschaften in diesem Ausmaß angesammelt hat⁴²⁾. Hier hat

³⁹⁾ Vgl. dazu *Schwarz-Holler-Holzer*², aaO 73ff.

⁴⁰⁾ Oder einem gemäß § 2 IESG gleichgestellten Rechtsverhältnis.

⁴¹⁾ In einer E v 11.3.1988 ZfVB 1988/6/2211, vertritt der VwGH explizit diese Auffassung.

⁴²⁾ Die vorstehenden Ausführungen verstehen sich auf der Grundlage der Annahme der Arbeitnehmereigenschaft oder zumindest Arbeitnehmerähnlichkeit (§ 2 Z 3 IESG) des Organmitgliedes. Zu fragen wäre, ob eine derartige Trennung dann gerechtfertigt ist, wenn das Organmitglied weder AN noch arbeitnehmerähnliche Person ist. Beim Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft wird die AN-Eigenschaft von der Rsp (vgl. SZ 48/79 = EvBl 1976/66 = Arb 9371) seit einiger Zeit generell verneint, aber auch beim Geschäftsführer einer GmbH kann das Gegenteil nicht generell angenommen werden, sondern kommt es vielmehr auf die Umstände des Einzelfalles an (vgl. VwGH 20.5.1980 Arb 9876). Organmitglieder, welche gleichzeitig auch Mehrheitsgesellschafter des von ihnen vertretenen Unternehmens sind, können jedenfalls weder AN noch arbeitnehmerähnlich sein; bei Fremdorganmitgliedern ist die Frage aber ungleich schwieriger zu beantworten. Sie wurde in Ö bislang praktisch nicht diskutiert – eine Erörterung muß an dieser Stelle auch unterbleiben. Grundsätzlich ist mE aber davon auszugehen, daß bei Verneinung auch der Arbeitnehmerähnlichkeit (§ 2 Z 3 IESG) des Organmitgliedes die Ausnahmebestimmung des § 1 Abs 6 Z 2 IESG gar nicht zum Tragen kommt, weil es bereits am Vorhandensein eines iWS „arbeitsrechtlichen“ Anspruches iSd § 1 Abs 2 iVm § 2 IESG fehlt, sodaß eine völlig separate Berechnung wohl geboten wäre.

⁴³⁾ Dies gilt mE unabhängig davon, ob man der ersten oder der zweiten Ansicht folgt, sodaß die einschlägige Diskussion der näher eingegangen werden braucht (vgl. dazu einerseits *Jabornegg-Strasser*, Die bewertungsrechtliche Behandlung von Abfertigungsansprüchen aus zivilrechtlicher und arbeitsrechtlicher Sicht, ÖStZ 1984, 114; andererseits *Migsch*, Abfertigung für Arbeiter und Angestellte 82ff; *Martinek-Schwarz*, Abfertigung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses 314, 317).

der „synallagmatische Einschlag“ der Abfertigung den Ausschlag zu geben, weil nicht einzusehen ist, warum einem AN, welcher durch seine Betriebstreue bereits den Höchstanspruch „verdient“ hat, durch die bloße Bestellung zum Organmitglied und anschließende Tätigkeit als solches im Fall der Insolvenz der Abfertigungsanspruch gekürzt werden soll. Dies wäre durch den Normzweck des § 1 Abs 6 Z 2 IESG keinesfalls gerechtfertigt.

Entsprechend dem oben (2.2.) Gesagten muß sich das Organmitglied freilich auch in einem solchen Fall eine Kürzung seines dienstvertraglichen Anspruches gefallen lassen, weil dem Insolvenz-Ausfallgeld ein im obigen Sinne „**bereinigter**“ (dh abgewerteter) **Monatsbezug** zugrunde zu legen ist. Wenn eine insgesamt mindestens fünfundzwanzigjährige AN-Tätigkeit (ohne Organtätigkeit) von Zeiten der Mitgliedschaft im Vertretungsorgan **unterbrochen** wird, dann hat mE aber wohl eine Aliquotierung zu erfolgen, weil eine Zusammenfassung der nicht dem § 1 Abs 6 Z 2 IESG unterliegenden Dienstzeiten wiederum künstliche, gar nicht existierende Anwartschaften bzw Ansprüche schaffen würde.

Hat man das vorhin Gesagte vor Augen, dann liegt es nahe, dem Prinzip der Sicherung erworbener Anwartschaften auch in jenen Fällen Vorrang vor dem Aliquotierungsprinzip einzuräumen, in denen zwar noch nicht der Maximalanspruch verdient, wohl aber ein nach § 23 Abs 1 AngG relevanter „Sprung“ verwirklicht wurde.

