



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Dr. Spenling als Vorsitzenden, den Hofrat Hon.-Prof. Dr. Kuras und die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Manfred Engelmann und Alfred Klair als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Ing. P***** S*****, vertreten durch Neger/Ulm Rechtsanwälte OG in Graz, gegen die beklagte Partei Dr. A***** I*****, als Masseverwalter im Konkurs der A***** Baugesellschaft mbH (40 S 4/08y des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz) vertreten durch Graf & Pitkowitz Rechtsanwälte GmbH in Graz, sowie die Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei U***** AG, *****, vertreten durch Fellner, Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen 512.730 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 19. November 2009, GZ 7 Ra 79/09f-19, womit aufgrund der Berufungen der beklagten Partei und der Nebenintervenientin das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz als Arbeits- und Sozialgericht vom 21. April 2009, GZ 29 Cga 23/09t-8, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, binnen 14 Tagen der beklagten Partei und der Nebenintervenientin die jeweils mit 3.046,32 EUR (darin 507,52 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der Kläger war seit dem Jahre 1963 Angestellter der späteren Gemeinschuldnerin bzw ihrer Rechtsvorgängerin, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Mit 29. 8. 1989 wurde er zum Geschäftsführer bestellt. In seinem Geschäftsführervertrag wurde dem Kläger der Anspruch auf einen Ruhebezug samt Hinterbliebenenversorgung zugesagt. Die wesentlichen Punkte dieser Vereinbarung lauteten wie folgt:

„1. Der Geschäftsführer und seine im Vertrag genannten nahen Angehörigen haben Anspruch auf einen Ruhebezug. Der Anspruch auf Ruhegenuss beginnt mit Beendigung des Dienstverhältnisses.

2. Der Ruhegenuss beträgt 70% des letzten Geldbezuges ohne Sachbezüge und ohne Einrechnung der Prämie vor Beendigung des Dienstverhältnisses. (...)“

Am 10. 6. 1994 schloss der Kläger mit der späteren Gemeinschuldnerin eine Nachtragsvereinbarung zum Geschäftsführervertrag vom 31. 8. 1989, der hinsichtlich des Ruhebezugs insbesondere folgende Regelungen enthielt:

„Herr (...) hat Anspruch auf Ruhegehalt für den Fall des Ausscheidens aus den Diensten der Gesellschaft

a) frühestens nach dem 31. 12. 1999, jedoch nur bei gleichzeitiger Inanspruchnahme der staatlichen Rente, oder

b) infolge Eintritt der dauernden Invalidität.

(...) Der Anspruch auf Ruhegehalt beträgt 75 vom Hundert der Berechnungsgrundlage für das Ruhegehalt. Berechnungsgrundlage für das Ruhegehalt ist das Grundgehalt unter Ausschluss von Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld und Tantiemen vor Beendigung des

Dienstverhältnisses. (...)“

Dieser Vereinbarung entsprechend erfolgte ab Pensionsantritt des Klägers (1. 1. 2000) die Zahlung seines Ruhebezugs. Am 21. 1. 2008 wurde über das Vermögen der ehemaligen Dienstgeberin des Klägers der Konkurs eröffnet und der Beklagte zum Masseverwalter bestellt. Zum Stichtag der Konkurseröffnung belief sich der versicherungsmathematisch errechnete Bruttobarwert des vereinbarten Ruhegehalts auf 1.343.177,44 EUR. Im Konkurs wurde der Nettobarwert von 1.186.629,54 EUR als Konkursforderung des Klägers anerkannt und festgestellt.

Die Gemeinschuldnerin unterhielt insgesamt vier Wertpapierdepots, darunter zwei bei der Nebenintervenientin, die per Konkurseröffnung einen Kurswert von 844.072,35 EUR und 89.889,03 EUR aufwiesen.

Im Februar 2000 verpfändete die spätere Gemeinschuldnerin sämtliche Wertpapierdepots zur Besicherung eines Konsortialkredits sowie zur Besicherung sonstiger Forderungen aus Geld- und Haftungskrediten an die Nebenintervenientin. Die zu besichernden unbedingten Forderungen überstiegen per 7. 4. 2009 insgesamt den Kurswert aller Wertpapierdepots. Sämtliche Depotauszüge wiesen Sperrvermerke zu Gunsten der Nebenintervenientin auf.

