

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

04.05.2005

Geschäftszahl

8ObA99/04y

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofs Hon. Prof. Dr. Langer als Vorsitzende und durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Spenling und die Hofrätin des Obersten Gerichtshofes Dr. Lovrek sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Johannes Pflug und Mag. Michael Zawodsky als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der antragstellenden Partei Ö*****, vertreten durch Dr. Georg Grießer, Dr. Roland Gerlach, Dr. Sieglinde Gahleitner, Rechtsanwälte in Wien, wider den Antragsgegner V*****, vertreten durch Korn Frauenberger Rechtsanwälte OEG in Wien, wegen Feststellung nach § 54 Abs 2 ASGG, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

Spruch

I. Die Äußerung des Antragstellers zur Stellungnahme des Antragsgegners vom 14. 1. 2005, die Urkundenvorlage des Antragstellers vom 1. 3. 2005 und die Urkundenvorlage des Antragsgegners vom 14. 3. 2005 werden zurückgewiesen.

II. 1. Der Antrag, der Oberste Gerichtshof möge feststellen, dass den Leistungsberechtigten, die vor dem 12. 3. 1991 ein Dienstverhältnis zur B*****-Aktiengesellschaft eingingen und deren Pensionsanwartschaften, die ihnen aufgrund der Arbeitsordnung für Dienstnehmer der B*****-Aktiengesellschaft (B*****) vom 6. 2. 1963 zustanden, mit Betriebsvereinbarung vom 10. 10. 1997 über die Errichtung einer Alters-Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung durch den Beitritt zum K***** AG in diese Pensionskassen übertragen wurden, gegenüber der B*****-Aktiengesellschaft unter Anrechnung der von den genannten Pensionskassen bezahlten Pensionskassenleistung Anspruch auf eine Pensionszahlung haben, wie sie sich aufgrund der genannten Arbeitsordnung errechnet, wird abgewiesen.

2. Der Eventualantrag, der Oberste Gerichtshof möge feststellen, dass die unter II.1. genannten Leistungsberechtigten Anspruch darauf haben, dass die B*****-Aktiengesellschaft an die V***** AG einen Nachschuss leistet, aufgrund dessen die Pensionskassen in die Lage versetzt werden, eine Pensionskassenleistung in der Höhe auszuschütten, wie sie aufgrund der vorgenannten Arbeitsordnung zusteht, wird abgewiesen.

Text**Begründung:**

Zu I.:

Nach § 54 Abs 3 ASGG ist nur ein Auftrag zur Stellungnahme durch den Antragsgegner vorgesehen. Ergänzungen des Antrages, die weitere Aufträge an den Antragsgegner zur Stellungnahme im Sinn des § 54 Abs 3 ASGG erfordern würden, sind nicht zulässig (8 ObA 52/03k; Aubauer/Kaszanits, Kollektives Klagerecht als Testprozess (§ 54 ASGG) in FS Bauer/Maier/Petrag 303 f). Ergänzungen und Berichtigungen des ursprünglichen Antrages, die für seine Zulässigkeit (Schlüssigkeit) erforderlich sind, enthalten weder die Äußerung des Antragstellers zur Stellungnahme des Antragsgegners noch die Urkundenvorlagen, die sich im Übrigen auf ein hier nicht relevantes Verfahren eines ehemaligen Arbeitnehmers gegen einen anderen Arbeitgeber beziehen.

Zu II.:

Der Antragsteller ist eine auf freiwilliger Mitgliedschaft beruhende Berufsvereinigung der Arbeitnehmer, die gemäß § 4 Abs 2 ArbVG kollektivvertragsfähig ist (RIS-Justiz RS0051126; zuletzt 8 ObA 45/03f). Der Antragsgegner ist eine zur gesetzlichen Interessenvertretung der Arbeitgeber berufene Körperschaft im Sinne des

§ 4 Abs 1 ArbVG (9 ObA 801/94). Beide Parteien sind daher im Sinne des § 54 Abs 2 erster Satz ASGG als Parteien des besonderen Feststellungsverfahrens legitimiert.

Dem Antrag, der sich nach dem maßgeblichen Antragsvorbringen auf mehr als drei Arbeitnehmer bezieht, die Pensionsanwartschaften aus der Arbeitsordnung aufgrund eines vor dem 12. 3. 1991 eingegangenen Dienstverhältnisses zur B***** (in der Folge immer: Arbeitgeber) besaßen und die aufgrund der Übertragung dieser Anwartschaften in die Pensionskasse von dieser Pensionsleistungen beziehen, liegt - einschließlich der erkennbar zum Antragsvorbringen erhobenen Urkundeninhalte - folgender unstrittiger Sachverhalt zugrunde:

Die Arbeitsordnung für die Dienstnehmer des Arbeitgebers wurde am 6. 2. 1963 zwischen dem Vorstand und dem Betriebsrat vereinbart. Eine inhaltliche Änderung der hier maßgeblichen Pensionsbestimmungen (VIII der Arbeitsordnung) erfolgte bis 1997 nicht.

§ 49 der Arbeitsordnung, die jedem Dienstnehmer ausfolgt wurde, gewährte den Dienstnehmern unter gewissen Voraussetzungen eine auf einer direkten Leistungszusage beruhende Alterspension. Die Höhe der Pension bestimmte sich - unter Anrechnung von Leistungen aus der gesetzlichen Pensionsversicherung - nach einem Prozentsatz der Bemessungsgrundlage (Höchstausmaß 85 %), der von der Anzahl der anrechenbaren Dienstjahre abhängig war.

§ 51 Z 3 der Arbeitsordnung lautete wörtlich: „Eine Abänderung dieser Arbeitsordnung kann nur einvernehmlich zwischen dem Vorstand und dem Betriebsrat der erfolgen“.

Am 10. 10. 1997 schloss der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung über die Errichtung einer Alters-Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung durch Beitritt zum K***** AG (in der Folge immer: Pensionskasse). Die Betriebsvereinbarung (in der Folge immer: BV) sieht im § 1 vor, dass die Pensionskassenvorsorge durch Übernahme einer allenfalls bestehenden (und damit erlöschenden) Pensionszusage und die Überweisung des von der Pensionskasse errechneten Überweisungsbetrags in die Pensionskasse, gegebenenfalls Zahlung eines Einmalbetrages sowie durch die Zahlung von laufenden Beiträgen des Arbeitgebers erfolgt. Darüber hinaus soll die Pensionskassenvorsorge auch (vom Antrag nicht betroffenen) pensionierten, ehemaligen Arbeitnehmern, die bereits eine Firmenpension beziehen, durch Übertragung der Pensionszusage in die Pensionskasse angeboten und nach deren Zustimmung durchgeführt werden. Die Versorgungsleistungen werden bei Vorliegen der Voraussetzungen direkt und ausschließlich durch die Pensionskasse an den Arbeitnehmer erbracht. Der Beitrags- und Leistungsberechnung wird der jeweils gültige Geschäftsplan der Pensionskasse zugrunde gelegt.