Hat also zB ein Angestellter insgesamt neun Jahre im Unternehmen gearbeitet, davon die letzten zwei als Geschäftsführer, so wurde die Anwartschaft auf drei Monatsentgelte Abfertigung bereits vor der Bestellung zum Organmitglied erworben; die darauf folgenden Dienstzeiten waren – ex post gesehen – abfertigungsrechtlich „unnötig“, weshalb mE eine Aliquotierung im Verhältnis 7/9 zu 2/9 nicht sachgerecht erscheint, wenngleich nicht übersehen werden darf, daß die Jahre der Organtätigkeit durch die Abfertigung **arbeitsvertraglich** natürlich mit **abgegolten** wären (sie leisten aber keinen abfertigungserhöhenden Betrag)⁴³⁾. Wenn Zeiten der Organmitgliedschaft mit sonstigen Dienstnehmerzeiten abwechseln, scheidet diese Vorgangsweise aber idR, sodaß nur die Aliquotierung bleibt.

Was die Verwertung von **Vordienstzeitenanrechnungen** anbelangt, gilt grundsätzlich das oben (2.2.) Gesagte. Dies bedeutet, daß derartige Zusagen, sofern sie im Zusammenhang mit der Bestellung bzw Anstellung als Organmitglied gemacht werden, regelmäßig der Vorschrift des § 1 Abs 6 Z 2 IESG „zum Opfer fallen“, weil es sich um **Vorteile für die Organtätigkeit** handelt⁴⁴⁾. Davon ist mE aber jedenfalls dann eine Ausnahme zu machen, wenn **im Zusammenhang mit der Anstellung als Organmitglied** die Berücksichtigung von – gesetzlich nicht zu berücksichtigenden, weil zB nicht unmittelbar zurückliegenden – Dienstzeiten beim **selben Arbeitgeber** zugesagt wird,⁴⁵⁾ welche damals – zB

⁴³⁾ Wenn ein AN ohne Organtätigkeit eine bestimmte „Stufe“ des § 23 Abs 1 AngG erreicht hat und mittels Organtätigkeit (und eines „Restes“ seiner sonstigen Dienstzeit) die nächste Stufe erreicht, dann hat mE grundsätzlich die Aliquotierung zu erfolgen, wobei aber der bereits ohne Organtätigkeit erworbene Anspruch (Anwartschaft) die **Untergrenze** bilden sollte.

⁴⁴⁾ Dies gilt selbstverständlich dann nicht, wenn die Anrechnungszusage zwar im Organmitglied-Anstellungsvertrag erfolgte, aber lediglich **nicht abgefertigte** Vordienstzeiten beim selben Arbeitgeber betrifft (VwGH 11.3.1988, ZfVB 1988/6/2211).

⁴⁵⁾ So offenbar auch VwGH 20.3.1985 ZfVB 1985/6/2252.

weil es sich um Arbeiterdienstzeiten handelte – nicht abzufertigen waren. In diesem Fall wird zwar die Zusage erst im Zusammenhang mit der (späteren) Tätigkeit als Organmitglied gemacht und wäre ohne Bestellung zum Organmitglied mit großer Sicherheit überhaupt unterblieben.⁴³⁾ doch wird durch die Zusage – **inhaltlich** betrachtet – die durch eine nicht dem nach IESG ausgeschlossenen Personenkreis angehörende Person für **denselben Arbeitgeber erbrachte Dienstleistung** abgegolten, sodaß die sich aus der Zusage ergebende Erhöhung des Abfertigungsanspruches **nicht** als Gegenleistung für eine Organtätigkeit angesehen werden kann. Vom VwGH wurde bereits festgestellt, daß eine nach IESG anspruchserhöhende Anrechnung von Vordienstzeiten auch aus einer **Betriebsnachfolge** iSd § 23 Abs 3 AngG resultieren kann;⁴⁴⁾ das Höchstgericht bejahte damit die insolvenzzugelsicherungsrechtliche Anrechnungsfähigkeit von bei einem **anderen** Arbeitgeber zurückgelegten Vordienstzeiten. Sofern eine derartige – in den Fällen des § 23 Abs 3 AngG meist nur stillschweigend gemachte⁴⁵⁾ – Zusage im Zusammenhang mit der Begründung oder Änderung eines nach dem IESG zu berücksichtigenden Rechtsverhältnisses (idR Arbeitsverhältnis ohne Organmitgliedschaft) erteilt wird, ergeben sich im Anschluß an das oben Gesagte keine Probleme, weil zwar idR keine Gegenleistung für **erbrachte** Arbeitsleistungen⁴⁶⁾, wohl aber eine Leistung aus einem nach dem IESG nicht ausgeschlossenen Arbeitsverhältnis⁴⁷⁾ vorliegt.