Eines der bei der Nebenintervenientin bestehenden Depots wurde mittlerweile einvernehmlich verwertet, das Realisat befindet sich auf einem Konto der Nebenintervenientin mit einem Stand von 838.476 EUR (per 1. 9. 2009). Bei diesen realisierten, nunmehr streitgegenständlichen Wertpapieren erfolgte nie eine rechtsgeschäftliche Widmung oder Verpfändung gegenüber den pensionsanwartschafts- bzw leistungsberechtigten

Arbeitnehmern der Gemeinschuldnerin.

Der Kläger ist der einzige betriebspensionsberechtigte Gläubiger der Gemeinschuldnerin. Er macht ein Ersatzabsonderungsrecht gemäß § 11 Abs 1 BPG am Verwertungserlös aus dem letztgenannten Wertpapierdepot geltend und begehrt bei sonstiger Exekution in das genannte Konto die Zahlung von 512.730 EUR brutto, errechnet aus einer gesetzlichen Mindestwertpapierdeckung von 671.588,72 EUR abzüglich der Leistung der IEF-Service GmbH in Höhe von 158.859 EUR.

Die für seine Betriebspensionszusage gemäß § 211 Abs 2 UGB zu bildenden Rückstellungen seien gemäß § 11 Abs 1 BPG mit Wertpapieren gedeckt worden. Die Widmung zu diesem Zweck ergebe sich aus den eingeholten versicherungsmathematischen Gutachten und den jeweiligen Bilanzprüfvermerken. An dieser Wertpapierdeckung stehe ihm gemäß § 11 BPG ein gesetzliches Pfandrecht und ein Absonderungsrecht im Konkurs zu. Die Verpfändung des gegenständlichen Wertpapierdepots zu Gunsten der Nebenintervenientin sei aufgrund des gesetzlichen Exekutionsverbots unwirksam.

Beklagter und Nebenintervenientin wandten ein, das BPG sei auf die vor seinem Inkrafttreten begründete Pensionszusage überhaupt nicht anwendbar, jedenfalls aber begründe § 11 BPG kein echtes gesetzliches Pfandrecht. Mangels erkennbarer Widmung der Wertpapiere durch den Arbeitgeber zu Gunsten der Ruhegenussberechtigten seien sie der Nebenintervenientin wirksam verpfändet worden. Der beklagte Masseverwalter sei nicht passiv legitimiert, weil er nicht über das gegenständliche Konto disponieren könne, das Klagebegehren wäre statt dessen mit Pfandvorrechtsklage

gegen die Nebenintervenientin zu richten gewesen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Die Ergänzung des Geschäftsführerdienstvertrags vom 10. 6. 1994 stelle eine Novation des Vertrags aus dem Jahr 1989 in allen das Ruhegehalt betreffenden Passagen dar. Die Pensionszusage unterliege daher zur Gänze dem BPG. Eine rechtsgeschäftliche Widmung der Wertpapiere für die Pensionsrückstellung sei für die Begründung einer Sondermasse nach § 11 Abs 1 BPG nicht erforderlich, weil diese Bestimmung nicht nur den Anspruch auf Pfandbestellung, sondern ein echtes gesetzliches Pfandrecht gewähre. Die Befriedigungsrechte des Klägers gingen daher dem vertraglichen Pfandrecht der Nebenintervenientin vor.

Das Berufungsgericht änderte diese Entscheidung über Berufung der Beklagten und der Nebenintervenientin im klagsabweisenden Sinn ab. Die Änderung der Pensionszusage durch die Ergänzung des Geschäftsführervertrags im Jahr 1994 erfülle zwar nicht die Voraussetzungen einer Novation, dessen ungeachtet seien die Bestimmungen des BPG auf die nach dem 30. 6. 1990 erworbenen Anwartschaften des Klägers anzuwenden. Die Rechtsnatur der von § 11 Abs 1 BPG den Anspruchsberechtigten eingeräumten Sicherung sei im Schrifttum umstritten; das Berufungsgericht schließe sich der Auffassung an, dass es zur Begründung eines Pfandrechts der Arbeitnehmer an einem gemäß § 11 Abs 1 BPG eingerichteten Wertpapierdepot einer nach außen erkennbaren Widmung bedurft hätte. Nur dann wäre dieses Depot im Sinn des pfandrechtlichen Publizitätsprinzips ausreichend von zu anderen Zwecken angeschafften Wertpapieren unterscheidbar gewesen. Da jedoch einschlägige höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Bestimmung des § 11 Abs 1 BPG fehle, sei die ordentliche Revision zuzulassen.