Gemäß § 2 Abs 2 der BV gilt die BV ua für die vom Antrag betroffenen Dienstnehmer, deren Arbeitsverhältnis vor dem 12. 3. 1991 begründet wurde. Gemäß § 3 zweiter Satz BV ergibt der in die Pensionskasse allenfalls eingebrachte Überweisungsbetrag und die entrichteten Beiträge eine Anwartschaft auf die in § 10 Abs 1 der BV angeführten Leistungen.

§ 4 der BV lautet unter dem Titel „Beiträge des Arbeitgebers“ wörtlich wie folgt:

„(1) Laufende Beiträge

Der Arbeitgeber leistet für den Arbeitnehmer (Anwartschaftsberechtigten) für die weitere Dauer des Dienstverhältnisses Beiträge an die Pensionskasse in Höhe von 2,7 % vom Teil der Bemessungsgrundlage bis zur monatlichen ASVG-Höchstbeitragsgrundlage und

12 % vom Teil der Bemessungsgrundlage über der monatlichen

ASVG-Höchstbeitragsgrundlage

Bemessungsgrundlage sind alle monatlich (14x p.a.) gebührenden Bezugssteile wie Grundgehalt, Erfolgsprämien und eine allfällige Funktionszulage. Nicht zur Bemessungsgrundlage zählen insbesondere Sozialzulagen, Sachbezüge, Mehrarbeitsabgeltungen, SEG-Zulagen, Aufwandsvergütungen und alle einmaligen Leistungen.

(2) Deckungserfordernis

Bei Beitritt zur Pensionskasse wird der Arbeitgeber für die Anwartschaftsberechtigten gemäß § 2 (2) Z 1, die zu diesem Zeitpunkt Anwartschaften aufgrund der bisher bestehenden Leistungszusage erworben haben, das von der Pensionskasse unter Berücksichtigung der weiteren Beitragsleistung gemäß (1) und eines Rechnungszinssatzes von 3,5 % errechnete und vorgeschriebene Deckungserfordernis auf die Pensionskasse übertragen.

Für die Anwartschaftsberechtigten gemäß § 2 (2) Z2, die vor dem Wirksamkeitsbeginn dieser Betriebsvereinbarung bereits in einem unbefristeten Dienstverhältnis zum Arbeitgeber gestanden sind, leistet die Gesellschaft jeweils einen Einmalbeitrag, der der Summe jener Beiträge gemäß (1) entspricht, die für den Anwartschaftsberechtigten seit Beginn seines unbefristeten Dienstverhältnisses bis zum 31. 3. 1997 geleistet worden wären.“

Die Überweisung des Deckungserfordernisses und des Einmalbetrages sollte spätestens innerhalb von 14 Tagen nach Abschluss des Pensionskassenvertrages nach Vorschreibung durch die Pensionskasse erfolgen (§ 6).

§ 7 enthält Regeln über die Unverfallbarkeit der Anwartschaft. Unter § 8 „Veranlagungspolitik“ ist festgehalten, dass der Arbeitgeber mit

der Pensionskasse vereinbaren wird, dass die verzinslich anzusammelnden Beiträge unter dem Aspekt größtmöglicher Sicherheit bei gleichzeitig hoher Ertragskraft gemäß den Bestimmungen des § 25 PKG veranlagt werden.

§§ 10 und 11 lauten wörtlich wie folgt:

„§ 10 Leistungen

(1) Nach schriftlicher Mitteilung und der Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen gebühren folgende Arten von Versorgungsleistungen:

1. An Leistungsberechtigte: a) Alterspension
b) Invaliditätspension
2. An Hinterbliebene: a) Witwenpension/Witwerpension
b) Waisenpension

(2) Die angeführten Leistungen gebühren monatlich im Vorhinein auf ein vom Pensionisten bekanntzugebendes Konto. In den Monaten Juni und November gebührt je eine (bei unterjährigem Pensionsbeginn aliquote) Sonderzahlung im Ausmaß der für den jeweiligen Monat zustehenden Leistung.

Als Auszahlungszeitpunkt kann von der Pensionskasse auch ein anderer Tag als der Monatserste, spätestens der Fünfte eines Monats, festgesetzt werden.

Wird die Auszahlung der Leistungen durch den Arbeitgeber vorgenommen, werden diese monatlich im Vorhinein zum Monatsersten erbracht.

(3) Die gesetzlichen Abzüge sind von der Pensionskasse vorzunehmen, für die Erfüllung der steuergesetzlichen Bestimmungen bei Mehrfacheinkünften hat der Leistungsberechtigte (also auch der leistungsberechtigte Hinterbliebene) selbst zu sorgen.

(4) Die Leistungen werden jährlich zum 1. 1. entsprechend der Differenz zwischen dem Rechnungszins (3,5 %) und dem erzielten rechnungsmäßigen Überschuss der Veranlagungs- und Risikogemeinschaft im vorangegangenen Geschäftsjahr unter Berücksichtigung der gesetzlich vorgeschriebenen Dotierung der Schwankungsrückstellung valorisiert.

Die sich daraus ergebenden Erhöhungen von Pensionszahlungen zwischen Jahresbeginn und Feststellung des rechnungsmäßigen Überschusses werden in Form einer Nachzahlung ehestmöglich, spätestens jedoch bis 30. 6. des betreffenden Jahres, von der Pensionskasse erbracht.

(5) Erfolgt die Auszahlung nach dem festgestellten Leistungsbeginn, wird das Kapital ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit versicherungsmathematisch verrentet. Eine weitergehende Verzinsung nachzuzahlender Beträge erfolgt nicht.

§ 11 Alterspension

(1) Anspruchsvoraussetzungen

Der Leistungsanspruch auf eine Alterspension entsteht, wenn der Anwartschaftsberechtigte das Lebensalter vollendet hat, mit dem gemäß ASVG frühestens (unabhängig, ob für Frauen oder Männer und bei Erfüllung allenfalls anderer Anspruchsvoraussetzungen) Anspruch auf eine Alters- oder vorzeitige Alterspension besteht, das Dienstverhältnis zum Arbeitgeber beendet und der Abfertigungszeitraum abgelaufen ist.