Wie aber steht es, wenn einem Mitarbeiter, welcher sofort bei Betriebs-(Unternehmens-)übergang zum Organmitglied bestellt wird, Dienstzeiten bei einem anderen Dienstgeber gemäß § 23 Abs 3 AngG angerechnet werden?

ME ist hier eine Ausnahme von dem oben aufgestellten Grundsatz der Nichtberücksichtigung „externer“ Vordienstzeiten, deren Anrechnung erst im Zusammenhang mit der Bestellung zum Organmitglied erfolgt, geboten⁴⁸⁾. Der Gesetzgeber brachte durch die Vorschrift des § 23 Abs 3 AngG – wie der VwGH ganz zutreffend erkennt – zum Ausdruck, daß die **Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses** – wiewohl nicht ex lege angeordnet⁴⁹⁾ – von der Rechtsordnung **erwünscht** ist und die **üblicherweise eintretende Folge eines Betriebsüberganges** sein soll⁵⁰⁾. Von der sonstigen arbeitsvertraglichen Vordienstzeitenanrechnung unterscheidet sich die Anrechnung gemäß § 23 Abs 3 AngG einerseits dadurch, daß die anzurechnenden Vordienstzeiten wesensgemäß **noch nicht abgefertigt** sind und

andererseits und va dadurch, daß der Dienstnehmer angesichts der in § 23 Abs 3 AngG vorgesehenen Sanktion und aus Interesse am Arbeitsplatz⁵¹⁾ mehr oder weniger genötigt ist, die Anrechnung zu akzeptieren. Die bloße Zusage des Erwerbers, die bisherigen Konditionen beizubehalten⁵²⁾ und die Vordienstzeiten anzurechnen, stellt den Veräußerer und bisherigen Arbeitgeber von der Liquidierung des Abfertigungsanspruches frei und setzt die Abfertigung damit weiterhin den **Risiken des Verfalls** aus⁵³⁾. Es ist dann nur sachgerecht, dem Dienstnehmer zumindest ein solches Verfallsrisiko abzunehmen, welches – anders als die in § 23 Abs 7 AngG genannten Tatbestände – **vom Vorliegen eines persönlichen Vorwurfes völlig unabhängig** ist, sondern lediglich an die Tatsache der Organmitgliedschaft anknüpft.

Dogmatisch kann diese Auffassung zusätzlich damit abgesichert werden, daß in den Fällen des § 23 Abs 3 AngG der Erwerber durch die Vordienstzeitenanrechnung zumindest wirtschaftlich eine gegenüber dem AN bestehende **Leistungspflicht des Veräußerers** übernimmt, was sich regelmäßig im Kaufpreis für den Betrieb/das Unternehmen niederschlagen wird und es rechtfertigt, die künftig vom Erwerber zu zahlende Abfertigung als **Gegenleistung für die im Betrieb selbst** als AN iSd § 1 Abs 1 IESG **verbrachte Dienstzeit** zu qualifizieren⁵⁴⁾ und **nicht** als Gegenleistung oder Vorausleistung aus dem Organverhältnis. Insoweit durch die gemäß § 23 Abs 3 AngG erfolgte Zusage Vordienstzeiten angerechnet werden sollen, in denen der Betroffene ebenfalls Mitglied des Vertetungsorganes war, gelten die angestellten Überlegungen allerdings nicht: der darauf entfallende Teil der Abfertigung unterliegt § 1 Abs 6 Z 2 IESG, weil der Mitarbeiter auch beim Veräußerer dafür keinen Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld gehabt hätte.

4. Kündigungsschädigung

Zuletzt sind noch einige kurze Bemerkungen zur Sicherung des Anspruches auf Kündigungsschädigung gemäß § 29 AngG⁵⁵⁾ zu machen.

Diesbezüglich vertritt der VwGH in einer kürzlich ergangenen E⁵⁶⁾ die Auffassung, daß dann, wenn ein Organmitglied im Zeitpunkt der Beendigung seines Dienstverhältnisses nicht mehr diese Funktion bekleide, die Kündigungsschädigung in **voller Höhe** gesichert sei, selbst wenn für ihre Berechnung auch Zeiten zu berücksichtigen wären, in denen der Betroffene Organmitglied gewesen sei. Ist der Mitarbeiter hingegen im Zeitpunkt der Beendigung noch Organmitglied, dann scheidet, so der VwGH, die Sicherung auch nur eines Teiles der Kündigungsschädigung gemäß § 1 Abs 6 Z 2 IESG aus.