Die vom Beklagten und der Nebenintervenientin beantwortete Revision des Klägers ist aus den vom Berufungsgericht angeführten Gründen zulässig, aber nicht berechtigt.

1. Der noch im Berufungsverfahren erhobene Einwand der mangelnden Passivlegitimation des Masseverwalters wird in dessen Revisionsbeantwortung nicht mehr releviert, sodass es insofern genügt, auf die zutreffende Beurteilung des Berufungsgerichts zu verweisen. Der Masseverwalter ist im Prozess über einen Absonderungsanspruch, dessen Bestehen er bestreitet, passiv legitimiert (zur Anwendung des streitigen Verfahrens: *Deixler-Hübner* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 11 KO Rz 7, 12; *Konecny*, Keine Entscheidung über Aus- und Absonderungsrechte im Konkursverfahren ZIK 2004/94, 74; zur Passivlegitimation: *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 6 KO Rz 26 ff).

2. Was die Anwendbarkeit des BPG auf die Ruhegenussansprüche des Klägers anlangt, ist zunächst festzuhalten, dass die im Jahre 1989 geschlossene Ruhegehaltsvereinbarung eine sogenannte Administrativpension betraf, die ausschließlich an die Beendigung des Dienstverhältnisses geknüpft war und weder eine Wartezeit, noch die Erreichung eines bestimmten Lebensalters oder die Zuerkennung einer Pension aus der gesetzlichen Pflichtversicherung als Leistungsvoraussetzungen erforderte. Nach § 1 Abs 1 BPG fallen aber nur Zusagen zu einer die gesetzliche Pensionsversicherung ergänzenden Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung in den Anwendungsbereich des Gesetzes. Leistungen, die weder der Ergänzung einer gesetzlichen Pension noch der Versorgung wegen Alters oder

Invalidität dienen, werden nicht erfasst. Administrativpensionen sind daher überhaupt keine Versorgungszusagen im Sinne des BPG (9 ObA 602/92; *Schrammel* BPG, 10 f; *Farny-Wöss* Betriebspensionsgesetz Pensionskassengesetz, 42 f).

3. Mit der einvernehmlichen Änderung der Ruhegehaltsvereinbarung im Nachtrag zum Geschäftsführervertrag vom 10. 6. 1994 wurde der Leistungsanspruch des Klägers dahin geändert, dass er an das Erreichen eines Stichtags sowie an die gleichzeitige Inanspruchnahme einer staatlichen „Rente“ - oder des Vorliegens eines Bescheides der Pensionsversicherung über das Bestehen dauernder Invalidität - geknüpft wurde. Erstmals diese Vereinbarung erfüllte die relevanten Merkmale einer Versorgungszusage nach § 1 Abs 1 BPG, nur auf die aus dieser Vereinbarung entspringenden Rechte und Pflichten sind die Bestimmungen des BPG anzuwenden.

Anwartschaftszeiten aus Pensionsvereinbarungen vor dem 10. 6. 1994 würden für die klagsgegenständlichen Ansprüche nach Eintritt des Leistungsanfalls im Übrigen auch schon deswegen keine Rolle spielen, weil die Höhe des Ruhegenusses nie an die Dauer der Anwartschaft geknüpft war, sondern ausschließlich an den letzten Aktivbezug. Eine Aufteilung des Ruhegenussanspruchs in auf „alten“ und „neuen“ Anwartschaften beruhende Leistungsteile (vgl *Schrammel* aaO, 243) wäre überhaupt nicht möglich.

4. Regelungsgegenstand des BPG ist die Sicherung von Leistungen, die Arbeitnehmern im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber gemacht werden. Das Gesetz gilt nach § 1 Abs 2 BPG auch für Zusagen nach seinem Abschnitt 2 oder 2a an Mitglieder von Vertretungsorganen juristischer Personen des

Privatrechts, sofern sie aus dieser Tätigkeit Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit gemäß § 25 EStG 1988 beziehen und der Arbeitgeber Träger einer betrieblichen Pensionskasse ist oder zu Gunsten seiner Arbeitnehmer einer überbetrieblichen Pensionskasse beigetreten ist.