(2) Höhe der Leistung

Die Höhe der Leistung ergibt sich aus der Verrentung des für den Anwartschaftsberechtigten angesparten Kapitals zum Zeitpunkt des Leistungsanfalls entsprechend dem Geschäftsplan der Pensionskasse.

(3) Beginn und Dauer der Leistung

Die Leistung beginnt mit der Erfüllung der Voraussetzungen (1), wenn sie auf einen Monatsersten fällt, sonst mit dem darauffolgenden Monatsersten und gebührt lebenslang.

Gemäß § 25 der BV („Schlussbestimmung“) findet auf nicht geregelte Punkte der Geschäftsplan der Pensionskasse sowie die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere das Pensionskassen- und Betriebspensionsgesetz Anwendung.

Der Antragsteller stellt das aus dem Spruch ersichtliche Haupt- und Eventualbegehren und erstattete noch folgendes Tatsachenvorbringen:

Der Arbeitgeber habe die Übertragung der gemäß Arbeitsordnung gebührenden Leistungszusage in die Pensionskasse intensiv beworben. So habe er in einem Rundschreiben vom 18. 4. 1997 alle aktiven Dienstnehmer über die Grundsätze der Übertragung informiert. Darin sei festgehalten, dass der Übertragungsbetrag und die künftigen Beträge derart gestaltet seien, dass nach derzeitiger Einstufung und ASVG-Regelung zum Ausscheiden dieselbe Pension geleistet werden könne wie sie nach der Arbeitsordnung gebühre. Nach derzeitigem Stand sei die von der Pensionskasse zukünftig auszuzahlende Pension gleich hoch wie die Firmenpension nach der Arbeitsordnung. Von der Entwicklung der Bezüge könnten nur künftige Beiträge betroffen sein, nicht aber der in erster Linie wesentliche Übertragungsbetrag. Die Valorisierung der

Pension sei vom Veranlagungserfolg der Pensionskasse abhängig. In den vergangenen Jahren sei dieser Veranlagungserfolg wesentlich über der Inflationsrate gelegen. Über die Überwälzung des Risikos vom Arbeitgeber auf die Anwartschaftsberechtigten habe der Arbeitgeber nicht informiert. Das Rundschreiben enthalte im Übrigen die Information, dass die Mitarbeiter mit der Übertragung nicht einverstanden sein müssten, sondern dass nur dann rechtswirksam eine Übertragung möglich sei, wenn die Betriebsversammlung dem Betriebsrat die Ermächtigung zum Abschluss einer BV erteile.

In einem neuerlichen Rundschreiben vom 3. 10. 1997 habe der Arbeitgeber festgehalten, dass § 49 der Arbeitsordnung durch die BV ersetzt werden solle. Mit 1. 4. 1997 würden die versicherungsmathematisch erforderlichen Rückstellungen für die aktiven Mitarbeiter in eine Pensionskasse übertragen. Ab diesem Zeitpunkt würden Beiträge an die Pensionskasse geleistet. Übertragungskapital und künftig zu leistende Beträge seien derart gestaltet, das nach derzeitiger Einstufung und derzeitiger ASVG-Regelung bei Pensionsanfall von der Pensionskasse eine Leistung wie in der Arbeitsordnung geregelt, erbracht werde. Das Rundschreiben habe die unrichtige Information enthalten, dass 96 % der Mitarbeiter zugestimmt hätten. Diese Quote habe sich auf das Zustimmungsergebnis der bei einer Betriebsversammlung am 24. 4. 1997 Anwesenden bezogen. Dem Arbeitgeber sei vor und zum Zeitpunkt des Abschlusses der BV aufgrund eingeholter Gutachten bekannt gewesen, dass die Pensionszusage der Arbeitsordnung einzelvertraglicher Natur sei. Die tatsächlich von der Pensionskasse ausbezahlten Pensionen lägen deutlich unter der sich aus der Arbeitsordnung ergebenden Pension. Die Unterschreitung der Direktleistung betrage bis zu minus 23 %. Mit einem weiteren Absinken sei infolge zu optimistischer Annahme des Ertrages der Pensionskasse (7,5 % p.a.) zu rechnen. Rechtlich qualifizierte der Antragsteller sein Tatsachenvorbringen dahin, dass es sich bei den Ansprüchen aus der Arbeitsordnung um direkte Leistungszusagen handle, die Gegenstand der einzelnen Arbeitsverträge geworden seien. Nach der vor 1. 7. 1974 geltenden Rechtslage sei der Abschluss von BV über Betriebspensionen nicht möglich gewesen. Die in der Arbeitsordnung enthaltene Pensionszusage sei nach herrschender Ansicht als rechtsverbindliches Anbot des Arbeitgebers an die Gesamtheit der Arbeitnehmer auszulegen. Die vor Inkrafttreten des BPG erteilte einzelvertragliche Pensionszusage könne nur bei Schuldbeitritt der Pensionskasse in eine Pensionskassenzusage umgewandelt werden. Eine gleichzeitige Entpflichtung des bisherigen Schuldners (AG) bedürfe der ausdrücklichen Zustimmung der Anwartschaftsberechtigten. Eine solche Zustimmung sei nicht erteilt worden. Der Auffassung, dass einer freien BV Beendigungs- oder Abänderungsregeln wie bei einer echten BV zu unterstellen wären, sei der OGH nicht gefolgt. Der Betriebsrat sei nicht gesetzlicher Vertreter einzelner Arbeitnehmer in Bezug auf deren privatrechtliche Ansprüche. Da überdies in der Arbeitsordnung keine Kündigungs- oder Widerrufsklausel enthalte sei, bestehe auch kein einseitiges Änderungsrecht. Bei der in § 51 Z 3 der Arbeitsordnung enthaltenen Regelung, wonach eine Abänderung der Arbeitsordnung nur einvernehmlich zwischen dem Vorstand und dem Betriebsrat erfolgen könne, handle es sich um eine unrichtige Wissenserklärung. Der Betriebsrat könne in einzelvertragliche Pensionszusagen nicht eingreifen.

