

# TE OGH 2018/8/30 9ObA67/18w

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.08.2018

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf als Vorsitzenden, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Dehn und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Stefula sowie die fachkundigen Laienrichter ADir. Sabine Duminger und Mag. Hannes Schneller als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Mag. Dr. R\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\*, vertreten durch Barnert Egermann Illigasch Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei W\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Freimüller Obereder Pilz RechtsanwältInnen GmbH in Wien, wegen 1.003.057,99 EUR und Feststellung, über die außerordentlichen Revisionen beider Parteien gegen das Teilurteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 18. April 2018, GZ 10 Ra 97/17h-50

(berichtigt durch den Beschluss vom 14. Mai 2018 [ON 53]), mit dem das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 15. Februar 2017, GZ 25 Cga 142/13d-44, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt und beschlossen:

## Spruch

I. Der außerordentlichen Revision der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

II. Die außerordentliche Revision der beklagten Partei wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO

zurückgewiesen (§ 510 Abs 3 ZPO iVm § 2 Abs 1 ASGG).

## Text

Entscheidungsgründe:

Der am \*\*\*\*\* geborene Kläger, ein Rechts- und Handelswissenschaftler, war seit 1. 6. 1987 bei der W\*\*\*\*\* Genossenschaft mit beschränkter Haftung (in der Folge: Genossenschaft), einem Kreditinstitut im Bereich des V\*\*\*\*\*sektors, beschäftigt. 1995 wurde er zum Geschäftsleiter gemäß § 2 BWG und Vorstandsmitglied bestellt. Im Dienstvertrag des Klägers war unter anderem die Anwendung der unternehmensinternen Pensionszuschussregelung in der Fassung vom 10. 8. 1960 festgehalten. Diese sah nach 20 vollendeten Dienstjahren einen Pensionszuschuss des Dienstgebers von 10 % des letzten kollektivvertraglichen Monatsbezugs vor.

In der gemeinsamen Sitzung des Aufsichtsrates und des Vorstandes der Genossenschaft am 13. 6. 1990 wurde beschlossen, die seit August 1960 bestehende betriebsinterne Pensionszuschussregelung per 1. 7. 1990 außer Kraft zu setzen. Für Mitarbeiter, deren Dienstverhältnis vor dem 1. 7. 1990 begonnen hatte – darunter der Kläger – wurde die Pensionszuschussregelung Inhalt des jeweiligen Einzelarbeitsvertrags.

Eine Pensionszuschussregelung war auch im Kollektivvertrag für die Angestellten der gewerblichen

Kreditgenossenschaften in der ab 1. 2. 1994 geltenden Fassung im Abschnitt B enthalten. Ein Anspruch auf Pensionszuschuss entstand auch hier nach 20 pensionsanrechenbaren Dienstjahren. Im Zusatzkollektivvertrag war festgehalten, dass „die V\*\*\*\*\*bank“ verpflichtet sei, bis 31. 12. 1997 einen Pensionskassenvertrag mit der V\*\*\*\*\* Pensionskassen AG abzuschließen und dass damit die bisher geltende kollektivvertragliche Pensionszuschussregelung außer Kraft trete. Der Zusatzkollektivvertrag differenzierte hinsichtlich der Pensionsordnung zwischen drei Gruppen von Dienstnehmern. Der Abschnitt B1 der Pensionsordnung galt nur für Dienstnehmer, die zum 1. 7. 1996 mindestens 20 pensionsanrechenbare Dienstjahre hatten und für alle Dienstnehmer, die bereits einen Anspruch auf Pensionszuschuss erworben hatten oder Pensionszuschuss bezogen. Sogenannte B2-Mitarbeiter waren Dienstnehmer, die zum 1. 7. 1996 weniger als 20 pensionsanrechenbare Dienstjahre hatten, B3 solche Mitarbeiter, die ab 1. 1. 1996 in die V\*\*\*\*\*bank eintraten.

In einer gemeinsamen Sitzung des Aufsichtsrates und Vorstandes der Genossenschaft vom 30. 10. 1997 wurde die Frage der Auslagerung von Pensionsansprüchen der B2-Mitarbeiter in eine Pensionskasse besprochen. Es wurde unter anderem festgehalten, dass es neben Mitarbeitern, die („nur“) dem Kollektivvertrag unterliegen, zusätzlich noch Mitarbeiter gebe, für die die Pensionszuschussregelung in der Fassung vom 10. 8. 1960 existiere. Für all jene Mitarbeiter, die vor dem 1. 7. 1990 eingetreten seien, sei diese nämlich zum Inhalt des Einzelarbeitsvertrags geworden. Vorstand und Aufsichtsrat bestätigten, dass „diese Pensionszuschussregelung für den nachstehenden Personenkreis im vollen Umfang weiterhin aufrecht bleibt, wobei die aus den Dienstgeberbeiträgen resultierende Pension aus der Pensionskasse auf diesen Pensionszuschuss angerechnet wird“. Anschließend führte das Sitzungsprotokoll die davon betroffenen 13 Mitarbeiter namentlich an, darunter den Kläger.

In einer gemeinsamen Sitzung des Aufsichtsrates und Vorstandes am 27. 8. 1998 wurde besprochen, den B1-Mitarbeitern die Übertragung ihrer Pensionsansprüche gegen die Genossenschaft an die V\*\*\*\*\* Pensionskassen AG anzubieten. Weiters sollte diesen Mitarbeitern eine Pensionsabfindung im Ausmaß von 50 % des Deckungserfordernisses aus Anlass der Übertragung des restlichen Teils an die Pensionskasse angeboten werden, um diesen langgedienten Mitarbeitern einen besonderen Anreiz zum Wechsel zu bieten. Dieses Angebot galt auch für die beiden Geschäftsleiter, darunter der Kläger, wozu der Aufsichtsrat ausdrücklich seine Zustimmung erteilte.

Auch für den Kläger wurde (wie für die B1-Mitarbeiter) daher von der V\*\*\*\*\* Pensionskassen AG eine Berechnung betreffend die „Übertragung der Pensionsansprüche an die Pensionskasse“ übermittelt. Eingangs dieses an den Kläger gerichteten Schreibens heißt es wie folgt: „Durch den Zusatzkollektivvertrag zum Kollektivvertrag für die Angestellten der gewerblichen Kreditgenossenschaften wird der Ihnen zustehende Pensionszuschuss bereits teilweise über die Pensionskasse finanziert. Im Zusatzkollektivvertrag ist auch die Möglichkeit vorgesehen, die verbleibende Pensionsverpflichtung der Bank Ihnen gegenüber an die Pensionskasse zu übertragen. Dadurch wird die gesamte Zusatzpension künftig von der Pensionskasse ausbezahlt.“ Auf Grundlage der dem Schreiben angeschlossenen Berechnung stimmte der Kläger am 11. 9. 1998 der „teilweisen Übertragung [s]einer Pensionsanwartschaft in die Pensionskasse zu“, ersuchte „um Zusendung der Vertragsunterlagen“ und „um Abfindung [s]einer Pensionszusage in Höhe von 50 %“.

Für alle Vereinbarungen zwischen dem Kläger (der eigentlich B2 zuzuordnen gewesen wäre) und der Genossenschaft wurden die von der Pensionskasse (für die B1-Mitarbeiter) erstellten Musterformulare verwendet. Am 11. 9. 1998 unterfertigten der Kläger und die Genossenschaft ein solches „Vertragsmuster für die teilweise Übertragung der Pensionszuschussregelung in die Pensionskasse“, worin unter anderem festgehalten war: „Dadurch erlöschen die §§ 18 bis 38 und § 44 des Kollektivvertrages und alle sonstigen auf Einzelvereinbarung oder Betriebsvereinbarung beruhenden Pensionsansprüche gegen die V\*\*\*\*\*bank und werden zur Gänze durch die Leistungen der Pensionskasse ersetzt. [...] Sollten hinsichtlich des Pensionskassenvertrages vom Kollektivvertrag abweichende günstigere Regelungen in Einzelvereinbarungen oder Betriebsvereinbarungen (höhere Pensionskassenbeiträge oder ein abweichender Übertragungsbetrag) zulässigerweise vereinbart worden sein, bleiben diese unberührt.“

Ebenfalls unter Verwendung eines Vertragsmusters der Pensionskasse, das in der Personalabteilung der Genossenschaft nur hinsichtlich der persönlichen Daten und der Beträge ergänzt worden war, schloss die Genossenschaft (dabei vertreten unter anderem durch das damalige Vorstandsmitglied der Genossenschaft Mag. P\*\*\*\*\* ) am 14. 9. 1998 mit dem Kläger folgende Vereinbarung (Beilage ./2 des Gerichtsakts):

„1. Herr Mag. Dr. S\*\*\*\*\* hat gemäß Dienstvertrag vom 2. 1. 1995 in Verbindung mit dem Vorstands- und Aufsichtsratsbeschluss vom 30. Oktober 1997 Anspruch auf Pensionszuschuß gemäß dem Kollektivvertrag für die Angestellten der gewerblichen Kreditgenossenschaft idF Februar 1994.