Mit der Frage, welche Konsequenzen sich aus dem Verhältnis von § 1 Abs 1 und 2 BPG für Fremdgeschäftsführer und geringfügig beteiligte Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH ergeben, die zwar einerseits arbeitsrechtlich als Arbeitnehmer angesehen werden (Arb 10.767, RIS-Justiz RS0086024) andererseits aber als Organmitglieder einer juristischen Person auch die Definition des zweiten Absatzes erfüllen, hatte sich der Oberste Gerichtshof bisher nicht zu befassen. Auch in der Literatur wurde diese Frage selten thematisiert und nicht einhellig beantwortet (Übersicht zum Meinungsstand bei *Drs*, Ausgestaltung und Abänderung betrieblicher Pensionszusagen, DRdA 2007 Heft 3, 243).

Ein Teil der Lehrmeinungen sieht in § 1 Abs 2 BPG eine *lex specialis* zu dessen Abs 1 (*Runggaldier*, Sind Pensionszusagen an GmbH-Geschäftsführer vom BPG erfasst?, RdW 1991, 16; *Runggaldier/Schima*, Managerdienstverträge³, 139 f; *Schima* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht [2006] Kap VII Rz 71, FN 182; *Schima*, JBl 1993, 498 f; s.A. Erl BMF 26. 03. 1998, RdW 1998, 309; im Ergebnis auch 6 Ob 13/05p).

Aus dem Gebrauch des Wortes „auch“ in § 1 Abs 2 BPG lasse sich zwar der Eindruck gewinnen, dass der Gesetzgeber den Geltungsbereich des Gesetzes hinsichtlich der Pensionskassenregelungen auf eine Personenkategorie ausdehnen wollte, von der er angenommen habe, dass sie davon noch nicht erfasst sei. Dagegen spreche einerseits der

Sinn einer Gleichbehandlung sämtlicher Organmitglieder, wesentlich sei aber, dass sich § 1 Abs 2 BPG nur auf jene Organmitglieder beziehe, die aus dieser Tätigkeit Einkünfte aus nichtselbstständiger Tätigkeit iSd § 25 EStG beziehen. Der in § 1 Abs 2 BPG umschriebene Personenkreis decke sich daher praktisch zur Gänze mit dem Kreis jener Geschäftsführer, die wegen persönlicher Abhängigkeit als Arbeitnehmer gelten, sodass kaum ein konkreter erweiterter Anwendungsbereich für § 1 Abs 2 BPG verbleibe, wenn das Gesetz auf die Ansprüche dieser Geschäftsführer nach Abs 1 ohnehin zur Gänze anzuwenden sein sollte (*Runggaldier* aaO).

Nach der gegenteiligen Ansicht (*Schrammel*, ZAS 1991, 75; *ders*, BPG, § 2, 2.2.1; *Resch* in ZellKomm § 1, 2 BPG Rz 13; *Farny/Wöss*, BPG § 1) kommt § 1 Abs 1 BPG ein Anwendungsvorrang zu. Nach dieser Auffassung ist das Gesetz auf Leistungszusagen an angestellte Fremdgeschäftsführer zur Gänze anzuwenden, weil § 1 Abs 2 BPG den Geltungsbereich des Abs 1 nicht einschränken, sondern partiell erweitern wolle. Mit dieser Bestimmung habe der Gesetzgeber nur eine vorbestehende Regelung des Versicherungsaufsichtsgesetzes über die Möglichkeit der Einbindung von Organmitgliedern in Pensionskassenregelungen übernommen. Der für Arbeitnehmer in Führungspositionen vorgesehene Schutz werde dadurch nicht eingeschränkt, sodass die Arbeitnehmereigenschaft einer Mitgliedschaft im Vertretungsorgan der juristischen Person vorgehe (*Schrammel*, BPG § 2 2.2.1).