Selbst wenn man aber von der Wirksamkeit der Übertragungs-BV ausginge, fehle der BV jede Information darüber, zu welchen Bedingungen die Übertragung der direkten Leistungszusagen erfolge. Aus § 4 Abs 2 der BV sei nicht abzuleiten, wie hoch das Deckungserfordernis sei und wie sich die unverfallbaren Anwartschaften berechneten. Bei Übertragung einer leistungsbezogenen Pensionszusage sei für die Berechnung des Deckungserfordernisses der rechnermäßige Überschuss die entscheidende Größe. Der angenommene Ertrag werde in der BV nicht einmal erwähnt. Selbst wenn durch die BV ein „Pensionskassenprodukt“ eingekauft werde, dürfe dem Anbieter (Pensionskasse) die Determinierung und somit Gestaltung der Kollektivnorm nicht überlassen bleiben. Eine BV ermögliche nicht, die Bestimmung des dem Arbeitnehmer zustehenden Rechtsanspruches einem Dritten (Geschäftsplan der anbietenden Pensionskasse) zu überlassen.

Für die Beurteilung, ob von einem bisher leistungsorientierten Betriebspensionssystem auf ein beitragsorientiertes System umgestiegen werde, sei allein entscheidend, was sich aus der Auslegung der Leistungszusage (BV) ergebe. Wenn die BV zum Ausdruck bringen wolle, dass der Arbeitnehmer nun nicht mehr auf eine bestimmte Leistungshöhe vertrauen könne, müsse sich das aus der BV selbst ergeben. Fehlten entsprechende Angaben, sei von einer Beibehaltung der Leistungsorientiertheit auszugehen. Dieser sei eine Nachschusspflicht immanent. Der Hinweis, dass sich die Pension aus der Verrentung des angesparten Kapitals errechne, habe für eine Übertragung gemäß § 48 PKG keine Aussagekraft. Die Beitragsberechnung richte sich gemäß § 1 Abs 3 nach dem jeweils gültigen Geschäftsplan der Pensionskasse und sei somit offenbar variabel. Selbst bei Unterstellung der Zulässigkeit der Übertragung der bisherigen leistungsbezogenen Anwartschaften aus der Direktzusage leide die BV daran, dass weder das Leistungsrecht für die übertragenen Anwartschaftsberechtigten noch die im § 48 PKG geforderten Grundvoraussetzungen geregelt seien. Der Arbeitgeber sei somit entweder verpflichtet, zur Erfüllung der Leistungszusage einen Nachschuss in die Pensionskasse zu entrichten oder es sei kein Schuleintritt iSd § 48 PKG zustande gekommen. Das habe zur Folge, dass die Leistungen der Pensionskasse auf die Gesamtleistung (fortbestehende Direktverpflichtung des Arbeitgebers) anzurechnen seien. Diese Rechtslage liege auch dem Hauptbegehren zugrunde, das davon ausgehe, dass mangels Zustimmung der Berechtigung zur Übertragung der auf Einzelvertrag beruhenden Anwartschaft keine Entpflichtung des Arbeitgebers eingetreten sei.

Der Antragsgegner bestreitet die Zulässigkeit des Feststellungsantrages: Ob die vom Antrag betroffenen Arbeitnehmer ausdrücklich oder konkludent ihre Zustimmung zur Übertragung der Anwartschaften an die Pensionskasse erteilten, könne nur nach dem jeweiligen Verhalten der betroffenen Arbeitnehmer, somit nach den

jeweiligen Umständen des Einzelfalls, beantwortet werden. Der Antrag sei aber auch inhaltlich unberechtigt: Da jedem Arbeitnehmer die Arbeitsordnung bei Abschluss des Dienstvertrages übergeben worden sei, seien sämtliche der darin enthaltenen Bedingungen zulässiger Bestandteil der Einzelarbeitsverträge geworden. Wenn die Änderung der Arbeitsordnung von den Vertragspartnern auf die Möglichkeit beschränkt werde, dass diese nicht einseitig durch den Arbeitgeber, sondern durch Willensübereinstimmung mit dem Betriebsrat erfolgen könne, liege darin eine den Arbeitnehmer besserstellende Willenserklärung, wonach eine seine Ansprüche (hier: Pensionsansprüche) beeinträchtigende Regelung nur mit Zustimmung der Belegschaftsvertretung erfolgen könne. Es habe daher die Möglichkeit bestanden, im Einvernehmen zwischen dem Vorstand und dem Betriebsrat eine verschlechternde Abänderung der Pensionsregelung zu vereinbaren. Bloß eine ersatzlose Aufhebung oder eine Aushöhlung der Pensionsregelung, die einer Aufhebung nahekomme, wäre als unzulässig zu betrachten.

Die hier zu beurteilende Umwandlung einer Direkt Pension in Form einer Gesamtzusage in eine beitragsorientierte Pensionskassenzusage sei nach den entsprechenden gesetzlichen Vorgaben erfolgt. Sämtliche Schutzbestimmungen des PKG seien eingehalten worden. Die BV müsse so gestaltet sein, dass sie den gesetzlichen Vorschriften des PKG entspreche. Ein dem PKG widersprechender Inhalt der BV könne in den Pensionskassenvertrag nicht transformiert werden. Die BV könne daher nur aus einem Leistungsangebot auswählen, das im Geschäftsplan einer Pensionskasse enthalten sei. Eine BV müsse dem Geschäftsplan der Pensionskasse entsprechen. Die hier geschlossene BV entspreche dem vom Prüftaktuar und der FMA genehmigten Geschäftsplan. Weder das BPG noch PKG könnten Grundlage einer Nachschusspflicht des Arbeitgebers sein. Die im Jahr 2002 aufgetretenen und für 2003 zu erwartenden Deckungslücken seien in beiden Fällen aus der Sicht des Gesetzgebers dem allgemeinen Risikobereich der Pensionisten zuzurechnen. Nur unvorhergesehene Deckungslücken, die aufgrund unzutreffender Annahmen in den Rechnungsgrundlagen entstanden seien, führten zu einer „Nachschusspflicht“. Solche unzutreffenden Annahmen lägen hier nicht vor. Bei einer beitragsorientierten Pensionskassenzusage treffe den Arbeitgeber generell keine Nachschusspflicht.

Rechtliche Beurteilung

Der Feststellungsantrag ist zulässig. Jedoch ist weder der Hauptnoch der Eventualantrag berechtigt.

Die Zulässigkeit des Feststellungsantrages ist deshalb zu bejahen, weil der Oberste Gerichtshof seiner rechtlichen Beurteilung den vom Antragsteller behaupteten Sachverhalt ohne weitere Prüfung zugrunde zu legen hat. Der Antragsgegner kann gegen den vom Antragsteller behaupteten Sachverhalt im Tatsachenbereich nichts vorbringen, sondern ist auf rechtliche Argumente beschränkt (8 ObA 224/97t; 9 ObA 238/02v; 8 ObA 112/03h uva). Aus den somit allein maßgeblichen Sachverhaltsbehauptungen im Antrag ergibt sich gerade nicht, dass unterschiedliche Verhaltensweisen einzelner vom Antrag betroffener Arbeitnehmer vor oder nach Abschluss der BV darauf zu beurteilen sind, ob aus diesen Verhaltensweisen eine ausdrückliche oder konkludente Zustimmung einzelner Arbeitnehmer zur Übertragung der leistungsorientierten Einzelzusage in eine beitragsorientierte Pensionskassenzusage abzuleiten ist. Die den Obersten Gerichtshof bindende Sachverhaltsvorgabe des Antragstellers lautet dahin, dass die vom Antrag betroffenen Arbeitnehmer keine ausdrückliche oder konkludente Zustimmung zur Übertragung erteilten.

Die einen Bestandteil der Arbeitsordnung aus 1963 bildende Pensionszusage hat betriebliche Pensionsleistungen zum Gegenstand. Zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung bestand nach den damals geltenden §§ 14 Abs 2 BRG und 22 KVG keine Kompetenz des Betriebsinhabers und des Betriebsrats, eine Betriebsvereinbarung betreffend Betriebspensionen zu schließen (DRdA 1994/24 [Schrammel]; 9 ObA 2023/96g; Floretta/Strasser, Kommz BRG² 236 ff). Es handelt sich somit im Umfang der Pensionszusage um eine unzulässige („freie“)

BV.

In Lehre und Rechtsprechung besteht Übereinstimmung dahin, dass eine Vereinbarung über unzulässige Regelungsgegenstände als BV nichtig ist. Ob und gegebenenfalls welche anderen Rechtswirkungen einer solchen unzulässigen BV zukommen, richtet sich daher allein nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts (Strasser/Jabornegg Arbeitsrecht II 4 458 f; Rummel, Kommentar zu 4 Ob 76/79, ZAS 1981, 55; DRdA 1988/5 [Strasser]; DRdA 1993/2 [Kerschner]; Runggaldier, Anmerkungen zu sogenannten „freien“ (unzulässigen) Betriebsvereinbarung, RdW 1990, 257).

Die ständige Rechtsprechung geht davon aus, dass unzulässige Regelungsgegenstände in Betriebsvereinbarungen unter bestimmten Voraussetzungen gemäß § 863 ABGB zur einzelvertraglichen Ergänzung des Dienstvertrages führen (DRdA 1983/5 [Steindl], DRdA 1988/5

[Strasser]; DRdA 1993/2 [Kerschner]; DRdA 1996/47 [Marhold] = SZ

68/213; DRdA 2000/1 [Jabornegg] = ZAS 2000/8 [Standeker]; RIS-Justiz

RS0018115). Unter Berufung auf Rummel, ZAS 1981, 55 hat der Oberste Gerichtshof (DRdA 1988/5 [Strasser]; s. auch DRdA 1993/2 [Kerschner]; DRdA 1996/47 [Marhold] = SZ 68/213), den Wissensstand der Parteien als maßgeblich erachtet. So wurde in DRdA 1988/5 betont, dass bei Kenntnis der Parteien von der Unzulässigkeit der BV kein Grund besteht, an einer schlüssigen Unterwerfung unter die BV zu zweifeln, wenn nicht nur der Arbeitgeber, sondern auch die Gesamtheit der Arbeitnehmer durch ihr Verhalten eindeutig zu erkennen gegeben haben, dass sie sich an die Bestimmung halten wollen. Strasser (Entscheidungsbesprechung zu DRdA 1988/5)

hebt in diesem Zusammenhang zutreffend hervor, dass der Wissensstand der Einzelvertragsparteien in Bezug auf die Gültigkeit oder Nichtigkeit des BV-Abschlusses aus rechtsdogmatischen Gründen erheblich ist: Weder das Wissen noch das Nichtwissen der Einzelvertragsparteien in Bezug auf die Gültigkeit oder Nichtigkeit des Inhaltes der BV verhindert das Eingehen dieses Inhaltes in den Einzelvertrag. Allerdings bedarf dieses „Eingehen“ in den Einzelvertrag jeweils einer anderen dogmatischen Begründung: Bei Wissen der Einzelvertragsparteien von der Rechtsunwirksamkeit genügt die Berufung auf schlichte Konkludenz des beiderseitigen Offert- bzw Annahmeverhaltens. Beim Vertrauen auf die Gültigkeit der BV als BV kann deren Inhalt im Wege der objektiven Vertragsergänzung nach § 914 ABGB in den Einzelarbeitsvertrag eingehen, wenn man zur Annahme berechtigt ist, die Einzelvertragsparteien hätten bei Kenntnis von der Ungültigkeit der BV als BV deren Inhalt einzelvertraglich vereinbart.

Im hier zu beurteilenden Fall geht der Antragsteller selbst von einer Kenntnis der betroffenen Arbeitnehmer vom Inhalt der Pensionszusage aus. Ob zumindest eine der Vertragsparteien Kenntnis davon hatte, dass die Pensionszusage zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht zu einem zulässigen Inhalt einer Betriebsvereinbarung gemacht werden konnte, geht hingegen aus dem Sachvorbringen des Antragstellers nicht zweifelsfrei hervor. Dennoch ist im Sinne der dargelegten Grundsätze jedenfalls davon auszugehen, dass die den Arbeitnehmern inhaltlich zur Kenntnis gebrachte Pensionszusage, die sie zumindest überwiegend begünstigte, entweder durch schlüssige Vertragsänderung oder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zum Inhalt der Einzelverträge wurde (s. auch Strasser/Jabornegg aaO 460 ff).

Damit stellt sich aber die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Abänderung der eine „freie BV“ darstellenden Pensionszusage möglich ist. In der überwiegenden Lehre ist unbestritten, dass die Schlussfolgerung, dass eine auf die dargestellte Art in Einzelarbeitsverträge eingegangene „unzulässige BV“ nur im Einvernehmen mit den Betroffenen, somit insbesondere mit Zustimmung des Arbeitnehmers, geändert werden kann, zu einem gewissen Wertungswiderspruch führt: Unzulässige betriebliche Abreden sind bestandfester und bestandsicherer als zulässige BV (Runggaldier aaO RdW 1990, 257; Kerschner in Glosse zu DRdA 1993/2; Marhold in Glosse zu DRdA 1996/47; Standeker in Glosse zu ZAS 2000/8;). Übereinstimmung besteht dahin, dass die in der „freien“ BV selbst getroffenen Regelungen (zB Widerrufsvorbehalt; Kündigungsregelung; aufgestellte Bedingungen) zumindest bei Kenntnis der Arbeitnehmer ebenfalls zum Inhalt des Einzelvertrages werden (Strasser-Jabornegg aaO 462; Runggaldier aaO; Marhold zu DRdA 1996/47; Schwarz/Löschnigg Arbeitsrecht 10 119; DRdA 1983/5; DRdA 1996/47; 9 ObA 2023/96g; DRdA 2001/1 = ZAS 2000/8). Ebenfalls grundsätzliche Übereinstimmung besteht dahin, dass ein in einer „freien“ BV enthaltener Änderungsvorbehalt dahin auszulegen ist, dass damit nur eine dem Arbeitgeber nach billigem Ermessen zumutbare Regelungsbefugnis eingeräumt wird (grundsätzlich dazu im Zusammenhang mit Eingriffen in Pensionsanwartschaften 8 ObA 220/95= DRdA 1996/13 [Resch] = ZAS 1995/21 [Tomandl] = ecolex 1995, 745) [Mazal].

Die hier zu beurteilende Arbeitsordnung enthält die Bestimmung, dass ihre Abänderung nur einvernehmlich zwischen dem Vorstand und dem Betriebsrat des Arbeitgebers erfolgen kann. Damit ist die - umstrittene - Frage zu beantworten, ob diese im Sinne der dargelegten Grundsätze in die jeweiligen Einzelarbeitsverträge der betroffenen Arbeitnehmer eingegangene Bestimmung wirksam ist, ob es also zulässig ist, dass die Parteien des Einzelarbeitsvertrages dem Betriebsrat besondere, die einzelvertraglichen Positionen des Arbeitnehmers unmittelbar gestaltende Befugnisse einräumen. In der Entscheidung 8 ObA 220/95 hat der Oberste Gerichtshof entsprechende Änderungsvorbehalte (dort: dynamische Verweisung auf die jeweils gültige Fassung der „freien“ BV“) unter der Schranke, dass damit nur eine dem Arbeitgeber nach billigem Ermessen zumutbare Regelungsbefugnis eingeräumt wird, für grundsätzlich zulässig erachtet. Auch Tomandl (Entscheidungsbesprechung zu 8 ObA 220/95 in ZAS 1995, 181) hegt keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit der Einräumung von Rechtsgestaltungsmacht an den Arbeitgeber und Betriebsrat in allen Fällen der „freien“ BV: Dem Einwand einer Umgehung der zwingenden Bestimmungen des ArbVG begegnet er damit, dass nicht der Arbeitgeber und der zur Regelung unzuständige Betriebsrat die Regelungsmacht des Betriebsrates erweitern. Es ist vielmehr der einzelne Arbeitnehmer, der beiden gemeinsam die Befugnis erteilt, seinen Arbeitsvertrag auszugestalten. Der einzelne Arbeitnehmer unterliegt diesbezüglich keinen Beschränkungen. Unterwirft sich der Arbeitnehmer der jeweiligen künftigen Ausgestaltung der „freien“ BV, so bedeutet dies gerade nicht, dass er sich der freien Entscheidung seines Arbeitgebers beugt. Er unterwirft sich vielmehr nur einer Ausgestaltung, die mit Zustimmung des Betriebsrates zustande kommt. Tomandl gelangt damit zum Ergebnis, dass eine dynamische Verweisung auf eine „freie“ BV die künftige einvernehmliche Leistungsgestaltung durch Arbeitgeber und Betriebsrat gestattet. Sie ist in dem vom Unterwerfenden selbst gesetzten Rahmen zulässig. Im Zweifel müssen diese Grenzen durch objektive Vertragsauslegung ermittelt werden. Die Aufgabe der nachprüfenden Kontrolle durch die Gerichte kann nur darin bestehen, Überschreitungen dieser Grenzen festzustellen und erforderlichenfalls zu korrigieren. Die Mitwirkung des Betriebsrates stellt ein Indiz für die Verhältnismäßigkeit der getroffenen Regelung dar. Jabornegg (Entscheidungsbesprechung zu DRdA 2000/1) verweist auf den absolut zwingenden Charakter der Mitbestimmungsordnung der gesetzlichen Betriebsverfassung: Dass ganz allgemein durch Vertrag Rechtspositionen der Vertragspartner von Gestaltungserklärungen Dritter abhängig gemacht werden können, ändert nichts an der Unzulässigkeit und Rechtsunwirksamkeit solcher Vereinbarungen, wenn sie darauf abzielen, eine dem ArbVG widersprechende Gestaltung der den Betriebsrat betreffenden Mitwirkungsordnung zu

etablieren. Steht aber die entsprechende Unwirksamkeit einer einzelvertraglichen Regelung fest, ist zugleich klar, dass gemessen an der Absicht der Parteien eine Vertragslücke vorliegt, die dann durch ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden kann. Dabei wird aber die Annahme eines gänzlichen Entfalls der Regelung (im Anlassfall: Beendigungsregelung) nicht in Betracht kommen. Strasser (zu DRdA 1988/5; siehe auch Runggaldier aaO) lehnt ebenfalls eine Zulässigkeit sogenannter „ablösender“ BV ab, schlägt aber vor, den beim Abschluss der „freien“ BV existent werdenden Arbeitgeberwillen in ein an die Arbeitnehmer gerichtetes, auf Ergänzung der Einzelarbeitsverträge abzielendes Arbeitgeberoffert umzudeuten. Damit enthält auch das umgedeutete Offert den entsprechenden Änderungsvorbehalt, sodass auch nach Annahme durch die Arbeitnehmer Änderungen bzw. Verschlechterungen der „freien“ BV aufgrund einer Absprache zwischen Arbeitgeber und Belegschaftsvertretung grundsätzlich möglich sind.