Über ausdrücklichen Wunsch des Dienstnehmers (siehe Beilage) wird vereinbart, eine Pensionsabfindung in Höhe von 50 % des in der Beilage errechneten Übertragungsbetrages, das sind S 1,680.326,00 zu leisten.

Grundlage dieser Abfindungsvereinbarung ist die Berechnung laut Beilage 2 zur Vereinbarung über die Übertragung der Pensionszuschußregelung in die Pensionskasse vom 11. September 1998, die hiermit von beiden Vertragsparteien als richtig und vollständig anerkannt und dieser Vereinbarung zugrundegelegt wird.

2. Die Übertragung des Restbetrages in Höhe von 50 %, das sind S 1,680.326,00 in die V\*\*\*\*\* Pensionskassen AG erfolgt in einer gesonderten Vereinbarung zwischen der W\*\*\*\*\* Genossenschaft m.b.H. und Herrn Mag. Dr. R\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\*.

3. Zur Auszahlung der Pensionsabfindung wird folgendes vereinbart: Die Überweisung der Pensionsabfindung in Höhe von S 1,680.326,00 erfolgt im Zuge der Gehaltsverrechnung per 1. Oktober 1998.

4. Mit Erhalt der oben vereinbarten Abfindung und der Übertragung in die Pensionskasse sind sämtliche Pensionsansprüche von Herrn Mag. Dr. R\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\* gegen die W\*\*\*\*\* Genossenschaft m.b.H. abgegolten, Pensionsansprüche bestehen nunmehr ausschließlich gegenüber der V\*\*\*\*\* Pensionskassen AG.“

Tatsächlich erhielt der Kläger wie zu Punkt 3 vereinbart die Pensionsabfindung in Höhe von 1,680.326 ATS ausbezahlt. Er verwendete den Betrag zur teilweisen Tilgung eines Kredites.

„Der Kläger war damals mit der Vereinbarung vom 14. 9. 1998 samt Klausel in Punkt 4 einverstanden, weil er die betriebsinterne Pensionszuschussregelung ohnehin als 'totes Recht' ansah und davon ausging, dass sein einzelvertraglicher Pensionsanspruch nur subsidiär wirken würde und die Pensionskasse aufgrund des hohen Übertragungsbetrages jedenfalls mehr erwirtschaften würde, als sich nach der einzelvertraglichen Zusage ergeben könnte. Der Verzicht gegenüber der Bank hatte damals aus seiner [Sicht] somit keinen Nachteil.“ (Feststellung auf S 12 des Ersturteils)

Nachdem sich die Erlöse der Pensionskasse über die Jahre nicht so entwickelt hatten, wie man bei den ursprünglichen Berechnungen Ende der 1990er Jahre angenommen hatte, wurde es für die Genossenschaft notwendig, für jene Mitarbeiter, die an der einzelvertraglichen Pensionszusage festgehalten hatten, Rückstellungen zu bilden. In einem Aktenvermerk vom 1. 2. 2005 hielt der Kläger als zuständiger Geschäftsleiter unter Hinweis auf das Protokoll der 5. gemeinsamen Sitzung des Aufsichtsrates und Vorstandes vom 13. 6. 1990, S 30, fest, dass es für einen beschränkten Personenkreis eine hausinterne Pensionszuschussregelung gebe, die kraft einzelvertraglicher Zusage einzelnen Mitarbeitern gegenüber bestehe. Für die Bilanz zum 31. 12. 2003 sei erstmals ein versicherungsmathematisches Gutachten eingeholt worden zwecks Berechnung eines etwaigen Fehlbetrags aus der Leistung der Pensionskasse im Vergleich zum einzelvertraglichen Pensionszuschuss, der nach 30 im Haus verbrachten Dienstjahren maximal 20 % der Bemessungsgrundlage und bei mindestens 20 pensionsanrechenbaren Dienstjahren im Haus 10 % des letzten Bezugs einschließlich der Sozialausgaben betrage. Voraussetzung für eine Differenzberechnung sei das Vorliegen eines Leistungsausweises der Pensionskasse gewesen, der auf den gleichen Pensionsantritt (Männer 65 Jahre, Frauen 60 Jahre) abstelle wie die einzelvertragliche Pensionszuschussregelung. Da sich die Pensionsleistungen aus der Pensionskasse in den vergangenen drei Jahren stetig reduziert hätten statt sich prognosegemäß zu erhöhen, sei erstmals im Jahr 2003 ein solches Gutachten in Auftrag gegeben worden. Dabei habe sich herausgestellt, dass bei einem Teil der Berechtigten tatsächlich ein Zuschuss aus der hausinternen Regelung dazukomme, weil die Performance der Pensionskasse dermaßen gering sei, dass selbst ein 10 oder 20%iger Zuschuss höher als die Leistungen aus der Pensionskasse sei.

Mit Einbringungs- und Sachgründungsvertrag vom 28. 6. 2012 wurde das gesamte Unternehmen der Genossenschaft mit allen Rechten und Pflichten im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§ 92 Abs 4 BWG) in die beklagte Aktiengesellschaft eingebracht. In der konstituierenden Sitzung des Aufsichtsrates der Beklagten vom 28. 6. 2012 wurden der Kläger für die Dauer von fünf Jahren und Mag. M\*\*\*\*\* für die Dauer von drei Jahren als Vorstandsmitglieder bestellt. Mit 20. 10. 2012 wurde die Beklagte in das Firmenbuch eingetragen.

Der Aufsichtsrat der Beklagten wollte, dass die beiden neuen Vorstände, die bislang Geschäftsleiter und Angestellte

der Genossenschaft gewesen waren, durch die Umwandlung der Bank in eine Aktiengesellschaft keine Nachteile erlitten. Beabsichtigt war, sie so zu stellen, wie sie stünden, wenn die Bank weiter eine Genossenschaft geblieben wäre. Um „klare Verhältnisse“ zu schaffen, beauftragte der Aufsichtsrat Rechtsanwalt Dr. V\*\*\*\*\*, mit den beiden neuen Vorständen neue Verträge auszuhandeln. Prokuristin Mag. S\*\*\*\*\* wurde vom Aufsichtsrat mit „Erhebungen“ zur aktuellen arbeitsrechtlichen Situation der beiden neuen Vorstände befasst. Sie informierte Dr. V\*\*\*\*\* mit E-Mail vom 10. 7. 2012 über die Rechtsgrundlagen der bisherigen Beschäftigung („Beide Herren sind derzeit Dienstnehmer der W\*\*\*\*\* Genossenschaft m.b.H., wobei neben den abgeschlossenen Dienstverträgen (Anlage ./1 und Anlage ./2) alle einschlägigen arbeitsrechtlichen Normen für Angestellte im Sinne des AngG sowie der Kollektivvertrag der V\*\*\*\*\*banken und die Arbeitsordnung vom 27. 3. 1968 (Anlage ./3) zur Anwendung kommen. Nur für Herrn Dr. S\*\*\*\*\* gilt außerdem die Pensionszuschussregelung idF vom 10. 8. 1960 (Anlage ./4). Diese Dienstverhältnisse würden grundsätzlich mit der Einbringung des Unternehmens in die Tochter-AG gemäß § 92 Abs 4 auf die Tochter AG übergehen.“) und teilte ihm die von ihm zu klärenden Punkte mit. Abgeklärt werden sollte insbesondere, welche steuerlichen Folgen beachtet werden müssten, inwieweit der Inhalt der derzeitigen Dienstverträge und die bisher geltenden Rechtsgrundlagen im neuen Anstellungsvertrag für anwendbar erklärt werden könnten, wie der bisher erworbene Abfertigungsanspruch zu behandeln sei, insbesondere wann die Abfertigung fällig und auf Basis welcher Bemessungsgrundlage diese zu errechnen wäre, und wie die Zeiten als Vorstandsmitglied für die Pensionszuschussregelung zu zählen seien. Mit der E-Mail wurden Dr. V\*\*\*\*\* die beiden Dienstverträge, die Arbeitsordnung und die Pensionszuschussregelung idF vom 10. 8. 1960 übermittelt.

Der Kläger ließ sich auf entsprechende Verhandlungen mit Dr. V\*\*\*\*\* ein, zumal ihm Dr. F\*\*\*\*\* namens des Aufsichtsrates immer wieder zugesichert hatte, dass durch die Einbringung der Genossenschaft in die AG für ihn kein Nachteil entstehen würde und er sich unter anderem von einer späteren Auszahlung und günstigen steuerlichen Behandlung der Abfertigung Vorteile versprach.

Am 17. 10. 2012 übermittelte Dr. V\*\*\*\*\* mit E-Mail an den Kläger „einen Erstentwurf der Neufassung Ihres Anstellungsvertrages“ und merkte zum Entwurf unter anderem an: „Zur Höhe und Ausgestaltung Ihrer Pensionszuschuss-Regelungen fehlen uns bislang relevante Informationen, um deren Erteilung wir Sie zur Vervollständigung des Vertrages ersuchen.“ In Punkt 1.5 des Erstentwurfs hieß es, formuliert von Dr. V\*\*\*\*\*, wie folgt: „[...] Für die Berechnung des Pensionsvorschuss gemäß Kollektivvertrag oder gemäß Pensionszuschussregelung vom 10. 8. 1960 (Beilage ./4) bleibt jedoch die Regelung gemäß Punkt 6 lit a) des Dienstvertrages vom 2. 1. 1995 (Beilage ./1) aufrecht, sodass bei Abschluss dieses Vorstandsvertrages insgesamt 25,75 Vordienstjahre anzurechnen sind.“ Bei einer (dem Word-Dokument inkorporierten) Glosse neben diesem Absatz führte Dr. V\*\*\*\*\* aus, dass sich aus dem Dienstvertrag nicht eindeutig ergebe, ob für den Kläger die Pensionszuschussregelung vom 10. 8. 1960 oder der Kollektivvertrag Anwendung finden solle. Es werde daher um „Anweisung“ ersucht.

In einer E-Mail vom 24. 10. 2012 an die Prokuristin Mag. S\*\*\*\*\*, welche in Kopie auch an den Kläger ging, führte Dr. V\*\*\*\*\* aus, dass die Pensionszuschussregelung gemäß dem von ihr übermittelten Aktenvermerk eine vertragliche Zusage zwischen der Genossenschaft und den Vorständen sei, welche auf die beklagte Aktiengesellschaft übergehe. Aufgrund des vertraglichen Charakters könne diese freiwillige Leistung einer Einigung der Parteien zugeführt werden und sollte daher im Vertragsentwurf näher geregelt werden. Die Details wolle er am 31. 10. 2012 besprechen.

Mit E-Mail vom 29. 10. 2012 übermittelte der Kläger Dr. V\*\*\*\*\* für die Besprechung am 31. 10. 2012 „einen (überarbeiteten) Entwurf des Anstellungsvertrages, mit dem das dienstnehmerähnliche Anstellungsverhältnis stärker betont werden soll“. Dieser Entwurf sah unter anderem vor, dass vereinbart werde, „dass sämtliche Bestimmungen des Dienstvertrages vom 2. 1. 1995 [...] oder die Inhalt des Einzelvertrages gewordene Pensionszuschussregelung in der Fassung vom 10. 8. 1960 (siehe sowohl Seite 30 des Protokolls über die 5. gemeinsame Sitzung des Aufsichtsrates und Vorstandes vom 13. 6. 1990 als auch Punkt 8 der Tagesordnung der 6. gemeinsamen Sitzung des Aufsichtsrates und Vorstandes vom 30. 10. 1997) [...] auch für das Anstellungsverhältnis als Vorstand der Gesellschaft weitergelten“. Den Passus „insgesamt 25,75 Vordienstjahre“ in Punkt 1.5. des Entwurfs Dris. V\*\*\*\*\* änderte er in „insgesamt 33,5 (= 25,75 + 8) Vordienstjahre“ ab.

Eine Ausfertigung der Vereinbarung vom 14. 9. 1998, die er kannte, weil er zwischenzeitig mehrmals in seinem Personalakt Nachschau gehalten hatte, übermittelte der Kläger nicht an Dr. V\*\*\*\*\*. Der Kläger entschied sich „bewusst dafür, diese Urkunde nicht vorzulegen, den seinerzeitigen Verzicht nicht zu erwähnen und dem von Dr. V\*\*\*\*\* im Erstentwurf enthaltenen Passus zum Pensionszuschuss nicht zu widersprechen sondern vielmehr in seinem Sinne

weiter zu modifizieren“ (dislozierte Feststellung auf S 33 des Ersturteils – unerledigte Tatsachenrüge). „[D]er Kläger [versuchte] trotz im Jahr 1998 erfolgtem Verzicht auf sämtliche Ansprüche aus dem Pensionszuschuss gegen seine damalige Dienstgeberin gegenüber der nunmehrigen beklagten Partei [...], im Zuge der Vertragsverhandlungen einen Anspruch auf Pensionszuschuss gegen die beklagte Partei zu erwirken“ (dislozierte Feststellung auf Seite 36 des Ersturteils – unerledigte Tatsachenrüge).

Am 31. 10. 2012 fand eine Besprechung über die Vertragsdetails statt. Am 15. 11. 2012 übersandte der Kläger an Dr. V\*\*\*\*\* neuerlich eine von ihm überarbeitete Fassung des Vorstandsvertrags [Anstellungsvertrags], in die die Ergebnisse des Gesprächs eingearbeitet worden waren. Dort heißt es unter der Überschrift „Anwendung von Angestelltenrecht/ Abfertigung/Pensionszuschuss“:

„2.1. Soweit dieser Vorstandsvertrag nicht günstigere Bestimmungen enthält und soweit deren Anwendung mit den aktienrechtlichen un[d] satzungsmäßigen Regelungen vereinbar ist, sind die Bestimmungen des AngG – einschließlich seiner Verweisungsnormen, jedoch unter Ausschluss des Arbeitszeitgesetzes – und die Pensionszuschuß-Regelung in der Fassung vom 10. 8. 1960 auf das Anstellungsverhältnis sinngemäß anzuwenden. Für die Pensionszuschußregelung in der Fassung vom 10. 8. 1960 werden drei Vorstandsjahre sowie fünf Jahre für die beiden Universitätsstudien (wie bisher) angerechnet. Pensionsbemessungsgrundlage ist – wie bisher – der letzte Monatsbezug. Die Gesellschaft leistet einen Beitrag von 7,2 % des Monatsbezuges an die V\*\*\*\*\* Pensionskassen AG. Da die im Punkt 2.1 genannte zusätzliche

Pensionszuschußregelung in der Fassung von 10. 8. 1960 zum Inhalt des Einzelarbeitsvertrages mit dem nunmehrigen Organwalter wurde, gilt diese subsidiär zur Pensionskassenregelung, d.h. diese kommt dann ebenfalls zur Anwendung, wenn der monatliche Pensionszuschuss aus der Pensionskassen AG für den Organwalter geringer ausfällt, als jener, der sich aus der zusätzlichen Pensionszuschussregelung vom 10. 8. 1960 errechnet.“

Nach weiterem – vom Erstgericht festgestellten – Geschehen übermittelte Dr. V\*\*\*\*\* am 4. 9. 2013 an den Kläger und die Aufsichtsräte Dr. H\*\*\*\*\* und Dr. F\*\*\*\*\* die letzte Vertragsfassung, auf die er sich mit dem Kläger schließlich geeinigt hatte und die nur noch vom Aufsichtsrat „abgesegnet“ hätte werden müssen. Dieser Vertragsentwurf sah unter anderem Folgendes vor:

„1. Überleitung von Rechtsverhältnissen/  
Vertragsgegenstand/Anrechnung:

1.1. Durch die Einbringung ist das Anstellungsverhältnis zwischen Organwalter und Genossenschaft auf die Gesellschaft übergegangen. Als Mitglied des Vorstands einer Bank-Aktiengesellschaft treffen den Organwalter jedoch teilweise andere Rechte und Pflichten als ein Vorstandsmitglied/Geschäftsleiter einer Kreditgenossenschaft, weshalb eine Überleitung des Arbeitsverhältnisses auf Basis des Dienstvertrages 2. 1. 1995 samt Zusatz vom 22. 3. 2012 (Beilage ./1; das „Arbeitsverhältnis“) in das Anstellungsverhältnis gemäß diesem Vorstandsvertrag (das „Anstellungsverhältnis“) vereinbart wird.

1.2. Die Vertragspartner vereinbaren daher, dass das Arbeitsverhältnis durch die Einbringung nicht beendet wird, sondern mit dem durch diesen Vorstandsvertrag angepassten Inhalt als freier Dienstvertrag weiterbesteht. Die Rechte des Organwalters aus dem Arbeitsverhältnis sollen im Rahmen des Anstellungsverhältnisses erhalten bleiben, sodass sich aus der Überleitung des Arbeitsverhältnisses für den Organwalter keine Nachteile ergeben; siehe im Einzelnen noch Punkt 2.

1.3. Ansprüche des Organwalters gegen die Gesellschaft aufgrund des Arbeitsverhältnisses werden daher nicht im Zeitpunkt der Einbringung fällig, sondern in das Anstellungsverhältnis übernommen (zur Abfertigung siehe Punkt 2.3.).

[...]

1.7. Einvernehmlich festgehalten wird, dass der Organwalter zum Zeitpunkt der Eintragung offene Ansprüche auf

a. 72 Urlaubstage,

b. Abfertigung in Höhe eines Jahresbezuges

hat, welche in das Anstellungsverhältnis übertragen werden (siehe zur Abfertigung noch Punkt 2.3).

## 2. Anwendung von Angestelltenrecht/Pensions-zuschuss/Abfertigung

2.1. Soweit sich aus diesem Vorstandsvertrag nicht anderes ergibt und soweit deren Anwendung mit den aktienrechtlichen und satzungsmäßigen Regelungen vereinbar ist, sind die Bestimmungen des AngG – einschließlich seiner Verweisungsnormen jedoch unter Ausschluss des Arbeitszeitgesetzes – sinngemäß und die Pensionszuschussregelung in der Fassung vom 10. 8. 1960 samt Aufsichtsratsprotokollen (Beilage ./4) auf das Anstellungsverhältnis wie bisher anzuwenden. Ebenso sind Betriebsvereinbarungen, betriebliche Übungen und der für das Unternehmen der Gesellschaft maßgebliche Kollektivvertrag, ab Einbringung also jener für Angestellte der Banken und Bankiers und die Arbeitsordnung vom 27. 3. 1968 (Beilage ./3) auch ohne ausdrückliche Anordnung sinngemäß auf das Anstellungsverhältnis anzuwenden, sodass eine wirtschaftliche oder rechtliche Schlechterstellung des Organwalters gegenüber der Gesellschaft, ausgenommen aufgrund zwingender aktiengesetzlicher Vorgaben, – im Vergleich zu seiner Stellung gegenüber der Genossenschaft im Rahmen des Arbeitsverhältnisses – ausgeschlossen ist.

2.2. Pensionszuschuss: Die Gesellschaft leistet (aufgrund der Vereinbarung vom 11. 9. 1998 für die teilweise Übertragung der Pensionszuschußregelung in die Pensionskasse; Beilage ./5) einen Beitrag von 7,2 % des Monatsbezuges (jedoch jedenfalls ohne die Gehaltskomponenten gemäß Punkt 5.2.; darin enthalten ist ein 4 %-iger Kompensationsbeitrag für die seinerzeitige altersabhängige Kürzung des Deckungserfordernisses) an die V\*\*\*\*\* Pensionskassen AG (derzeit zu KundenNr. 3\*\*\*\*\*). Die Pensionszuschussregelung in der Fassung vom 10. 8. 1960 (Beilage ./4) wurde zusätzlich zum Inhalt des Einzelarbeitsvertrages des Organwalters im Rahmen des Arbeitsverhältnisses (siehe sowohl Seite 30 des Protokolls über die 5. gemeinsame Sitzung des Aufsichtsrates und Vorstandes vom 13. 6. 1990 als auch Punkt 8. der Tagesordnung der 6. gemeinsamen Sitzung des Aufsichtsrats und Vorstandes vom 30. 10. 1997 jeweils der Genossenschaft). Aufgrund der Überleitung wird diese Pensionszuschussregelung wie sie zur Genossenschaft bestand, nunmehr auch zum Inhalt des Anstellungsverhältnisses und gilt subsidiär sowie verhältnismäßig zur Pensionskassenregelung, sodass die aus den Dienstgeberbeiträgen resultierende Pension aus der Pensionskassa auf den Pensionszuschuss gemäß Pensionszuschussregelung vom 10. 8. 1960 (Beilage ./4) angerechnet wird.

Für Zwecke der Pensionszuschussregelung in der Fassung vom 10. 8. 1960 (Beilage ./4) werden gemäß Punkt 6. lit a) des Dienstvertrages vom 2. 1. 1995 (Beilage ./1) wie bisher drei Vordienstjahre sowie fünf Jahre für die beiden Universitätsstudien angerechnet. Pensionsbemessungsgrundlage ist der letzte Monatsbezug.

2.3. Abfertigung: Für den Abfertigungsanspruch des Organwalters gemäß § 23 AngG sind auch die bereits für die Genossenschaft geleisteten Dienstzeiten (Punkt 1.4.) zu berücksichtigen. Der bis zum 19. 10. 2012 erworbene gesetzliche Abfertigungsanspruch wird stehengelassen und gelangt erst bei Beendigung dieses Anstellungsverhältnisses zur Auszahlung. Die Gesellschaft verzichtet im Hinblick auf die stehengelassene Abfertigung jedenfalls auf sämtliche Einwendungen der Verjährung, Verfristung oder sonstigen Verspätung (siehe im Übrigen Punkt 1.6.).

Der Organwalter erhält bei Ausscheiden eine Abfertigung nach Maßgabe des § 23 AngG. Es gilt als wohlverstanden, dass diese Abfertigung um das zum Zeitpunkt des Ausscheidens für den Organwalter bei der betrieblichen Vorsorgekasse veranlagte Kapital (vor Lohnsteuerabzug) reduziert wird. [...]“

Während der gesamten Vertragsverhandlungen mit dem Kläger übermittelte Dr. V\*\*\*\*\* die jeweils aktuellen Fassungen der Vorstandsvertragsentwürfe an seine beiden Ansprechpartner im Aufsichtsrat Dr. H\*\*\*\*\* und Dr. F\*\*\*\*\*. Die Aufsichtsräte A\*\*\*\*\* und Mag. P\*\*\*\*\*, die Ende der 1990er-Jahre bereits in der Genossenschaft tätig und damals in die Auslagerung der Pensionsansprüche in die Pensionskassa involviert gewesen waren, waren mit den nunmehrigen Vertragsverhandlungen nicht direkt befasst.

Am 26. 9. 2013 fand eine Besprechung über die (einzelvertraglichen) Pensionsansprüche der (wie der Kläger im Protokoll der 6. gemeinsamen Sitzung des Aufsichtsrates und Vorstandes vom 30. 10. 1997 als Pensionzuschussberechtigte namentlich angeführten) B2-Mitarbeiterin R\*\*\*\*\* Pa\*\*\*\*\* statt. Mag. M\*\*\*\*\* Frau Pe\*\*\*\*\* und der Kläger besprachen dabei auch die Frage, ob weitere Mitarbeiter, die vor dem 1. 7. 1990 im Unternehmen gewesen seien, Anspruch auf eine hausinterne Pensionszuschussregelung hätten. Im Anschluss an diese Besprechung beauftragte Mag. M\*\*\*\*\* Frau Pe\*\*\*\*\* damit, Unterlagen zur damaligen Vorgehensweise beizuschaffen. Am 1. 10. 2013 erhielt Mag. M\*\*\*\*\* von Frau Pe\*\*\*\*\* die daraufhin im sogenannten Pensionskassenordner und im Personalakt des Klägers Nachschau gehalten hatte, erstmals die Vereinbarung vom 14. 9. 1998 vorgelegt, die er bei

einem Vieraugengespräch am 3. 10. 2013 dem Aufsichtsratsvorsitzenden Dr. H\*\*\*\*\* weitergab, der an diesem Tag von der Existenz dieser Vereinbarung erfuhr [dislozierte Feststellung auf S 38 der Ersturteils unter offenkundiger Namensverwechslung von Dr. H\*\*\*\*\* und Dr. V\*\*\*\*\*; Anm].

Am Nachmittag des Freitag, dem 4. 10. 2013, trafen einander der Aufsichtsratsvorsitzende Dr. H\*\*\*\*\* und der Aufsichtsrat Dr. F\*\*\*\*\*, wobei Dr. H\*\*\*\*\* die Abfindungsvereinbarung vom 14. 9. 1998 und den Letztentwurf des neuen Vorstandsvertrags mitbrachte. Die Vereinbarung vom 14. 9. 1998, die auch Dr. F\*\*\*\*\* noch nicht gekannt hatte, veranlasste ihn am Montag, dem 7. 10. 2013, bei Dr. V\*\*\*\*\* nachzufragen, warum in Punkt 2.2. des Vorstandsvertrags eine Pensionszuschussregelung enthalten sei, obwohl der Kläger laut Vereinbarung vom 14. 9. 1998 doch gar keinen Anspruch auf einzelvertragliche oder auf Betriebsvereinbarung beruhende Pensionsansprüche mehr habe. Erst durch diese Anfrage des Aufsichtsrats erfuhr der beauftragte Verhandler Dr. V\*\*\*\*\*, dass es mit der Beilage . /2 eine Abfindungsvereinbarung betreffend Pensionsansprüche des Klägers gegeben hatte. Den Personalakt des Klägers, in dem diese Urkunde enthalten gewesen war, hatte er sich aus eigenem nicht angeschaut, sondern sich nur jenen Unterlagen gewidmet, die ihm der Kläger und Mag. S\*\*\*\*\* zur Verfügung gestellt hatten. Dr. V\*\*\*\*\* war davon ausgegangen, dass er die Informationen, die er brauchte, richtig und vollständig bekommen würde, weshalb er es nicht für notwendig erachtete, selbst in den Personalakt des Klägers Einsicht zu nehmen, obwohl er dazu jederzeit die Möglichkeit gehabt hätte. Auch sonst hatte (außer dem Kläger selbst) vor Frau Pe\*\*\*\*\* niemand von der Beklagten anlässlich der Vertragsverhandlungen in den Personalakt des Klägers, der im Büro von Frau Pe\*\*\*\*\* aufbewahrt wird, Einsicht genommen.

Am 9. 10. 2013 antwortete Dr. V\*\*\*\*\* dem Aufsichtsrat, schilderte überblicksmäßig die bisherige Vertragsentwicklung und hielt fest, dass ihm die Vereinbarung vom 14. 9. 1998 bislang nicht vorgelegen sei. Nachdem er bei seinen Aufsichtsratskollegen Rücksprache gehalten hatte, ging Dr. F\*\*\*\*\* am Donnerstag, dem 10. 10. 2013, persönlich in die Bank und verlangte vom Kläger Aufklärung zur Frage seiner Pensionsansprüche. Er übergab ihm ein Schreiben, in dem der Kläger aufgefordert wurde, Stellung dazu zu nehmen, warum er der Meinung sei, dass die Pensionszuschussregelung in der Fassung vom 10. 8. 1960 nach wie vor für ihn Anwendung finde, obgleich ihm „aufgrund der Vereinbarung vom 14. 9. 1998 kein Anspruch mehr auf auf einzelvertragliche oder auf Betriebsvereinbarung beruhende Pensionsansprüche mehr zusteht, sondern nur noch Ansprüche aus der Leistung gegenüber der Pensionskasse“. Dem Kläger wurde die Möglichkeit einer Stellungnahme bis zum 15. 10. 2013 eingeräumt und er wurde bis dahin widerruflich vom Dienst freigestellt (suspendiert).

In der Stellungnahme vom 13. 10. 2013 erläuterte der Kläger, dass er „wie sich nun herausstellt, irrtümlicherweise“ überzeugt gewesen sei, dass die bankinterne Pensionszuschussregelung für ihn als Geschäftsleiter der Kreditgenossenschaft wie für alle anderen im Protokoll vom 30. 10. 1997 namentlich genannten Personen subsidiär gelte. Er „stehe nicht an, den Passus [zum Pensionszuschuss] aus dem Vertragsentwurf zu streichen“.

Nachdem sich der Aufsichtsrat mit dieser Stellungnahme befasst hatte und zum Ergebnis gekommen war, dass nun kein Vertrauen mehr in den Kläger bestehe, entschloss man sich, die Zusammenarbeit mit dem Kläger sofort zu beenden. Mit Schreiben vom 15. 10. 2013 an den Kläger erklärte der Vorsitzende des Aufsichtsrates der Beklagten mit sofortiger Wirkung den Widerruf der Bestellung des Klägers zum Vorstand gemäß § 75 Abs 4 AktG wegen grober Pflichtverletzung und Vertrauensunwürdigkeit. Im selben Schreiben wurde „analog der Bestimmung des § 27 Angestelltengesetz“ die sofortige Entlassung des Klägers ausgesprochen.

Der Kläger begehrt von der Beklagten 1.003.057,99 EUR samt Zinsen. Mit Wirkung 20. 10. 2012 (Eintragung der Beklagten im Firmenbuch) habe aufgrund seiner Bestellung zum Vorstand der Beklagten sein Angestelltendienstverhältnis zur Genossenschaft geendet, womit sein gesetzlicher Abfertigungsanspruch fällig geworden sei. Ihm stehe eine Abfertigung im Ausmaß von zwölf Monatsentgelten in der Höhe von gesamt 223.051,38 EUR zu. Er sei unberechtigt entlassen worden, weshalb ihm das vertraglich vereinbarte Entgelt bis zum Ende der vereinbarten Funktionsperiode als Vorstand am 19. 10. 2017 zustehe, dies seien 737.102,68 EUR samt Zinsen. Außerdem habe er Anspruch auf Bezahlung der Pensionskassenbeiträge für den Zeitraum Oktober 2013 bis November 2016, weshalb die Beklagte schuldig sei, ihm – zu Händen der V\*\*\*\*\* Pensionskassen AG – 42.903,93 EUR zu zahlen. Zudem begehrt der Kläger die Feststellung, dass die Beklagte schuldig sei, 1. ihm für den Zeitraum vom 1. 12. 2016 bis einschließlich 19. 10. 2017 sämtliche ihm aus dem Dienstverhältnis zur Beklagten zustehenden Entgeltansprüche und sonstige Ansprüche jeweils bei Fälligkeit zu bezahlen, 2. im Zeitraum 1. 12. 2016 bis einschließlich 19. 10. 2017 auf der Grundlage der Pensionsvereinbarung ihm zustehende Beiträge zu Händen der

V\*\*\*\*\* Pensionskassen AG jeweils bei Fälligkeit zu entrichten, und 3. ihm einen allfälligen steuerlichen Differenzschaden, welcher ihm daraus entstehe, dass die ihm zustehende gesetzliche Abfertigung nicht fristgemäß von der Beklagten ausbezahlt worden sei, zur Gänze zu ersetzen. Im Übrigen erhob der Kläger gegen die Entlassung einen Verfristungseinwand sowie einen Mitverschuldenseinwand.

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage. Der Kläger sei berechtigt entlassen worden. Er habe versucht, die direkte Leistungszusage auf einen Pensionszuschuss wieder aufleben zu lassen, indem er dem Vertragsverfasser absichtlich die Verzichtsurkunde vom 14. 9. 1998 unterschlagen und in der Folge eine Vertragsformulierung empfohlen habe, welche das alte Pensionsrecht, auf das er ausdrücklich verzichtet gehabt habe, wieder in Geltung gesetzt hätte. Dieses Verhalten sei besonders verwerflich, weil er selbst seinerzeit der Verantwortliche für die Umwandlungen der ursprünglichen direkten Leistungszusagen in beitragsorientierte Pensionszusagen gewesen sei. Selbst wenn er von einer subsidiären Weitergeltung des einzelvertraglichen Pensionszuschusses ausgegangen wäre, hätte er Rechtsanwalt Dr. V\*\*\*\*\* auf die Abfindungserklärung vom 14. 9. 1998 hinweisen und die entsprechenden Vereinbarungen vorlegen müssen. Nach dem Ausscheiden des Klägers seien der Beklagten weitere Entlassungsgründe bekannt geworden. Im Zuge einer Prüfung durch die Oesterreichische Nationalbank im Jahre 2013 habe er bestimmte von ihm zu verantwortende Mängel der EDV absichtlich verschwiegen („Sparzinsen-vorrat“, „Buchungskosten“). Er habe auch Fehler gegenüber der Innenrevision vertuscht. Daraus seien der Beklagten Schäden in der Höhe von 112.500 EUR entstanden, welche die Beklagte gegen die Klagsforderung compensando einwende. Weiters habe der unter anderem für die Verwaltung der bankeigenen Liegenschaften alleinverantwortliche Kläger aus reiner Bequemlichkeit die Vermietung der Wohnung Top 2 in dem der Beklagten gehörenden Haus H\*\*\*\*\*gasse 7, \*\*\*\*\*, unterlassen, woraus ein ebenfalls compensando eingewendeter Schaden von 6.000 EUR resultiere. Bei den von der Parfümerie D\*\*\*\*\* GmbH im Haus K\*\*\*\*\* Straße 26, \*\*\*\*\*, angemieteten Bestandsobjekten habe er eine infolge Eigentümerwechsel mögliche Mietzinsanhebung unterlassen, was einen weiteren Grund für die Entlassung darstelle; den Mietzinsentgang von 2.100.911,27 EUR wendete die Beklagte gleichfalls als Schadenersatzforderung compensando ein.

Das Erstgericht wies die Klage ab. Es traf die eingangs wiedergegebenen – vom Obersten Gerichtshof zum Teil um den Inhalt unstrittig echter Urkunden ergänzten (vgl

RIS-Justiz

RS0121557 [T3]

) – sowie weitere Feststellungen. Die Entlassung sei berechtigt, weil der Kläger den Verhandlungsführern der Beklagten durch das Vorenthalten der Beilage ./2 (= Vereinbarung vom 14. 9. 1998) in über Monate laufenden Vertragsverhandlungen die Möglichkeit genommen habe, aus eigenem zu beurteilen, wie die dort enthaltene Klausel zu verstehen sei. Sämtliche entlassungsabhängigen und für den Zeitraum nach Ausspruch der Entlassung geltend gemachten Ansprüche stünden somit nicht zu. Solange die Parteien miteinander Gespräche über das rechtliche Schicksal des bei Betriebsübergang vorliegenden Dienstverhältnisses geführt hätten, könne auch noch nicht von einer Fälligkeit der Abfertigung ausgegangen werden; diese sei frühestens mit dem Scheitern der Gespräche durch den Ausspruch der Entlassung fällig geworden. Ob die Abfertigung zustehe, hänge daher gleichfalls von der – vom Erstgericht bejahten – Frage ab, ob die Entlassung des Klägers zu Recht ausgesprochen worden sei. Die Nachlässigkeit des Nichteinsichtnehmens der Beklagten in den Personalakt erreiche kein für ein Mitverschulden relevantes Ausmaß, zumal der Kläger bislang ein seriöses, langgedientes Mitglied der Führungsriege gewesen sei und man daher davon ausgegangen sei, über derartige Unterlagen informiert zu werden.

Das Berufungsgericht änderte das Ersturteil in ein dahingehendes Teilurteil ab, dass die Klagsforderung auf Zahlung von 214.958,54 EUR brutto samt 9,08 % Zinsen seit 15. 10. 2013 an den Kläger als zu Recht bestehend erkannt wurde; im Übrigen wurde die Klagsabweisung bestätigt. Die Entscheidung über die eingewendeten Gegenforderungen bis zur Höhe der zu Recht bestehenden Klagsforderung sowie über die Kosten des Verfahrens behielt das Berufungsgericht der Endentscheidung vor.

Das Berufungsgericht übernahm die Feststellungen des Erstgerichts mit folgenden Einschränkungen:

- Das Berufungsgericht nahm nicht wie das Erstgericht an, bei den seit 2003 jährlich vom Kläger namens der Genossenschaft beauftragten Berechnungen und Rückstellungen seien eigene einzelvertragliche Pensionsansprüche des Klägers zunächst nicht berücksichtigt worden. Vielmehr ging das Berufungsgericht aufgrund des übereinstimmenden Vorbringens der Parteien davon aus, dass der Kläger ab einschließlich der Bilanz für das Jahr 2003



einen Versicherungsmathematiker mit der Berechnung allenfalls erforderlicher Rückstellungen für die Dienstnehmer mit einer einzelvertraglichen Pensionszuschussregelung, darunter auch für seine eigene Person, beauftragt hatte.

- Das Berufungsgericht legte seiner Entscheidung den – oben wiedergegebenen – Wortlaut der E-Mail Dr. V\*\*\*\*\* an den Kläger vom 17. 10. 2012 zugrunde (worin der Kläger um die Erteilung relevanter Informationen zu seiner Pensionszuschussregelung ersucht wurde) und ging damit nicht wie das Erstgericht davon aus, dass Dr. V\*\*\*\*\* den Kläger mit dieser E-Mail um diesbezügliche „Informationen/Unterlagen“ ersuchte.

- Das Berufungsgericht verwarf die Tatsachenrügen des Klägers gegen mehrere Passagen im Ersturteil (und er entschied sich – obwohl Dr. V\*\*\*\*\* zum Pensionszuschuss weitere Unterlagen verlangt hatte (Blg ./M) – daher bewusst dafür, diese Urkunde nicht vorzulegen, den seinerzeitigen Verzicht nicht zu erwähnen und dem von Dr. V\*\*\*\*\* im Erstentwurf enthaltenen Passus zum Pensionszuschuss nicht zu widersprechen sondern vielmehr in seinem Sinne weiter zu modifizieren“ [Ersturteil Seite 33]; „Realistisch ist vielmehr, dass, wie in den neunziger Jahren allgemein üblich, offenbar auch der Kläger davon ausging, dass die Performance der Pensionskasse gute Erträge und eine für ihn zufriedenstellend hohe Pension erwirtschaften würde.“ [Ersturteil S 30]; „Wer, wenn nicht der Kläger als Geschäftsleiter, wäre damals in der Lage gewesen, den Pkt 4 dieses Musterformulars 'klarer' zu formulieren oder seinen wahren Wünschen entsprechend abändern zu lassen.“ [Ersturteil Seite 30]; „Dass der Kläger, wie er selbst im Widerspruch zu Frau Pe\*\*\*\*\* zugestand, vermeintliche eigene Pensionszuschuss-Ansprüche nicht in die Rückstellungen einbeziehen ließ ('Für mich selbst gab es nie auch nur einen Cent einer Rückstellung, das war niemals erforderlich'), spricht dafür, dass der Kläger jedenfalls 2005 noch wusste, dass er auf diese Ansprüche verzichtet hatte. Wäre das nämlich nicht der Fall gewesen, so hätte man doch ab dann auch für seine (einzelnvertraglichen Pensions)Ansprüche vorsichtshalber Rückstellungen bilden müssen und nicht nur bis in die Neunziger Jahre.“ [Ersturteil Seite 31]; „Es ist daher nachvollziehbar, dass in diesem Umfeld, schließlich verhandelte er mit einer jahrelangen, verdienten ('fit und proper' – Blg ./29) Führungskraft einer Bank, damit gerechnet hatte, dass ihm die Unterlagen (vom Kläger) zur Verfügung gestellt würden.“ [Ersturteil Seite 35]; „Das Beweisverfahren hat ergeben, dass der Kläger trotz im Jahr 1998 erfolgtem Verzicht auf sämtliche Ansprüche aus dem Pensionszuschuss gegen seine damalige Dienstgeberin gegenüber der nunmehrigen beklagten Partei versuchte, im Zuge der Vertragsverhandlungen einen Anspruch auf Pensionszuschuss gegen die beklagte Partei zu erwirken.“ [Ersturteil Seite 36]; der Kläger, mag er dies vielleicht vorher wirklich vergessen gehabt haben, die Blg ./2 im Zuge dieser Vorgänge gefunden und gelesen haben muss [Ersturteil Seite 32 f]) mit der Begründung, es handle sich um keine dislozierten Feststellungen, sondern bloß um Erwägungen bzw Ausführungen des Erstgerichts im Rahmen seiner Beweiswürdigung bzw rechtlichen Beurteilung.

- Zur Tatsachenrüge gegen die festgestellte Motivation des Klägers für sein Einverständnis mit der Vereinbarung vom 14. 9. 1998 samt Klausel in Punkt 4. vertrat das Berufungsgericht die Ansicht, die soweit unstrittige weitere Vorgangsweise des Klägers, ab der Bilanz 2003 auch für sich (und die anderen Mitarbeiter mit einer „subsidiären“ einzelvertraglichen Pensionszusage) versicherungsmathematische Berechnungen für allenfalls erforderliche Rückstellungen zu veranlassen, sowie der Inhalt seiner Stellungnahme vom 13. 10. 2013 sprächen „tatsächlich deutlich“ für die gewünschte Ersatzfeststellung (diese lautete: „Der Kläger war damals mit der Vereinbarung Blg ./2 (samt Klausel in Pkt 4.) einverstanden. Er ging nämlich davon aus, dass die gesamte Vereinbarung Blg ./2 und somit auch die Abgeltungsklausel im Punkt 4. sich nur auf den Pensionszuschuss gemäß dem Kollektivvertrag bezieht. Er ging weiters davon aus, dass nach wie vor die bankinterne Pensionszuschussregelung für ihn subsidiär gelten wird. Der Kläger hat die Klausel in Pkt 4. nicht als Verzicht auf die einzelvertragliche Pensionszusage aufgefasst.“). Auch diese Tatsachengrundlage würde jedoch nach Ansicht des Berufungsgerichts „im Ergebnis zu keiner anderen Beurteilung des Entlassungsgrundes führen“.

Rechtlich führte das Berufungsgericht insbesondere aus, selbst bei der vom Kläger vertretenen Auslegung bewirke die Abfindungsvereinbarung vom 14. 9. 1998 offensichtlich eine ganz wesentliche Änderung des Inhalts der einzelvertraglichen Pensionszuschussvereinbarung. Selbst wenn der Kläger von einer Weitergeltung der einzelvertraglichen Regelung ausgegangen sei, bleibe unverständlich, warum er die für seinen vertraglichen Pensionsanspruch jedenfalls zentrale Abfindungsvereinbarung Rechtsanwalt Dr. V\*\*\*\*\* verschwiegen habe. Konkret bringe der Kläger dafür auch keine Rechtfertigung vor. Eine drohende Schädigung der Beklagten durch dieses Verschweigen sei keinesfalls ausgeschlossen gewesen, da nach dem zuletzt vorgesehenen Vertragstext vom 4. 9. 2013 der Pensionszuschuss schlicht die Differenz zwischen der sich nach der Zuschussregelung vom 10. 8. 1960 ergebenden

Höhe und der tatsächlich ausbezahlten Pensionskassenleistung gewesen wäre, dies ohne Berücksichtigung des bereits ausbezahlten Abfindungsbetrags. Es liege nahe, dass die Beklagte dem Kläger nach seiner Pensionierung als Vorstand den Pensionszuschuss entsprechend dieser Vertragsklausel in voller Höhe ausgezahlt hätte beziehungsweise sogar auszahlen hätte müssen. Der Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit, für dessen Erfüllung weder eine Schädigungsabsicht auf Seiten des Arbeitnehmers noch ein konkreter Schadenseintritt beim Arbeitgeber erforderlich sei und ein bloß fahrlässiges Verhalten genüge, sei verwirklicht. Das Verhalten des Klägers, bei den Vertragsverhandlungen die erfolgte Abfindungsvereinbarung zu verschweigen und demgegenüber eine Formulierung vorzuschlagen, wonach ihm ein Pensionszuschuss in Höhe der Differenz zur tatsächlich ausbezahlten Pensionskassenleistung zustehe, habe nach dem Auftauchen der entsprechenden Abfindungsvereinbarung aus Sicht des Dienstgebers nur so verstanden werden können, dass sich der Kläger dadurch einen Pensionszuschuss jedenfalls in einer ihm nicht zustehenden Höhe erschleichen habe wollen. Dass die Abfindungsvereinbarung auf die Höhe des ihm zustehenden einzelvertraglichen Pensionszuschusses jedenfalls eine Auswirkung haben müsse, sei offensichtlich. Selbst wenn ihm die Konsequenzen seiner Vorgangsweise nicht bewusst gewesen wären, habe der Kläger diesen Vertrauensverlust jedenfalls fahrlässig zu verantworten. Die Beurteilung einer Handlung oder Unterlassung als ein Verschulden sei ein Akt der rechtlichen Beurteilung, sodass das Berufungsvorbringen, das Erstgericht habe keine Feststellungen zur inneren Tatseite des Klägers getroffen, ins Leere gehe.

Dass der Aufsichtsrat bzw der von ihm beauftragte Rechtsanwalt Dr. V\*\*\*\*\* im Zuge eigener Erhebungen auch in den Personalakt des Klägers Einsicht nehmen und dabei die Abfindungsvereinbarung erkennen hätte können, ändere nichts daran, dass sich die Beklagte zunächst vom Kläger erwarten habe können, dass dieser in den Gesprächen zur Vertragsgestaltung dem Vertragsverfasser die für die Formulierung seines Pensionsanspruchs wesentlichen Informationen erteile und nicht eine Vertragsformulierung veranlasse, aufgrund der er einen ihm so nicht zugestandenen Pensionszuschuss geltend machen könne. Soweit der Kläger ein (überwiegendes) Mitverschulden der Beklagten einwende und dazu darauf verweise, dass das nunmehrige Aufsichtsratsmitglied Mag. P\*\*\*\*\* die Abfindungsvereinbarung vom 14. 9. 1998 für die Beklagte unterfertigt habe, sei ihm entgegenzuhalten, dass der Entlassungsvorwurf darin bestehe, dass der Kläger gegenüber dem vom Aufsichtsrat beauftragten Rechtsanwalt die Abfindungsvereinbarung verschwiegen und die Formulierung eines Pensionszuschusses ohne Berücksichtigung dieser Abfindungsvereinbarung veranlasst habe. Dass das Aufsichtsratsmitglied Mag. P\*\*\*\*\* an diesem Verhalten des Klägers eine Mitschuld treffe, sei nicht nachvollziehbar. Die Kenntnis des Mag. P\*\*\*\*\* von der Abfindungsvereinbarung könnte allenfalls ein Mitverschulden an einem Schaden aus dem abgeschlossenen schriftlichen Vorstandsvertrag begründen. Die Tatsache, dass Mag. P\*\*\*\*\* die Abfindungsvereinbarung im Jahr 1998 unterfertigt habe, habe in keiner Weise zum Verschweigen dieser Vereinbarung seitens des Klägers gegenüber Dr. V\*\*\*\*\* beigetragen.

Die Entlassung sei auch unverzüglich ausgesprochen worden wie auch von einer Verwirkung des Entlassungsrechts hier keine Rede sein könne.

Im Ergebnis betrachtete das Berufungsgericht die Entlassung als berechtigt, weshalb die Abweisung der Zahlungsbegehren auf Kündigungsentschädigung an den Kläger und an die Pensionskasse sowie der entsprechenden Feststellungsbegehren als Teilurteil zu bestätigen gewesen sei.

Zur teilweisen Abänderung im klagsstattgebenden Sinn führte das Berufungsgericht aus, der Grundsatz der weisungsfreien Leitung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand schließe eine persönliche Abhängigkeit als Wesensmerkmal des Arbeitsverhältnisses aus, sodass der Anstellungsvertrag des einzelnen Vorstandsmitglieds kein Dienstvertrag, sondern ein sogenannter „freier Dienstvertrag“ sei. Der Anspruch des Klägers auf Abfertigung sei daher mit seiner Bestellung zum Vorstandsmitglied entstanden und fällig geworden. Richtig sei wohl, dass eine Vereinbarung mit dem Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, die Abfertigung aus dem bisherigen Angestelltenverhältnis nicht auszuzahlen, sondern auf den Abfertigungsanspruch weiterhin das AngG anzuwenden und die als Angestellter zurückgelegten Zeiten einzubeziehen, einem Günstigkeitsvergleich im Sinne des § 3 ArbVG standhalte und dadurch auch die Fälligkeit des aus dem Angestelltenverhältnis erfließenden Abfertigungsanspruchs hinausgeschoben werde. Zu einer solchen Vereinbarung sei es jedoch hier nicht gekommen. Wohl sei es richtig, dass sich der Kläger und der vom Aufsichtsrat beauftragte Rechtsanwalt Dr. V\*\*\*\*\* zuletzt auf einen Vertragsentwurf geeinigt hätten, der eine solche Vereinbarung vorgesehen habe. Unterfertigt und damit abgeschlossen sei diese Vereinbarung jedoch nicht

worden. Die vom Kläger auf Grundlage der Gehaltsabrechnung für Oktober 2012 vorgenommene Berechnung des Abfertigungsanspruchs sei zutreffend. Es errechne sich ein dem Kläger zustehender Abfertigungsanspruch in der Höhe von 214.958,54 EUR brutto.

Hinsichtlich der Abweisung eines (Abfertigungs-)Betrags von 8.092,84 EUR (223.051,38 EUR – 214.958,54 EUR) samt Zinsen erwuchs das Berufungsurteil in Rechtskraft, ebenso hinsichtlich der Abweisung des Zinsenmehrbegehrens bezüglich der zugesprochenen Abfertigung von 214.958,54 EUR und hinsichtlich der Abweisung des Feststellungsbegehrens bezüglich des steuerlichen Differenzschadens.

Gegen den klagsstattgebenden Teil des Berufungsurteils richtet sich die außerordentliche Revision der Beklagten mit einem auf gänzliche Klagsabweisung gerichteten Abänderungsantrag, hilfsweise mit einem Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag.

Gegen den klagsabweisenden Teil des Berufungsurteils, soweit dieser nicht unangefochten in Rechtskraft erwuchs, richtet sich die außerordentliche Revision des Klägers mit einem auf gänzliche Klagsstattgebung gerichteten Abänderungsantrag, hilfsweise mit einem Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag.

Die Beklagte beantragt in ihrer vom Senat freigestellten Revisionsbeantwortung, die außerordentliche Revision des Klägers mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage zurückzuweisen, hilfsweise ihr keine Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die außerordentliche Revision der Beklagten ist mangels Vorliegens einer Rechtsfrage der Qualität des § 502 Abs 1 ZPO nicht zulässig.

Die außerordentliche Revision des Klägers ist entgegen dem – den Obersten Gerichtshof nicht bindenden – Ausspruch des Berufungsgerichts zur Klarstellung der Rechtslage zulässig. Sie ist jedoch nicht berechtigt.

I. Zur außerordentlichen Revision der Beklagten:

I.1. Das Berufungsgericht ging zutreffend davon aus, dass Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft keine Arbeitnehmer sind. Sie stehen in keinem abhängigen Arbeitsverhältnis; soweit ein „Anstellungsvertrag“ (§ 75 Abs 1 AktG) besteht, begründet dieser lediglich ein sogenanntes freies Dienstverhältnis (

9 ObA 261/02a;

8 ObS 3/14w; 7 Ob 22/17m; vgl RIS-Justiz RS0027993). Hierin liegt begründet, dass mit der

Bestellung eines Angestellten zum

Vorstandsmitglied der Aktiengesellschaft sein bisheriges Angestelltenverhältnis – zumindest im Zweifel (Rebhahn in Neumayr/Reissner, ZellKomm3 § 1151 Rz 239; Schörghofer/Tinhofer in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch für den Vorstand [2017] Kap 7 Rz 3 mwH) – nicht bloß ruht (so noch 3 Ob 232/53 = HS 2104 = RIS-Justiz RS0026464), sondern erlischt und aufgrund der damit vorliegenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Abfertigungsanspruch fällig geworden ist (9 ObS 5/89; 9 ObS 6/89 = ZAS 1989/28 [Schima]). Nach ständiger Rechtsprechung ist es aber – wie ebenso bereits vom Berufungsgericht erkannt – zulässig zu vereinbaren, die Abfertigung aus dem bisherigen Arbeitsverhältnis nicht auszuzahlen, sondern insbesondere auf den Abfertigungsanspruch weiterhin das AngG anzuwenden und die als Angestellter zurückgelegten Zeiten einzubeziehen; eine solche Vereinbarung hält einem Günstigkeitsvergleich im Sinne des § 3 ArbVG stand (RIS-Justiz RS0028466).

I.2. Die Beklagte zieht in ihrer außerordentlichen Revision nun nicht in Zweifel, dass ohne eine besondere Vereinbarung durch den Eintritt eines Angestellten in den Vorstand der Abfertigungsanspruch entsteht und fällig ist. Sie will aber aus dem Sachverhalt eine Vereinbarung über die Nichtauszahlung der Abfertigung unter Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ableiten, also den Abschluss einer besonderen Vereinbarung. Das Berufungsgericht hat eine solche verneint, weil es – aufgrund der Entlassung des Klägers – nicht mehr zur Unterfertigung des zwischen Rechtsanwalt Dr. V\*\*\*\*\* und dem Kläger ausgehandelten Vertrags gekommen sei. Die Beklagte begründet die Zulässigkeit ihrer außerordentlichen Revision damit, dass in diesem Punkt dem Berufungsurteil eine grobe Fehlbeurteilung anhafte; das Berufungsgericht hätte trotz fehlender Unterfertigung von einer wirksamen Vereinbarung auszugehen gehabt.

I.2.1. Zum Abschluss des sogenannten „Anstellungsvertrages“ mit dem Vorstandsmitglied ist nach § 75 Abs 1 letzter

Satz AngG der Aufsichtsrat berufen (Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II 5 § 76 AktG Rz 75; Kalss in Kalss/Schauer, Gesellschaftsrecht 2 Rz 3/374; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG 2 § 75 Rz 17; Herzer/Strobl in Gratzl/Hausmaninger/Justich, Handbuch zur Aktiengesellschaft I [2017] Kap 6 Rz 32). Wenn die Beklagte sich darauf beruft, dass Dr. V\*\*\*\*\* und der Kläger sich nach den Feststellungen letztlich über den Vertragstext geeinigt hätten und damit bereits ein Vertrag geschlossen worden sei, so übergeht sie, dass Dr. V\*\*\*\*\* allein mit der Aushandlung und Erstellung eines (schriftlichen) Vertrags, nicht aber mit dessen Abschluss befasst war. Dies wurde von Dr. V\*\*\*\*\* auch immer nach außen hin kommuniziert, zumal die von ihm vorbereiteten, sowohl dem Kläger als auch Mitgliedern des Aufsichtsrates übermittelten Vertragsentwürfe immer eine Unterfertigung des Vertrags durch einerseits den Kläger, andererseits den Vorsitzenden des Aufsichtsrates Dr. H\*\*\*\*\* vorsahen.

I.2.2. Angesichts dieses Umstands sowie jenem, dass es zu keiner Vertragsunterfertigung mehr kam, ist es auch keinesfalls eine grobe Fehlbeurteilung, wenn das Berufungsgericht aus anderen festgestellten Umständen

– etwa jenen, dass der Kläger am Rande der Aufsichtsratssitzung vom 12. 9. 2013 gefragt wurde, ob man das Thema Abfertigung nicht endlich erledigen könnte und er nicht doch einverstanden wäre, sich die Abfertigung gleich auszahlen zu lassen, und der Kläger hierauf ein Berechnungsblatt übermittelte aus dem ersichtlich war, dass er von einer Abfertigung von mehr als 220.000 EUR ausging, und er erklärte, er sei mit einer Auszahlung einverstanden, sollte er diesen Betrag bekommen und das Ganze sicher mit 6 % versteuert werden – nicht den Schluss zog, es sei sehr wohl eine Vereinbarung getroffen worden, dem Kläger die Abfertigung (noch) nicht auszuzahlen. Gerade wenn ein schriftlicher Vertrag geschlossen werden sollte, ist besondere Vorsicht geboten, trotz der unterbliebenen Unterfertigung einen schlüssigen Vertragsschluss (§ 863 ABGB) anzunehmen. Ob durch ein schlüssiges Verhalten ein

Vertrag zustande gekommen ist, hängt im Übrigen typischerweise von den Umständen des Einzelfalls ab und stellt daher in der Regel keine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO dar (RIS-Justiz RS0081754 [T8]). Nur bei einer – hier jedenfalls nicht vorliegenden – groben Fehlbeurteilung ist die Frage, ob ein Vertrag schlüssig zustande gekommen ist, revisibel (

RIS-Justiz RS0043253 [T7]).

I.3. Das Berufungsgericht erachtete den Abfertigungsanspruch mangels Abschlusses einer entgegenstehenden Vereinbarung als mit Eintritt des Klägers

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)