Der erkennende Senat schließt sich dieser Auslegung an. Zu den in § 1 Abs 2 BPG genannten Einkünften nach § 25 EStG 1988 zählen - soweit im gegebenen Zusammenhang relevant - auch Bezüge und Vorteile von

Personen, die an Kapitalgesellschaften nicht wesentlich iSd § 22 Z 2 EStG beteiligt sind, auch wenn bei einer sonst alle Merkmale eines Dienstverhältnisses aufweisenden Beschäftigung die Verpflichtung, den Weisungen eines anderen zu folgen, aufgrund gesellschaftsvertraglicher Sonderbestimmung fehlt. Durch die Verweisung auf § 25 EStG in § 1 Abs 2 BPG werden diese Personen hinsichtlich der Pensionskassenregelungen zusätzlich zu den bereits in Abs 1 erfassten Arbeitnehmern partiell in den Anwendungsbereich des BPG einbezogen.

Der Kläger war nach dem Stand des Firmenbuchs nicht Gesellschafter, sondern Fremdgeschäftsführer der gemeinschuldnerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Er galt daher - eine allfällige vertraglich bedungene Weisungsfreiheit wurde im Verfahren nicht behauptet - als Arbeitnehmer, dessen Ruhegenussansprüche aus der mit Vereinbarung vom 10. 6. 1994 begründeten Direktpensionszusage nach § 1 Abs 1 den Bestimmungen des dritten Abschnitts des BPG unterliegen.

5. Mit dem Vorbringen, das Berufungsgericht habe die vom Erstgericht getroffene Feststellung über das Bestehen einer Wertpapierdeckung (auch) für Pensionsansprüche zum Stichtag 31. 12. 1999 zu Unrecht nicht übernommen, releviert der Kläger die im Revisionsverfahren nicht mehr bekämpfbare Beweiswürdigung. Ob eine „gesetzmäßige“ Wertpapierdeckung vorlag, ist hingegen ebenso eine Rechtsfrage wie die Beurteilung, ob die bemängelte Feststellung für das Verfahrensergebnis erheblich ist.

6. Zur Bilanzierung verpflichtete Unternehmen haben nach § 198 Abs 8 Z 4 lit b UGB für laufende Pensionen und Anwartschaften auf Pensionen Rückstellungen zu bilden,

die gemäß § 211 Abs 2 UGB mit dem sich nach versicherungsmathematischen Grundsätzen ergebenden Betrag anzusetzen sind.

Von der unternehmensrechtlichen Rückstellungspflicht ist die steuerliche Begünstigung dieser Rückstellungen zu trennen, die nach § 9 Abs 1 Z 2 iVm § 14 Abs 7 EStG 1988 neben einer schriftlichen, rechtsverbindlichen und unwiderruflichen Zusage voraussetzt, dass sie durch Wertpapiere, insbesondere Schuldverschreibungen bestimmt qualifizierter Schuldner oder qualifizierte Rückdeckungsversicherungen, zu decken sind. Die Wertpapiere müssen im Nennbetrag von mindestens 50 % des am Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres in der Bilanz ausgewiesenen Rückstellungsbetrags im Betriebsvermögen vorhanden sein, Unterdeckung führt zur Erhöhung des zu versteuernden Gewinns.

Soweit Wertpapiere oder Ansprüche aus Rückdeckungsversicherungen nicht ausschließlich der Besicherung von Pensionsanwartschaften oder Pensionsansprüchen dienen, erfüllen sie nicht das steuerrechtliche Deckungserfordernis (§ 14 Abs 7 Z 1 letzter Satz EStG).

7. Die Verpflichtung nach § 11 Abs 1 BPG, für direkte Leistungszusagen wertpapiergedeckte Rückstellungen zu schaffen, knüpft an die unternehmensrechtlichen Bilanzierungsgrundsätze an. „Sofern“ diese auf den Arbeitgeber zutreffen, „ist“ die Wertpapierdeckung nach den Vorschriften der §§ 14 Abs 7, 116 Abs 4 EStG 1988 zu erfüllen. Die dazu angeschafften Wertpapiere sind, außer zur Befriedigung der Ansprüche der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten, der Exekution entzogen und bei einer inländischen Bank, die zum Betrieb des Depotgeschäfts

berechtigt ist, zu verwahren (§ 11 Abs 4 BPG). Sie dürfen weder verpfändet noch veräußert werden (§ 9 BPG).

Im Insolvenzverfahren des Arbeitgebers bilden diese Wertpapiere nach § 11 Abs 1 BPG eine Sondermasse (§ 48 Abs 1 IO nach Art I Z 74 IRÄG 2010) für die Ansprüche der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten aus einer direkten Leistungszusage (bzw des Insolvenz-Entgeltfonds nach § 11 Abs 3 BPG).