Dieser Ansatz scheint dem erkennenden Senat ein gangbarer Weg, dem in der Praxis immer wieder auftretenden Problem der größeren Bestandfestigkeit „freier“ BV gegenüber zulässigen BV zu begegnen:

Andernfalls besteht die nicht nur praktisch, sondern auch rechtsdogmatisch nicht zu rechtfertigende Gefahr, dass der Arbeitgeber durch objektive Vertragsergänzung bzw. durch Annahme des konkludenten Abschlusses einer Einzelvereinbarung in einen Vertrag gedrängt wird, den er so nicht geschlossen hätte. Gerade im hier zu beurteilenden Fall einer Pensionszusage kann dem Arbeitgeber vernünftigerweise nicht unterstellt werden, dass er mit den betroffenen Arbeitnehmern Einzelarbeitsverträge schließen wollte, die nur mit Zustimmung der jeweils betroffenen Arbeitnehmer geändert werden können. Das gilt letztlich auch für die Arbeitnehmer selbst:

Unabhängig davon, ob die Pensionszusage durch konkludente Einzelvereinbarung oder im Wege der Vertragsergänzung zum Bestandteil der Einzelverträge wurde, konnten sie nicht darauf vertrauen, dass die in § 51 Z 3 der Arbeitsordnung vorgesehene Möglichkeit der einvernehmlichen Abänderung der BV nicht auch zum Inhalt der Einzelverträge wurde.

Damit erweist sich der in der Arbeitsordnung aufgenommene Änderungsvorbehalt als grundsätzlich zulässig. Das Argument Jaborneggs über die Unzulässigkeit mit dem ArbVG nicht im Einklang stehender Mitwirkungsbefugnisse des Betriebsrates muss im vorliegenden Fall deshalb keiner näheren Überprüfung unterzogen werden, weil zum Zeitpunkt des Abschlusses der Übertragungs-BV ihr Regelungsgegenstand in die Kompetenz der Betriebsparteien fiel (§ 97 Abs 1 Z 18a ArbVG). Eine Auslegung nach dem hypothetischen Parteiwillen ergibt, dass „redliche und vernünftige“ Einzelvertragsparteien (Rummel in Rummel³ ABGB § 914 Rz 12 mwN), wäre ihnen bekannt gewesen, dass eine zukünftige gesetzliche Regelung BV über betriebliche Pensionsleistungen und die Errichtung von und den Beitritt zu Pensionskassen erlaubt, die Geltung des Abänderungsvorbehaltes in § 51 Z 3 der Arbeitsordnung jedenfalls auch und gerade für den Fall seiner zukünftigen Zulässigkeit vereinbart hätten.

Das Hauptbegehren des Antragstellers, das darauf abzielt, dass den betroffenen Arbeitnehmern mangels Zustimmung zum Abschluss der Übertragungs-BV Pensionsansprüche in der aus der Arbeitsordnung hervorgehenden Höhe gegenüber dem Arbeitgeber zustehen, ist somit unberechtigt.

Die dem Eventualbegehren zugrunde liegende Auffassung, den Arbeitgeber treffe eine Nachschusspflicht, begründet der Antragsteller zusammengefasst damit, dass eine Auslegung des maßgeblichen Inhaltes der Übertragungs-BV eine Nachschusspflicht deshalb erbege, weil in der Übertragungs-BV die Umstellung von einem leistungsorientierten auf ein beitragsorientiertes System „verschleiert“ werde und insbesondere die wesentlichen Parameter (angenommener Ertrag; Deckungserfordernis) nicht hervorgingen. Zunächst ist klarzustellen, dass der Inhalt der Informationsschreiben, auf die der Antragsteller Bezug nimmt, für die Beurteilung der Berechtigung des Eventualantrages nicht maßgeblich ist: Zum Unterschied von dem zu 8 ObA 100/04w anhängigen Feststellungsverfahren, welches jene Arbeitnehmer des auch hier betroffenen Arbeitgebers betrifft, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Übertragungs-BV bereits aus dem Unternehmen ausgeschieden waren bzw. jene Arbeitnehmer, die zum Zeitpunkt des Abschlusses der Übertragungs-BV kurz vor ihrem Pensionsantritt standen, erfolgte hier - wie dargelegt zulässig - eine Übertragung der Pensionsansprüche im Wege der Übertragungs-BV und somit ohne Zustimmung der vom Antrag betroffenen Arbeitnehmer. Ob und welche Informationen der Arbeitgeber den Arbeitnehmern erteilte, ist somit im Hinblick darauf, dass deren Zustimmung zum Abschluss der Übertragungs-BV nicht erforderlich war, ohne Belang.

Wie der Oberste Gerichtshof bereits mehrfach ausgesprochen hat (8 ObA 52/03k; 8 ObA 112/03h; s. auch 9 ObA 92/04a), errechnet sich bei der leistungsorientierten Betriebspension das erforderliche Deckungskapital (die Beiträge) aus der Höhe einer bestimmt festgelegten Betriebspension, während es bei der beitragsorientierten Betriebspension genau umgekehrt ist und sich die Höhe der Betriebspension aus den Beiträgen und den erzielten Erträgen, dem Deckungskapital, ergibt. Ausgehend von der allgemeinen Festlegung der Leistung ist also regelmäßig nur bei leistungsorientierten, nicht aber bei rein beitragsorientierten Zusagen eine „Deckungslücke“ und eine Nachschusspflicht anzunehmen. Im Zusammenhang mit der Übertragung von Anwartschaften besteht gemäß § 48 PKG die Möglichkeit, von einem bisher leistungsorientierten System auf ein beitragsorientiertes Betriebspensionssystem umzusteigen. Auch in diesem Fall besteht keine allgemeine gesetzliche Festlegung einer Nachschusspflicht. Anhaltspunkte dafür, bei Übertragungen nach § 48 PKG zumindest im Zweifel von einer Nachschusspflicht auszugehen, ergeben sich aus dem Gesetz nicht. Entscheidend für die Frage der Nachschusspflicht ist somit ausschließlich die Auslegung der Leistungszusage. Gegen die gesetzliche Regelung der Begrenzung der Nachschusspflicht auf leistungsorientierte Systeme bestehen aus den in 8 ObA 52/03k und 8

ObA 112/03h ausführlich dargelegten Gründen keine Bedenken. § 48 PKG regelt den unmittelbaren Vorgang der Übertragung der dort genannten Ansprüche an eine Pensionskasse. Der notwendige Inhalt der Übertragungsvereinbarung wird im ArbVG und BPG geregelt und im § 15 PKG insoweit widergespiegelt, als der Pensionskassenvertrag der jeweiligen Übertragungsvereinbarung entsprechen muss. Die Betriebsvereinbarung über die Errichtung von oder den Beitritt zu Pensionskassen hat gemäß § 97 Abs 1 Z 18a ArbVG die Verpflichtungen des Arbeitgebers und die Rechte der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten, die sich daraus ergeben, Art und Weise der Zahlung und Grundsätze über die Höhe jener Beiträge, zu deren Entrichtung sich der Arbeitnehmer verpflichtet, Mitwirkung der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten an der Verwaltung von Pensionskassen, Auflösung von und Austritt aus Pensionskassen und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen zu enthalten. § 3 Abs 1 BPG regelt die notwendigen Inhaltserfordernisse des Kollektivvertrages oder der Betriebsvereinbarung über die Errichtung einer betrieblichen Pensionskasse oder über den Beitritt zu einer betrieblichen oder überbetrieblichen Pensionskasse. Gemäß § 15 Abs 3 PKG hat der Pensionskassenvertrag - entsprechend der Art der Leistungszusage - insbesondere die in insgesamt 18 Punkten näher geregelten Modalitäten der Mitwirkungsrechte bei der Veranlagung und der Vertragsbeendigung zu enthalten.

Hier ist nicht zweifelhaft, dass durch die Übertragungs-BV ein beitragsbezogenes System etabliert wurde. Das ergibt sich insbesondere aus § 10 Abs 4 und § 11 Abs 2 der Übertragungs-BV. Der Antragsteller selbst leitet die seiner Ansicht nach gegebene Nachschusspflicht insbesondere daraus ab, dass das Deckungserfordernis und der rechnungsmäßige Überschuss in der Übertragungs-BV nicht genannt sind. Allerdings erfolgt die Festlegung eines bestimmten rechnungsmäßigen Überschusses im Sinne des § 20 Abs 2 Z 3 PKG im Geschäftsplan. Darin wird zum Ausdruck gebracht, welchen rechnungsmäßigen Überschuss die Pensionskasse langfristig tatsächlich erreichen will. Er wird, ebenso wie der vom Antragsteller nicht beanstandete Rechnungszins von 3,5%, der der nunmehr erlassenen Regelparameterverordnung BGBl II 597/2003 bereits entsprach, weder als Gegenstand der Pensionskassenbetriebsvereinbarung (vgl § 3 BPG) noch des Pensionskassenvertrages (vgl § 15 PKG) genannt. Er wird vielmehr durch den unter der Kontrolle des Aktuars (§ 20a PKG) als versicherungsmathematischer Sachverständiger des von der Pensionskasse „autonom“ erstellten und vom Bundesminister für Finanzen zu bewilligenden Geschäftsplan festgelegt. Insoweit werden die Ansprüche also durch den Pensionskassenvertrag im Zusammenhalt mit dem Geschäftsplan der Pensionskasse, der beigetreten wurde, bestimmt. Das ist dahin zu verstehen, dass die Pensionskasse dieses „versicherungsmathematische Produkt“ anbietet, das durch den Pensionskassenvertrag, der mit der Pensionskassenbetriebsvereinbarung übereinzustimmen hat und mit dem der Beitritt zur Pensionskasse erfolgt, angenommen wird. Das „versicherungsmathematische Verhältnis“ zwischen Deckungskapital und Pensionsleistung ist somit als solches nicht Gegenstand der Leistungszusage in der Pensionskassenbetriebsvereinbarung (8 ObA 52/03k mwN). Die mangelnde Festlegung des rechnungsmäßigen Überschusses in der Betriebsvereinbarung begründet daher auch nicht deren Unbestimmtheit. Dass das Deckungserfordernis in der Betriebsvereinbarung nicht genannt ist - wobei nicht vorgebracht wurde, dass dessen Nennung auch in dem nicht vorgelegten Pensionskassenvertrag fehlt - ändert nichts an der Bestimmbarkeit des Deckungserfordernisses. Von einer gänzlichen Unbestimmbarkeit, die zur Unwirksamkeit führen könnte, kann daher insbesondere im Hinblick auf die vom Antragsteller selbst zugestandene Kenntnis des rechnungsmäßigen Überschusses nicht ausgegangen werden. Damit resultiert aus der mangelnden betragsmäßigen Festlegung des Deckungserfordernisses nur die Notwendigkeit der Ermittlung des nicht eindeutigen Inhaltes der Betriebsvereinbarung durch Auslegung nach den §§ 6, 7 ABGB, nicht aber deren Nichtigkeit (8 ObA 52/03k; s. auch Binder, Rechtsprobleme des Dreiecksverhältnisses zwischen Unternehmer, Pensionsbegünstigtem und Pensionskasse, ZAS 1991, 106 [109 ff], der eine Ausfüllung der Lücke aus ergänzendem Gesetzesrecht zur Vermeidung der Nichtigkeit für erwägenswert hält).

Von der Frage der Bestimmbarkeit des Inhaltes der Pensionskassenbetriebsvereinbarung ist ihre inhaltliche Ausgestaltung zu trennen: Die vom Antragsteller angestrebte Nachschusspflicht des Arbeitgebers könnte sich nur dann ergeben, wenn das tatsächliche geschäftsplanmäßige Deckungserfordernis nach Parametern ermittelt wurde, die weder nach dem Inhalt der Pensionskassenbetriebsvereinbarung noch nach redlicher Übung zu erwarten waren. Anhaltspunkte dafür bestehen nicht:

Die vom Antragsteller behauptete Überschreitung des Gestaltungsspielraumes durch Annahme eines rechnungsmäßigen Überschusses von 7,5 % liegt nicht vor: Die nunmehr erlassene Rechnungsparameterverordnung BGBl II 597/2003, die die Obergrenze für den Rechnungszins mit 3,5 % und jene für den rechnungsmäßigen Überschuss mit 5,5 % festlegt, ist gemäß § 1 dieser Verordnung nur auf Pensionskassenverträge anzuwenden, die nach dem 31. 12. 2003 geschlossen werden. Eine Überschreitung des Gestaltungsspielraumes durch Annahme eines rechnungsmäßigen Überschusses von 7 bis 7,5 % kann zum maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung nicht angenommen werden (8 ObA 52/03k mwN). Anhaltspunkte dafür, dass den tatsächlichen Berechnungen des Deckungserfordernisses Annahmen zugrunde gelegt wurden, die bei Beurteilung der Sachlage zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht zu erwarten waren (Zugrundelegung einer erhöhten Sterblichkeit gegenüber den sonst verwendeten Sterbetafeln - 8 ObA 112/03h) ergeben sich aus dem Vorbringen des Antragstellers nicht. Die dem Eventualantrag zugrunde liegende Auffassung des Antragstellers, den Arbeitgeber treffe eine Nachschusspflicht, ist somit ebenfalls unberechtigt.