Begründet wird diese Ansicht damit, daß die Kündigungsschädigung gemäß § 29 AngG keine Gegenlei-

⁴³⁾ Vgl das ähnliche Problem oben 2.2.

⁴⁴⁾ VwGH 20. 3. 1985 ZfVB 1985/6/2252; 10. 5. 1985 ZfVB 1986/1/198.

⁴⁵⁾ Vgl die Judikaturübersicht bei G. Schima, ZAS 1986, 57f; OGH 16. 12. 1986, ARD 3872/19/87; OGH 20. 5. 1987, ARD 3937/22/87.

⁴⁶⁾ Nämlich dann, wenn – wie meist – die Anrechnungszusage **bei Begründung** des Arbeitsverhältnisses erfolgt.

⁴⁷⁾ Bei der obigen (FN 41) Konstellation handelt es sich um eine Gegenleistung für **zu erbringende** Arbeitsleistungen, weil der Dienstgeber durch die Anrechnungszusage zu erkennen gibt, daß ihm die (künftige) Dienstleistung des AN diesen zusätzlichen Vorteil eben wert ist.

⁴⁸⁾ Handelt es sich um eine Anrechnungszusage außerhalb des § 23 Abs 3 AngG, dann ist an dem Grundsatz mE aber jedenfalls festzuhalten.

⁴⁹⁾ Vgl demgegenüber § 613a BGB.

⁵⁰⁾ Vgl VwGH 20. 3. 1985 ZfVB 1985/6/2252.

⁵¹⁾ Dieses Interesse mag bei hochqualifizierten Mitarbeitern geringer sein, darf aber keineswegs völlig vernachlässigt werden.

⁵²⁾ Daß dies auch im Falle einer – mit der Bestellung zum Organmitglied idR verbundenen – **Besserstellung** des Mitarbeiters zu gelten hat, versteht sich von selbst.

⁵³⁾ Vgl § 23 Abs 7 AngG.

⁵⁴⁾ Vgl *Martinek-Schwarz*, Abfertigung 350; VwGH 20. 3. 1985 ZfVB 1985/6/2252.

⁵⁵⁾ Bei Vorstandsmitgliedern kommt nur eine vertragliche oder – bei Fehlen einer vertraglichen Regelung – allenfalls analoge Anwendung des § 29 AngG in Betracht.

⁵⁶⁾ VwGH 23. 2. 1988 ZfVB 1988/5/1955.

stung für die Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses, sondern eine Fortzahlung des zuletzt gebührenden Entgeltes als pauschalierter Schadenersatz während einer bestimmten Zeitspanne darstelle, welche den Zweck habe, den AN wirtschaftlich in dieser Zeit so zu stellen, wie dies bei einem ordnungsgemäßen Ablauf des Arbeitsverhältnisses der Fall gewesen wäre.

Gegen den zuletzt zitierten Satz läßt sich *per se* kaum argumentieren; er entspricht im wesentlichen der hA³⁹⁾. Nach dem bisher Gesagten ist jedoch die Meinung des VwGH – auch auf dem Boden des von ihm selbst vertretenen „Aliquotierungsprinzipes“ – nicht konsequent.

ME muß die Kündigungsentschädigung vielmehr insolvenzentgeltsicherungsrechtlich dieselbe Behandlung wie die Abfertigung erfahren, weil – wie der VwGH ja ganz zutreffend erkennt – ihre Höhe durch Zeiten der Organmitgliedschaft mitbestimmt werden kann. Es ist nicht einzusehen, warum jemand, der zwanzig Jahre Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied war und knapp vor der Insolvenz abberufen wurde, Anspruch auf volle Sicherung seiner Kündigungsentschädigung haben soll, nur weil der Anstellungsvertrag noch aufrecht bestand.⁴⁰⁾ Umgekehrt aber jemand, der zwanzig Jahre als Angestellter der Gesellschaft tätig gewesen und knapp vor der Insolvenz zum Organmitglied bestellt worden war, keinerlei Sicherungsanspruch aus der vorzeitigen Lösung seines Anstellungsvertrages besitzen soll, nur weil er im Zeitpunkt der Beendigung noch Organmitglied gewesen ist. Im ersten Fall wird die Höhe der Kündigungsentschädigung fast ausschließlich durch die Dauer der Organmitgliedschaft bestimmt, im zweiten Fall zumindest überwiegend durch die Dauer der Angestelltentätigkeit, sodaß einer das umge-

³⁹⁾ Vgl für alle *Martinek-Schwarz*, AngG³ 652ff; *Floretta-Spielbüchler-Strasser* I³ 308, 310f.

⁴⁰⁾ ME ist in dem Fall, daß ein Organmitglied abberufen wird, sein Anstellungsvertrag mangels Beendigungserklärung bzw vertraglicher „Koppelung“ von Abberufung und Auflösung des Anstellungsvertrages aber (noch) aufrecht ist, überhaupt von einer insolvenzentgeltsicherungsrechtlichen „Fortwirkung“ der Organtätigkeit auszugehen, weil es nicht darauf ankommen kann, ob zufällig zuerst die Abberufung oder die Auflösung des Anstellungsvertrages oder beides zugleich erfolgte. Eine nach der hier vertretenen Auffassung relevante „Neubegründung“ eines Angestelltenverhältnisses erfordert mE zumindest die Aufnahme einer – von der bisherigen Organtätigkeit **abgrenzbaren – Arbeitsleistung** nach Beendigung der Organtätigkeit. Selbst wenn eine solche vorliegt, wäre es aber nicht sachgerecht, im Falle der (ungerechtfertigten) Auflösung des Dienstvertrages bei der Bemessung der nach IESG gesicherten Kündigungsentschädigung die Zeiten der Organmitgliedschaft völlig unberücksichtigt zu lassen, weil idR die großzügige Regelung der Kündigungsfrist im Anstellungsvertrag für die Höhe des dienstrechtlichen Anspruches auf Kündigungsentschädigung hauptausschlaggebend sein wird.

kehrte Ergebnis gerechtfertigt wäre. In der Tat eröffnet die Auffassung des VwGH insbes bei der GmbH relativ einfach zu handhabende **Mißbrauchsmöglichkeiten**, wie gerade die erstgeschilderte Konstellation deutlich zeigt. Bei drohender Insolvenz könnte das Organmitglied seine Abberufung erwirken, kurze Zeit als „normaler Angestellter“ der Gesellschaft weiterarbeiten und in der Folge das dafür zuständige Organ um die (ungerechtfertigte) vorzeitige Auflösung seines Dienstvertrages ersuchen. Daß eine derartige Vorgangsweise der (konkursrechtlichen) **Anfechtung** unterläge, kann nicht den Blick darauf verstellen, daß das Organmitglied sich so uU für den insolvenzentgeltsicherungsrechtlichen „Entfall“ seines Abfertigungsanspruches (oder eines Teiles desselben, siehe oben 3.) schadlos halten könnte.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist vielmehr auch bei der Kündigungsentschädigung eine **Zerlegung des Anspruches** in jene Teile, die sich bereits aus dem Angestelltenverhältnis ergeben, und Teile, welche ihren Grund allein in der Organmitgliedschaft haben, geboten. Vorzugehen ist dabei mE wie bei der Abfertigung, was bedeutet, daß keine reine Gegenüberstellung der beiden Zeiträume zu erfolgen hat, sondern als Angestellter erworbene „Kündigungsentschädigungsanswartschaften“ bei der Bemessung des gesicherten Anspruches jedenfalls zu berücksichtigen sind, wobei aber wiederum eine entsprechende **Abwertung** des zugrundezulegenden monatlichen Entgeltes durchgeführt werden muß.

Liegt im Zeitpunkt der Auflösung des Dienstverhältnisses die Beendigung der Organmitgliedschaft bereits so lange zurück, daß eine Verantwortung für die Insolvenz mit Sicherheit ausscheidet, dann (und nur dann) gebührt – entsprechend dem oben (2.1.) Gesagten – Insolvenzausfallgeld für die **volle** Kündigungsentschädigung, auch wenn der Angestellte **insgesamt** überwiegend als Organmitglied tätig war.

5. Ergebnis

Der obige Beitrag hat – wie ich meine – gezeigt, daß die scheinbar klare und leicht handhabbare Vorschrift des § 1 Abs 6 Z 2 IESG eine Fülle von Problemen beinhaltet, welche durch die bisherige – wenn auch bereits recht reichhaltige – Judikatur des VwGH noch lange nicht alle gelöst sind.

Der vorliegende Beitrag versteht sich als Diskussionsanstoß, welcher vielleicht mehr Fragen aufwirft als er beantwortet und sicher keine unanfechtbaren Patentlösungen anbietet, sondern primär die Judikatur zu konkreten Stellungnahmen veranlassen soll.

Allerdings wird mE schon der Einfallsreichtum der Praxis wohl dafür sorgen, daß die einschlägige Rsp nicht so bald zur Ruhe kommt.