8. Das Recht der pensionsberechtigten Arbeitnehmer auf vorrangige Befriedigung aus der Wertpapierdeckung im Konkurs des Arbeitgebers begründet ein gesetzliches „Pfand- und Befriedigungsrecht“ iSd § 48 IO (KO) (vgl auch § 23 DepG - Absonderungsansprüche der Hinterleger und Kommittenten von Wertpapieren im Konkurs des Kreditunternehmens; §§ 4, 5 IEG - Ansprüche aus Pfandbriefen; § 12 Abs 2 BUAG - von der BUAK überwiesene Urlaubsentgelte; § 36 Abs 1 BMSVG - der Veranlagungsgemeinschaft zugeordnete Vermögenswerte; § 157 VersVG - Entschädigungsforderung des insolventen Versicherungsnehmers). Nach der aus den Materialien zu erschließenden Intention des Gesetzgebers soll der zivilrechtlichen Verpflichtung des Arbeitgebers zum Aufbau einer Wertpapierdeckung „ein subjektives und klagbares Recht des Arbeitnehmers zur Befriedigung seiner Ansprüche aus der Wertpapierdeckung“ entsprechen (ErläutRV 387 BlgNR 20. GP).

Das vorrangige Befriedigungsrecht nach § 11 BPG verschafft den Pensionsberechtigten daher nicht nur einen klagbaren gesetzlichen Anspruch auf Einrichtung der gesetzlich vorgeschriebenen Wertpapierdeckung (wie dieser Anspruch konkret durchsetzbar wäre und wem eine Klagslegitimation zukäme, ist hier nicht zu prüfen; vgl

Schauer, Wertpapierdeckung der Pensionsrückstellung und Anspruchssicherung der Arbeitnehmer, GesRZ 1997, 152 ff; *Reissner*, aaO [187], unter Ablehnung der ggt Ansicht *Schulyoks* in *Konecny/Schubert*, KO § 48 Rz 194).

9. Nach dem sachenrechtlichen Spezialitätsprinzip können Pfandrechte nur an bestimmten, einzelnen Sachen, Rechten oder an Sachanteilen begründet werden, nicht aber allgemein an Sachgesamtheiten oder gar am ganzen Vermögen des Pfandbestellers (vgl ua *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 447 Rz 2). Das Bestehen eines insolvenzrechtlichen Absonderungsrechts hängt von der eindeutigen Bestimmbarkeit der Sondermasse und ihrer Trennung vom übrigen Vermögen des Schuldners ab. Auch gesetzliche Pfandrechte (vgl § 1101 ABGB; § 1321 ABGB; § 23 DepG, §§ 4, 5 IEG, § 36 Abs 1 BMSVG; §§ 19, 19a RAO; § 12 Abs 2 BUAG; § 157 VersVG) gehen durch Vermischung unter (vgl RIS-Justiz RS0081568; RS0064764).

Ist die potentielle Sondermasse - gleich aus welchem Grund - vor Konkurseröffnung nicht mehr bzw nicht mehr unterscheidbar vorhanden, kommt eine vorrangige Befriedigung daraus nicht in Frage (8 Ob 29/95). Die Sicherung der Arbeitnehmeransprüche als Sondermasseforderungen kann daher grundsätzlich nur Wertpapiere erfassen, die eindeutig für diesen Zweck bestimmt und tatsächlich vorhanden sind; es ist keine fiktive Sondermasse zu bilden (RIS-Justiz RS0115760; RS0081568; 8 Ob 29/95 [zu § 12 Abs 2 BUAG]; *Reissner*, Die Absonderungsansprüche der Betriebspensionisten gemäß § 11 BPG ZIK 2009, 185). Ein rechtswidriges Unterbleiben oder eine verbotswidrige Verringerung der Wertpapierdeckung nach § 11 BPG wirkt sich daher im Insolvenzfall zu Lasten

der Absonderungsansprüche der Betriebspensionsberechtigten aus.

10. Da es jedem Unternehmer unbeschadet gesetzlicher Rückstellungspflichten grundsätzlich frei steht, Wertpapiere auch zu anderen Zwecken anzuschaffen, insbesondere als Liquiditätsreserve, ergeben sich bei Fehlen einer konkreten Widmung zwangsläufig Abgrenzungsprobleme. Aus dem Gesetz selbst lässt sich nicht nachvollziehen, wie die nach §§ 9 und 11 BPG besonders geschützte Wertpapierdeckung vom übrigen Betriebsvermögen abzugrenzen und zu individualisieren ist (vgl die Kritik von *Schauer*, aaO [172] mwN; vgl auch VfGH 6. 10. 2006 G 48/06, [es habe im Anlassfall dahingestellt zu bleiben, ob § 11 BPG die Verknüpfung von Rückstellungsverpflichtung und Absicherung der künftigen Zahlungsverpflichtung des Arbeitgebers in sachlich hinreichender Form gewährleistet]). Dem Gesetzeszweck, die Rechtsposition der Pensionsberechtigten zu stärken, wird mit der geltenden Regelung kaum Genüge getan, zumal gerade in Zeiten wirtschaftlicher Anspannung die subjektive Bereitschaft und Fähigkeit des Arbeitgebers zur Erfüllung der Rückstellungsverpflichtung umso mehr sinken wird, als in Verlustjahren auch steuerliche Anreize keine Wirkung entfalten können.

Weder der Verweis auf die Bilanzierungsvorschriften, noch jener auf das Steuerrecht ist für eine konkrete Zuordnung einzelner Vermögenswerte zu den in der Bilanz bzw Steuererklärung genannten Pauschalsummen und Bezeichnungen von Nutzen. Auch die gesetzliche Verpflichtung zur Verwahrung der Wertpapierbestände bei einer Depotbank schließt die Vermengung von zur Rückstellungsdeckung dienenden

Wertpapieren mit zu anderen Zwecken gehaltenen nicht aus. Das Berufungsgericht ist aus diesem Grund zutreffend von einer mangelnden rechtlichen Relevanz der vom Revisionswerber begehrten Feststellungen über die Bilanz der Gemeinschuldnerin für das Jahr 1999 ausgegangen.

11. Ob bei Fehlen einer rechtsgeschäftlichen Widmung des Arbeitgebers, die Klarheit darüber herbeiführen würde, dass er sich bezüglich bestimmter Papiere zu Gunsten der pensionsberechtigten Arbeitnehmer den Verfügungsbeschränkungen nach §§ 9, 11 BPG unterworfen hat, eine konkludente Zuordnung genügen kann (*Schauer* aaO [168], vgl auch *Reissner* aaO [187], der eine nicht näher spezifizierte „buchhalterische Widmung“ in den Raum stellt), ist im vorliegenden Fall nicht abschließend zu erörtern.

Notwendig bleibt nämlich wegen des Spezialitätsprinzips jedenfalls, dass die Zuordnung der vorhandenen Wertpapiere als Deckung der Pensionsrückstellung eindeutig und in Willkür ausschließender Weise nachvollziehbar ist (vgl *Schauer*, aaO). Diese Zuordnung kann nicht gelingen, wenn mehrere Wertpapierdepots gehalten werden, die darüber hinaus gegenüber Dritten ausdrücklich anderen Zwecken als der Pensionsrückstellung, nämlich der Kreditbesicherung, gewidmet waren (sodass sie auch das steuerrechtliche Deckungserfordernis nicht erfüllen konnten, vgl § 14 Abs 7 Z 1 letzter Satz EStG). Die von *Schauer* (aaO [169 f]) vorgeschlagene Lösung, bei einer Mehrzahl von nicht gewidmeten, aber zur Deckung geeigneten Wertpapieren zumindest im Zweifel alle der Sondermasse zuzuordnen, kann hier schon deswegen nicht verfolgt werden, weil konkrete anderweitige Zweckwidmungen bestehen.

Da eine Zuordnung der im streitgegenständlichen

Depot bei Konkurseröffnung vorhandenen Wertpapiere zur Deckung von Pensionsrückstellungen nicht möglich ist, kommt eine vorrangige Befriedigung des Klägers als Anspruchsberechtigtem nach § 11 BPG daraus (bzw aus dem Verwertungserlös) nicht in Betracht.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO. Ein Streitgenossenzuschlag gebührt mangels der Voraussetzungen des § 15 lit a RATG nicht (RIS-Justiz RS0036033, RS0045327).

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 26. April 2011
Dr. S p e n l i n g
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: