



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Dr. Hopf als Vorsitzenden und durch die Hofräte Hon.-Prof. Dr. Kuras und Mag. Ziegelbauer, sowie durch die fachkundigen Laienrichter ADir. Sabine Duminger und Mag. Matthias Schachner als weitere Richter in den verbundenen Arbeitsrechtssachen der klagenden Parteien 1.) F***** F***** (1 Cga 76/11v), und 2.) R***** V***** (3 Cga 114/11x), beide vertreten durch Dr. Wolfgang Kiechl, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau, 1061 Wien, Linke Wienzeile 48-52, vertreten durch Dr. Sieglinde Gahleitner, Rechtsanwältin in Wien, wegen 1.) 3.344,63 EUR brutto sA und Feststellung (Streitwert: 25.000 EUR) und 2.) 3.880,14 EUR sA und Feststellung (Streitwert: 25.000 EUR), über die Rekurse der klagenden Parteien und der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 27. August 2013, GZ 7 Ra 111/12p-34, mit dem über Berufung der klagenden Parteien das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 4. Juli 2012, GZ 1 Cga 76/11v-30 (verbunden mit 3 Cga 114/11x), aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Dem Rekurs der klagenden Parteien wird nicht Folge gegeben.

Dem Rekurs der beklagten Partei wird Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichts insgesamt wiederhergestellt wird.

Die klagenden Parteien sind schuldig, der

beklagten Partei die mit 3.082,38 EUR (darin 513,73 EUR USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und die mit 5.864,74 EUR (darin 739,86 EUR USt und 1.425,60 EUR Pauschalgebühr) bestimmten Kosten des Rekursverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Die Versicherungsanstalt der österreichischen Eisenbahnen (VAE) wurde ab 1. 1. 2004 mit Wirksamkeit ab 1. 1. 2005 mit der Versicherungsanstalt des österreichischen Bergbaus zur Beklagten zusammengeführt (§ 538h ASVG idF BGBl I 2003/145). Die Beklagte ist Gesamtrechtsnachfolgerin der VAE.

Der am ***** 1957 geborene Erstkläger trat am 19. 11. 1973, der am ***** 1957 geborene Zweitkläger am 26. 5. 1975 als Angestellter in die Dienste der VAE. Beide Kläger sind seither ununterbrochen Dienstnehmer der VAE bzw nunmehr der Beklagten. Die Beklagte ist im Fall der Kläger auch sachlich zuständiger Pensionsversicherungsträger (§ 29 Z 2 ASVG).

Auf die Dienstverhältnisse der Parteien gelangt die Dienstordnung der Verwaltungsangestellten der VAE (im Folgenden: EDO) zur Anwendung. Die EDO wurde ursprünglich als Kollektivvertrag zwischen der VAE und der Gewerkschaft der Eisenbahner abgeschlossen. Die Kläger bestätigten zu Beginn ihrer Dienstverhältnisse, dass sie sich mit der EDO vertraut gemacht haben und die darin enthaltenen Vorschriften anerkennen. Für beide Kläger war schon damals eine wesentliche Ergänzung, dass sie an das ÖBB-Dienstrecht angebunden waren, was eine zusätzliche Sicherheit bedeutete. Die Vorschriften der EDO sind im

Wesentlichen seit dem Jahr 1966 gleichlautend und unverändert.

Die EDO galt - auch nach der Zusammenführung der VAE mit der Versicherungsanstalt des österreichischen Bergbaus - nach dem Verständnis aller Bediensteter und nach dem allgemeinen Gebrauch für jene Dienstnehmer weiter, die vor dem 1. 1. 1996 eingetreten sind. Für die nach dem 1. 1. 1996 angestellten Dienstnehmer gilt die bei Sozialversicherungsträgern anzuwendende Dienstordnung A (DO.A).

Sämtlichen Mitarbeitern der Beklagten einschließlich den Klägern war während der gesamten Dauer der Dienstzeit bekannt, dass sie hinsichtlich der pensionsrechtlichen und auch der gehaltsrechtlichen Bestimmungen den Mitarbeitern der ÖBB gleichgestellt sind. Darin erblickten die Mitarbeiter der Beklagten und insbesondere auch die Kläger einen Vorteil, weil sowohl die gehalts- als auch die pensionsrechtlichen Bestimmungen der ÖBB, auch was zusätzliche Leistungen hinsichtlich der Pension betrifft, durchaus als günstig bezeichnet werden können.

Aufgrund der Verweisungsbestimmungen der §§ 54 und 132 EDO wurden die Mitarbeiter der Beklagten etwa hinsichtlich der Monatsbezüge, aber auch hinsichtlich der pensionsrechtlichen Bestimmungen, mit Mitarbeitern der ÖBB gleichgestellt. Die Gleichstellung hinsichtlich der monatlichen Bezüge und deren Anhebung wirkte sich für die Mitarbeiter der Beklagten durchaus günstig aus. Darin lag eine von den Bediensteten begrüßte Besserstellung gegenüber Bediensteten, die nach dem 1. 1. 1996 aufgenommen wurden.

Die Anwendung des ÖBB-Pensionsrechts war auch dem Betriebsrat der Beklagten bekannt, der dies auch gegenüber den Mitarbeitern der Beklagten kommunizierte.

Sämtlichen Mitarbeitern wurde auch ausführlich vermittelt, dass eine größtmögliche Harmonisierung zwischen dem Bundesbahn-Pensionsgesetz 2000, BGBl I 2001/86 (BB-PG 2000) und der EDO zu erreichen sei. Kein Mitarbeiter sprach sich dagegen aus. Dass die Berechnung des Ruhegenusses nach der EDO für die der EDO unterliegenden Mitarbeiter der Beklagten unter Berücksichtigung der ÖBB-Modalitäten erfolgen sollte, war auch dem Zentralbetriebsrat der Beklagten bekannt, der dies zustimmend zur Kenntnis nahm. Zwischen dem Vorsitzenden des Zentralbetriebsrats und der Beklagten war vollkommen klar, dass das ÖBB-Pensionsrecht für Dienstnehmer der Beklagten analog zur Anwendung kommt.

Die ÖBB-Gehaltsabschlüsse wurden der Beklagten übermittelt, indem diese die Gehaltstabellen (ua über die ÖBB-Gewerkschaft) erhielt. Die Erhöhungen wurden in das Gehaltsschema der Beklagten wie bei den ÖBB eingebaut und gegenüber den Mitarbeitern nachvollzogen. Die ÖBB-Gehaltsverhandlungen wurden im Intranet der Beklagten bekannt gegeben. Bei den ÖBB gibt es Dreijahressprünge, bei der Beklagten hingegen Zweijahressprünge. Auch die Bestimmungen des BB-PG 2000 wurden in dieser Form übernommen und bei der Berechnung der Pensionsangelegenheiten der Beklagten zugrunde gelegt. Weder widersprachen andere Mitglieder des Betriebsrats der Pensionsberechnung nach dem ÖBB-Pensionsrecht, noch wurde eine Feststellungsklage erhoben, dass das ÖBB-Pensionsrecht nicht zur Anwendung käme. Der Betriebsrat sprach sich nie dagegen aus, dass eine Gleichbehandlung der Mitarbeiter der Beklagten mit den ÖBB-Mitarbeitern erfolgte. Die Anwendung des ÖBB-Pensionsrechts auf die Dienstnehmer der Beklagten wurde tatsächlich umgesetzt. Die Dienstnehmerbeiträge, die

Mitarbeiter der Beklagten zu bezahlen haben, entsprechen den Dienstnehmerbeiträgen bei den ÖBB.

Zirka 180 bis 190 Mitarbeiter der Beklagten sind von der Problematik betroffen, dass sie nach der EDO früher in Pension gehen könnten als nach den ÖBB-Bestimmungen.

Die Kläger beantragten zum Stichtag 1. 2. 2010 (Erstkläger) und 1. 6. 2010 (Zweitkläger), nach Ablauf von 35 Dienstjahren in Pension gehen zu können. Die Beklagte teilte mit, dass ein Pensionsanspruch (noch) nicht bestehe.

Die **Kläger** begehren in ihren Klagen die Zahlung von 3.344,63 EUR sA (Erstkläger, Pension für Februar 2010) und 3.880,14 EUR sA (Zweitkläger, Pension für Juni 2010) sowie die Feststellung, dass der Erstkläger mit Stichtag 1. 2. 2010 und der Zweitkläger mit Stichtag 1. 6. 2010 gegenüber der Beklagten insbesondere gemäß §§ 37, 102 ff EDO Anspruch auf Versetzung in den dauernden Ruhestand haben und sämtliche Voraussetzungen dafür erfüllen. Hilfsweise begehren sie die Verpflichtung der Beklagten zur dauerhaften Zahlung des Ruhegenusses im gesetzlichen Ausmaß von 83 % des ruhegenussfähigen Monatsbezugs ab den jeweiligen Stichtagen (Bemessungsgrundlage für den Erstkläger Jänner 2010, für den Zweitkläger Mai 2010).

Die Kläger brachten dazu im Wesentlichen vor, dass die EDO ein Kollektivvertrag sei und normative Wirkung habe. Die Kollektivvertragsfähigkeit der Beklagten bestehe ungeachtet des Umstands, dass diese vorübergehend durch die 52. ASVG-Novelle verloren gegangen sei, gemäß § 553 Abs 8 ASVG für die vor dem 1. 1. 1996 aufgenommenen Angestellten weiter. Selbst wenn die Kollektivvertragsfähigkeit der Beklagten durch das BB-PG 2000 verloren gegangen wäre, wäre die normative Nachwirkung der EDO gemäß § 13 ArbVG zu berücksichtigen. Ein neuer Kollektivvertrag sei nicht

abgeschlossen worden. Durch die EDO sollte eine privilegierte Gruppe von Dienstnehmern geschaffen werden, auf die günstigere Pensionsregelungen anzuwenden seien. Die Kläger hätten daher auf Basis der EDO und ihrer Dienstverträge Anspruch auf Ruhestandsversetzung zum jeweiligen Stichtag. Sie hätten zumindest 35 Dienstjahre zurückgelegt, sodass ihnen das Höchstausmaß des Ruhegenusses von 83 % des letzten ruhegenussfähigen Monatsbezugs zustehe. Die in § 132 Abs 1 EDO enthaltene dynamische Verweisung auf das ÖBB-Pensionsrecht sei unzulässig, sodass sich die Beklagte darauf nicht berufen könne. § 132 Abs 1 EDO gelange auch über den Umweg einer einzelvertraglichen Vereinbarung nicht zur Anwendung. Die Kläger hätten beim Dienst Eintritt nur die damals geltenden Bestimmungen (ohne Jeweils-Klausel) anerkannt. Sie hätten von den Änderungen ihrer Rechtsstellung durch die Verweisungen keine Kenntnis erlangt. Die Beklagte habe die Änderungen nicht kommuniziert und damit auch gegen das schriftliche Verständigungsverbot in § 13 EDO verstoßen. Die Kläger hätten erst durch die Ablehnung ihrer Pensionsanträge von den Änderungen erfahren. Sie hätten daher den Änderungen aufgrund der Verweisungen auch nicht konkludent zugestimmt. Daran könne die Beiziehung des Betriebsrats und die Information der Gewerkschaft nichts ändern. Selbst bei Bejahung einer Einzelvereinbarung mit den Klägern wären die Änderungen unwirksam. Die Verweisungen zielten auf das Recht der ÖBB-Beamten ab, sie kämen daher seit dem Wegfall der Beamtenstellung der ÖBB-Bediensteten durch das Bundesbahngesetz 1992, BGBl 1992/825 (BBG 1992), nicht mehr zur Anwendung. Die Verweisungen beträfen auch nur jene Bestimmungen, die in der EDO inhaltlich gleich geregelt seien; Neuerungen (wie Durchrechnungsregeln, Hinausschieben des Stichtags,

Berechnung einer Vergleichspension) kämen nicht zur Anwendung. Die zu massiven Verschlechterungen führenden Verweisungen seien zudem nicht bestimmt bzw bestimmbar und vorhersehbar gewesen, sie seien auch nicht iSd § 914 ABGB zumutbar und sittenwidrig. Den Klägern sei bei Dienst Eintritt mitgeteilt worden, dass sie nach 35 Jahren mit 83 % des Letztbezugs in Pension gehen können. Dies sei für sie ein wesentlicher Anreiz zum Eintritt mit geringem Anfangsgehalt gewesen, sie hätten darauf stets vertraut. Nach dem ÖBB-Pensionsrecht mit den von der Beklagten behaupteten Stichtagen müssten die Kläger rund siebeneinhalb Jahre (Erstkläger) bzw sieben Jahre (Zweitkläger) länger arbeiten, obwohl sie weit höhere Pensionsbeiträge und Pensionssicherungsbeiträge geleistet hätten. Zusätzlich würden sie wegen Durchrechnung und Abzügen für den früheren Pensionsantritt zu den gewünschten Stichtagen einen deutlich geringeren Ruhebezug von etwa 24 % unter der sonst zustehenden Bruttopension erhalten. Bei einem Pensionsantritt zu den von der Beklagten behaupteten Stichtagen würden sich die Verluste auf bis zu 50 % erhöhen. Die Angleichung an das ÖBB-Pensionsrecht würde ferner dazu führen, dass die Kläger schlechter gestellt würden als die Dienstnehmer nach der DO.A, weil jene trotz geringerer Beiträge früher in Pension gehen könnten und die Kläger auch in kurzer Zeit keine (die anzurechnende ASVG-Pension übersteigende) Zusatzpension mehr erhalten würden. Damit wäre der Zweck der Pensionsregelung der EDO (Sicherung einer Zusatzpension) vereitelt; die jahrzehntelang geleisteten höheren Beiträge wären frustriert. Die Änderungen durch die Verweisungen auf das ÖBB-Recht seien auch nicht nahtlos übernommen worden. Vielmehr hätten die Organe der Beklagten im Einzelfall über die Anpassung entschieden und nur ihnen genehme Änderungen fallweise übernommen, so sei

etwa an der zweijährigen Vorrückung festgehalten worden.

Selbst wenn die Anwendung des ÖBB-Rechts einzelne positive Änderungen im Besoldungsrecht bewirkt hätte, ergebe eine Gesamtbetrachtung (ein Günstigkeitsvergleich), dass die Kläger weit überwiegend massive Nachteile vor allem im Pensionsrecht erleiden würden. Bei der Beklagten seien - im Gegensatz zu den defizitären ÖBB mit zehntausenden Mitarbeitern - auch keine vergleichbaren wirtschaftlichen Argumente vorhanden, die eine solche Verschlechterung für knapp 180 Personen rechtfertigen könnten. Vielmehr sei die Beklagte in einer guten wirtschaftlichen Lage und könne die Personalkosten allenfalls anderweitig verringern, anstatt in die geschützte Vertrauenslage ihrer langjährigen Mitarbeiter einzugreifen. Die Feststellungsklagen seien zulässig, weil die Kläger ein rechtliches Interesse an einer endgültigen Klärung ihres Rechts auf Ruhestandsversetzung hätten. Daneben seien die Kläger berechtigt, den entgangenen Pensionsbezug (vorerst jeweils für einen Monat) geltend zu machen; sie würden nämlich zur Vermeidung von Rechtsnachteilen weiterarbeiten und erhielten derzeit nur das Arbeitsentgelt. Ruhensbestimmungen seien der EDO nicht zu entnehmen.

Die **Beklagte** bestritt die Begehren und wandte im Wesentlichen ein, dass die EDO zwar als Kollektivvertrag abgeschlossen worden sei, die VAE aber später die Kollektivvertragsfähigkeit verloren habe. Aus § 553 Abs 8 ASVG ergebe sich, dass seit der 52. ASVG-Novelle nur mehr der Hauptverband kollektivvertragsfähig sei. Mit der 54. ASVG-Novelle sei bis zum Inkrafttreten des nach dem BBG 1992 ergehenden neuen Dienst-, Besoldungs- und Pensionsrechts der vorläufige Fortbestand der Kollektivvertragsfähigkeit der VAE angeordnet worden. Jenes Dienstrecht sei 1996 in Kraft getreten. Die Bestimmungen

seien später durch das BB-PG 2000 neu geregelt worden, sodass jedenfalls seitdem die VAE nicht mehr kollektivvertragsfähig gewesen sei. Im Übrigen habe bereits der erstmalige Wegfall der Kollektivvertragsfähigkeit zum Außerkrafttreten der EDO geführt. Es sei daher nicht richtig, dass diese weiterhin normative Wirkung als Kollektivvertrag habe.

Die Nachwirkung gemäß § 13 ArbVG beziehe sich nicht auf die dynamischen Verweisungen, weil diese keinen zulässigen Inhalt des Kollektivvertrags darstellten. Vielmehr seien die Verweisungen eine Vertragsschablone, die zum Inhalt der Einzelarbeitsverträge geworden sei. Die Beklagte und ihre Dienstnehmer hätten die Verweisungen als wirksamen Inhalt des Kollektivvertrags angesehen und die Änderungen (auch nach dem Verlust der Beamtenstellung der ÖBB-Bediensteten) nachvollzogen. Die langjährige vorbehaltlose Praxis habe selbst bei fehlender Kenntnis von der Ungültigkeit der Verweisungen zum konkludenten Entstehen einzelvertraglicher Ansprüche geführt. Die Verweisungen auf das ÖBB-Pensionsrecht seien daher zwischen den Streitteilen wirksam einzelvertraglich vereinbart worden. Eine vereinbarte Delegation des Gestaltungsrechts an Dritte sei zulässig. Dabei sei freilich eine Auslegung des Unterwerfungswillens nach Treu und Glauben dahin geboten, dass nur nach billigem Ermessen zumutbare Änderungen durchgeführt werden dürfen. Eine Veröffentlichung der verwiesenen Regelungen (hier im Bundesgesetzblatt) und die Bestimmbarkeit der Leistungen reichten aus, eine Vorhersehbarkeit sei nicht geboten. Ebenso unschädlich sei, dass § 132 Abs 1 EDO auf Änderungen inhaltlich gleich geregelter Bestimmungen verweise, seien doch ganz allgemein Fragen der Anspruchsgrundlagen und der Pensionsberechnung betroffen, die auch in der EDO geregelt

seien. Die Kläger könnten sich nicht auf die „Rosinentheorie“ berufen. Sie hätten die bisherigen vorteilhaften Änderungen im Dienstrecht akzeptiert und müssten daher auch die Verweisungen auf nachteilige pensionsrechtliche Anpassungen zulassen. Die wirksame Vereinbarung ergebe sich insbesondere auch daraus, dass die Kläger beim Dienst Eintritt den Inhalt der EDO mit den dynamischen Verweisungen ausdrücklich anerkannt hätten. Es sei ihnen wie allen Mitarbeitern klar und bewusst (gewesen), dass die Änderungen des ÖBB-Rechts voll auf sie durchschlagen würden, sie hätten daher die Änderungen jeweils akzeptiert. Die Verweisungen seien auch deshalb zulässig, weil der Ausschluss jeglicher Änderung bei einem jahrzehntelangen unkündbaren Dienstverhältnis von redlichen Parteien nicht vereinbart würde und sittenwidrig wäre. Die Beklagte habe die Änderungen - von einzelnen sachlich begründeten Fällen abgesehen, wo sie abweichend günstigere Regelungen vorgesehen habe - stets umgesetzt und alle Berechnungen (ua der widerspruchsfrei akzeptierten erhöhten Pensionsbeiträge) sowie die Pensionierungen danach vorgenommen. Auch frühere Pensionierungen seien schon unter Zugrundelegung des ÖBB-Rechts erfolgt. Die jeweiligen Anpassungen seien aus den Gehaltsunterlagen (Gehaltstabellen, Gehaltszetteln) ersichtlich gewesen und stets akzeptiert worden. Das Schriftformgebot des § 13 EDO betreffe nur individuell auf den einzelnen Dienstnehmer bezogene Maßnahmen, es sei daher hier nicht anwendbar. Der Betriebsrat sei gleichfalls eingebunden gewesen und habe (etwa bei Erörterungen mit Präsidium und Vorstand) ein Durchschlagen der Änderungen im ÖBB-Pensionsrecht nie in Frage gestellt, ebenso wenig die Gewerkschaft, die die Änderungen im ÖBB-Recht auch gegenüber den Mitarbeitern der Beklagten stets kommuniziert habe. Die Änderungen aufgrund der Verweisungen auf das

ÖBB-Recht seien jedenfalls zumutbar. Die Anpassungen seien angemessen und sachlich gerechtfertigt. Das ÖBB-Dienst- und Pensionsrecht sei auch vom Verfassungsgerichtshof nicht beanstandet worden. Durch die Verweisungen solle der gleiche Standard mit den gleichen Vorteilen und notwendigen Änderungen (wegen gesteigerter Lebenserwartung und gebotener Finanzierbarkeit) wie für die ÖBB-Mitarbeiter sichergestellt werden, für die weiterhin ein äußerst günstiges und daher von Dritten oft kritisierendes Pensionsrecht gelte. Der ursprüngliche Zweck einer betrieblichen Pensionszusage sei nicht verloren gegangen, hätten doch die Kläger (wenngleich mit Abschlägen bei früherem Antritt) weiterhin eine über der ASVG-Pension liegende Betriebspension zu erwarten. Die Kläger hätten auch keine höheren Pensionsbeiträge zu leisten gehabt, von massiven Nachteilen bei der Pensionshöhe könne keine Rede sein. Zu den gewünschten Stichtagen würde sich aufgrund der Deckelungsregeln ein Verlust von lediglich zirka 12 % (Erstkläger) bzw 14 % (Zweitkläger) der Bruttopension ergeben. Nach den auf das Dienstverhältnis anzuwendenden Bestimmungen des ÖBB-Pensionsrechts könnten die Kläger frühestens mit 1. 10. 2017 (Erstkläger) bzw 1. 1. 2017 (Zweitkläger) in den dauernden Ruhestand treten. Die Kläger könnten daher mangels eines derzeitigen Pensionsanspruchs noch keinen wirksamen Antrag auf Ruhestandsversetzung stellen.

Das **Erstgericht** wies die Klagebegehren in den verbundenen Verfahren ab. Die Beklagte habe mit Inkrafttreten des § 553 Abs 8 ASVG die Kollektivvertragsfähigkeit verloren. Die EDO gelte jedoch gemäß § 13 ArbVG für jene Dienstnehmer weiter, die vor dem 1. 1. 1996 eingetreten seien, daher auch für die Kläger. Die EDO verweise hinsichtlich Gehalt und Pension auf die Bestimmungen für die ÖBB-Beamten. Die Beklagte habe die

Änderungen im ÖBB-Dienst- und Pensionsrecht jeweils nachvollzogen. § 132 Abs 1 EDO enthalte eine dynamische Verweisung auf das ÖBB-Pensionsrecht. Diese sei zwar ohne normative Wirkung, gelte jedoch hier infolge einzelvertraglicher Vereinbarung, weil sich auch die Kläger dieser Klausel unterworfen hätten. Die Parteien hätten sich damit durch regelmäßige Handhabung und die dadurch begründete betriebliche Übung iSd § 863 ABGB der Anwendbarkeit des ÖBB-Pensionsrechts schlüssig unterworfen. Der Vergleich mit den ÖBB-Pensionen sei auch zumutbar, er sei verhältnismäßig und es sei auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte eine Kostensenkung beabsichtige. Bei Gegenüberstellung der anwendbaren Regelungen könne insgesamt nicht davon ausgegangen werden, dass die Regelungsbefugnis des Dienstgebers hier nicht nach billigem Ermessen sowie Treu und Glauben ausgeübt worden sei. Die Unterwerfung der Kläger unter die pensionsrechtlichen Bestimmungen der ÖBB-Bediensteten sei daher wirksam und zulässig erfolgt.

Das **Berufungsgericht** hob dieses Urteil über Berufung der Kläger auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück.

Unstrittig sei die EDO ursprünglich im Jahr 1966 als Kollektivvertrag zwischen der VAE und der Gewerkschaft der Eisenbahner abgeschlossen worden. Mit § 553 Abs 8 ASVG idF der 52. Novelle zum ASVG (BGBl 1994/20) habe die VAE die Kollektivvertragsfähigkeit an den Hauptverband verloren. Dies sei später als unbefriedigend erachtet worden, weshalb in dem mit der 54. Novelle zum ASVG, (BGBl I 1997/139), geänderten § 553 Abs 8 ASVG angeordnet worden sei, dass die Kollektivvertragsfähigkeit der VAE für vor dem 1. 1. 1996 in den Dienst getretene Verwaltungsangestellte weiter bestehe. Sie solle jedoch nur so

lange weiter bestehen, als aufgrund des BBG 1992 die vor seinem Inkrafttreten bzw längstens vor dem 1. 1. 1995 wirksam gewordenen Bestimmungen über das Dienst-, Besoldungs- und Pensionsverhältnis der ÖBB-Bediensteten unberührt bleiben. Nach dem letzten Satz des § 553 Abs 8 ASVG dürfen die von der VAE abgeschlossenen Kollektivverträge in Abweichung von den Richtlinien des Hauptverbands der Sozialversicherungsträger gemäß § 31 Abs 3 Z 9 ASVG an das für die ÖBB-Bediensteten geltende Recht angepasst werden. Aus § 553 Abs 8 ASVG idF der 54. ASVG-Novelle folge eindeutig, dass die Kollektivvertragsfähigkeit der VAE mit dem Zeitpunkt einer späteren wesentlichen Änderung des ÖBB-Rechts - das damit nicht mehr unberührt bleibe - enden sollte. Eine solche wesentliche Änderung des ÖBB-Pensionsrechts sei 1999 durch die 27. Novelle zur Bundesbahn-Pensionsordnung 1966 (BB-PO 1966) und jedenfalls durch das am 1. 10. 2000 in Kraft getretene BB-PG 2000, das die Regelungen der BB-PO 1966 übernommen habe, erfolgt. Damit habe jedoch die VAE bzw die Beklagte als deren Rechtsnachfolgerin ihre Kollektivvertragsfähigkeit endgültig verloren.

Infolge der gemäß § 13 ArbVG angeordneten Nachwirkung blieben jedoch die Rechtswirkungen der zulässig vereinbarten und damit schon bisher gültigen Inhaltsnormen der EDO auch nach deren Erlöschen aufrecht. Auch der Verlust der Kollektivvertragsfähigkeit einer vertragsschließenden Partei sei ein Erlöschensfall, ein neuer Kollektivvertrag sei nicht abgeschlossen worden. Die DO.A könne nicht als „neuer Kollektivvertrag“ iSd § 13 ArbVG angesehen werden, weil die vor dem 1. 1. 1996 eingetretenen Verwaltungsangestellten der Beklagten von ihrem Geltungsbereich ausgenommen seien.

Die Nachwirkung gemäß § 13 ArbVG erfasse

jedoch nicht unzulässige Inhalte eines Kollektivvertrags. Eine dynamische Verweisung bei normativen Regelungen eines Kollektivvertrags sei aus dem Grund der unstatthaften Delegation der Normsetzungsbefugnis auf andere Rechtssetzungsautoritäten grundsätzlich unzulässig. Die EDO enthalte eine Reihe von dynamischen Verweisungen - insbesondere die §§ 37 Abs 6, 54 Abs 5 (Besoldungsrecht) und 132 Abs 1 (Pensionsrecht) - auf das Recht der ÖBB-Beamten. Diese seien daher kein gültiger Inhalt der EDO gewesen, sodass sie auch keine Nachwirkung iSd § 13 ArbVG entfalten könnten.

Eine als Norm nichtige dynamische Verweisung im Kollektivvertrag könne freilich durch dauernde betriebliche Übung in die Einzelarbeitsverträge eingehen. Hier sei für die Kläger die Anbindung an das ÖBB-Recht schon bei Dienst Eintritt als zusätzliche Sicherheit wesentlich gewesen. Sie seien - wie alle Mitarbeiter - in Ansehung der erhaltenen Bezüge (ausgenommen die beibehaltenen Zweijahressprünge) und der pensionsrechtlichen Belange den ÖBB-Bediensteten gleichgestellt gewesen, was ihnen auch bekannt gewesen sei. Auch Pensionsabgänge seien nach ÖBB-Bestimmungen erfolgt. Sowohl die VAE bzw die Beklagte als Rechtsnachfolgerin als auch die Gesamtheit der Arbeitnehmer hätten gewusst, dass das ÖBB-Gehalts- und Pensionsrecht zur Anwendung komme, sie hätten diese Bestimmungen vorbehaltlos akzeptiert. Die Kläger und die anderen Dienstnehmer hätten sich den ÖBB-Bestimmungen schlüssig iSd § 863 ABGB unterworfen, die auch mit ungünstigeren Bedingungen Inhalt der Einzelarbeitsverträge geworden seien. Die Kläger hätten sich daher nicht nur einer „versteinerten“ Fassung der EDO unterworfen.

Aus dem Umstand, dass die dynamischen Verweisungen auf das Recht der ÖBB-Beamten abstellen, sei

für die Kläger nichts zu gewinnen, weil Dienstverhältnisse der ÖBB-Beamten trotz ihres öffentlichen Einschlags schon vor dem Bundesbahngesetz 1992 auf einem privatrechtlichen Vertrag beruht haben. Im Übrigen sei nach den Feststellungen auch in den knapp 20 Jahren seit Inkrafttreten des BBG 1992 von einer schlüssig vereinbarten Übernahme des ÖBB-Rechts und damit auch der mit 1. 1. 1996 eingeführten und entsprechend veröffentlichten Allgemeinen Vertragsbedingungen für Dienstverträge bei den Österreichischen Bundesbahnen (AVB) auszugehen. Daher habe auch nach Inkrafttreten des BBG 1992 eine fortwährende Implementierung des ÖBB-Rechts stattgefunden.

Im Rahmen der Privatautonomie stehe es den Parteien frei, eine einseitige Rechtsgestaltung durch den Gesetzgeber zu vereinbaren, könne doch die Einhaltung der Grundsätze von Treu und Glauben sowie billigem Ermessen einer richterlichen Kontrolle unterzogen werden. Allfällige verschlechternde Änderungen durch das BB-PG 2000 würden im Bundesgesetzblatt veröffentlicht und seien damit ausreichend bestimmt bzw bestimmbar. Bestimmungen, auf die verwiesen werde, müssten nicht auch vorhersehbar sein, weil das vereinbarte einseitige Gestaltungsrecht nur nach Treu und Glauben sowie billigem Ermessen ausgeübt werden könne und der richterlichen Kontrolle unterliege.

§ 13 EDO sehe eine schriftliche Verständigung von wichtigen Personalmaßnahmen vor. Die Anwendung der jeweiligen Änderungen des ÖBB-Pensionsrechts auf die Mitarbeiter der Beklagten stelle keine Personalmaßnahme dar, sodass eine schriftliche Verständigung der Kläger nach dieser Bestimmung nicht geboten gewesen sei.

Gemäß der auf die dargestellte Weise einzelvertraglich vereinbarten Bestimmung des § 132 EDO, der auf das ÖBB-Pensionsrecht verweise, gingen die

künftigen Änderungen des ÖBB-Rechts den Bestimmungen der EDO vor und sollten ihnen daher bei inhaltlichen Widersprüchen derogieren. Dies sei schon deshalb der Fall, weil sich die Verweisungen ausdrücklich auf künftige „Änderungen“ und nicht bloß „Ergänzungen“ der jeweiligen Bestimmungen beziehen. Diese Auslegung des § 132 EDO ergebe sich bereits gemäß § 914 ABGB aus dem Wortlaut der Bestimmung, die Beachtlichkeit künftiger Änderungen entspreche auch eher der Parteienabsicht und dem Zweck der Regelung. Die Unklarheitenregel des § 915 ABGB komme daher nicht zur Anwendung.

§ 132 EDO dürfe nicht eng ausgelegt werden, wäre andernfalls doch jede - notgedrungen zu einer anderen inhaltlichen Regelung führende - Änderung ausgeschlossen. Vielmehr sei diese Bestimmung dahin zu interpretieren, dass die ÖBB-Bestimmungen übernommen werden, soweit sie die in der EDO vorgesehenen Kriterien für den Pensionsbezug (insb Anspruch auf Ruhegenuss, ruhegenussfähige Dienstzeit, Berechnungsgrundlage, Ausmaß des Ruhegenusses) betreffen. Sämtliche die aufgezeigten Sachbereiche betreffenden Änderungen der ÖBB-Bestimmungen sollten in das Pensionsrecht der Beklagten implementiert werden. Dies gelte daher auch für die Stichtagsregelung und für die neuen Durchrechnungsbestimmungen, weil das ÖBB-Recht bis zur 27. Novelle zur BB-PO die Pensionsberechnung ähnlich wie in der EDO (mit einem bestimmten Prozentsatz vom Letztbezug) geregelt habe. Die Übergangsbestimmungen im ÖBB-Recht hätten zwar keine Entsprechung in der EDO, seien aber für die Bediensteten von Vorteil, sodass sich ihre Übernahme zwanglos im Weg der objektiven Vertragsergänzung iSd § 914 ABGB ergebe.

Im Hinblick auf § 914 ABGB dürfe das durch die Vertragsparteien einem Dritten eingeräumte auch

Verschlechterungen ermöglichende einseitige Gestaltungsrecht (Änderungsvorbehalt) in den Hauptpunkten nicht nach freiem Belieben, sondern nur nach Treu und Glauben sowie billigem Ermessen ausgeübt werden. Erhebliche verschlechternde Änderungen seien daher im Rahmen der gebotenen Zumutbarkeitsprüfung nur dann zulässig, wenn das Ermessen nicht offenbar unbillig oder missbräuchlich ausgeübt werde. Bei der Zumutbarkeitsprüfung seien auch die Grundrechte im Wege der mittelbaren Drittwirkung beachtlich. Bei Eingriffen in pensionsrechtliche Anwartschaften der Arbeitnehmer kämen dabei vor allem der Eigentumsschutz und der Gleichheitssatz in Betracht. Eigentumsbeschränkungen seien zulässig, wenn sie sachlich gerechtfertigt sind, nicht den Wesensgehalt des Grundrechts berühren und nicht unverhältnismäßig sind. Die Verhältnismäßigkeit sei aufgrund einer Gegenüberstellung der Interessen zu beurteilen. Bei einem privatautonom geschlossenen Vertrag sei zu beachten, dass der daraus Berechtigte um so weniger als der seine Rechte aus einem Kollektivvertrag ableitende Arbeitnehmer mit einer nachträglichen Verschlechterung seiner Rechtsstellung rechnen müsse. Der Gleichheitsgrundsatz sei gewahrt, wenn auf die durch die unterschiedliche Dauer der Berufsausübung bedingten unterschiedlichen Vertrauenspositionen Bedacht genommen wird, also nicht plötzlich, unerwartet und schwerwiegend in eine schützenswerte Rechtsposition eingegriffen werde. Schützenswert seien vor allem Personen, die nahe am Pensionsalter sind und ihre Lebensführung bereits auf den nahenden Ruhestand eingerichtet haben.

Das Verfahren sei vor diesem Hintergrund ergänzungsbedürftig, weil Feststellungen fehlten, aus denen sich beurteilen lasse, ob die von den Klägern geltend gemachten Verschlechterungen durch die Übernahme des

ÖBB-Pensionsrechts zumutbar seien. Dazu bedürfe es der vollständigen Erhebung und Feststellung der pensionsrechtlichen Folgen für die Kläger, die bisher noch nicht erfolgt sei. Mangels solcher Feststellungen sei ein wertender Vergleich zwischen der Rechtsstellung der Kläger mit und ohne Übernahme der ÖBB-Pensionsbestimmungen derzeit nicht möglich. Maßgeblich sei, ob die Übernahme der ÖBB-Pensionsbestimmungen im Rahmen eines Günstigkeitsvergleichs nach den vom Berufungsgericht im Einzelnen dargelegten Kriterien billigerweise zumutbar sei. Dafür komme es nicht auf die ASVG-Regelungen an, sondern in erster Linie auf eine Gegenüberstellung der pensionsrechtlichen Ansprüche mit und ohne Anwendung des ÖBB-Rechts.

Dass die Verschlechterungen im ÖBB-Pensionsrecht bereits durch den Verfassungsgerichtshof geprüft und für zulässig erachtet worden seien, sei nicht relevant, weil das Pensionsrecht für die Bediensteten der Beklagten nicht unmittelbar vom Gesetzgeber erlassen, sondern vielmehr die ÖBB-Bestimmungen durch einzelvertragliche Vereinbarungen übernommen worden seien. In einem solchen Fall stehe die individuelle Interessenlage der Vertragsparteien, deren jeweilige schutzwürdige Rechts- und Vertrauenspositionen gegenüberzustellen und abzuwägen seien, im Vordergrund. Ein solcher Vergleich der konkreten Verhältnisse der Vertragsparteien könne durch eine allgemeine verfassungsrechtliche Prüfung des ÖBB-Rechts durch den Verfassungsgerichtshof nicht ersetzt werden.

Ebenso fehlten Feststellungen, aus denen sich beurteilen lasse, ob die Kläger infolge der Angleichung an das ÖBB-Pensionsrecht nunmehr gegenüber jenen Dienstnehmern schlechter gestellt seien, für die die DO.A gelte. Der Gleichlauf mit den ÖBB-Pensionen dürfe nämlich nicht dazu

führen, dass aus der früheren Besserstellung der EDO-Bediensteten eine Schlechterstellung im Vergleich zu den Angestellten nach der DO.A werde. Insbesondere wäre die Anpassung an das ÖBB-Pensionsrecht dann nicht mehr gerechtfertigt, wenn der ursprüngliche Zweck (Sicherung einer Zusatzpension) nicht erreicht werden könne.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluss zulässig sei, weil die Entscheidung für eine große Anzahl von Mitarbeitern und damit über den Einzelfall hinaus von Bedeutung sei und vergleichbare Rechtsprechung zur Übernahme des ÖBB-Pensionsrechts für die Angestellten eines Sozialversicherungsträgers im Wege einer schlüssigen einzelvertraglichen Vereinbarung noch nicht vorliege.

Gegen diesen Beschluss richteten sich die jeweils von der Gegenseite beantworteten Rekurse der Kläger und der Beklagten.

Die Rekurse sind aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig. Der Rekurs der Kläger ist nicht berechtigt, jener der Beklagten ist hingegen berechtigt.

1. Der Oberste Gerichtshof kann gemäß § 519 Abs 2 letzter Satz ZPO über einen Rekurs gegen einen Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts nach § 519 Abs 1 Z 2 ZPO durch Urteil in der Sache selbst erkennen, wenn die Sache zur Entscheidung reif ist, wobei diese Entscheidung auch zum Nachteil des Rekurswerbers ausfallen kann. Eine derartige Sachentscheidung des Obersten Gerichtshofs verstößt nicht gegen das Verschlechterungsverbot (RIS-Justiz RS0043853; RS0043939).

2. Zur Rechtsnatur der EDO:

Aufgrund eines Rekurses gegen einen Aufhebungsbeschluss ist die Rechtsansicht des Berufungsgerichts zwar allseitig zu überprüfen. Die

Nachprüfung hat sich allerdings nicht auf jene in sich geschlossenen selbständigen Tatsachenkomplexe zu erstrecken, die nicht Gegenstand der Anfechtung sind (RIS-Justiz RS0043934 [T1, T3]). Die Parteien stellen die oben wiedergegebene Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dass die VAE bzw nunmehr die Beklagte zu den hier relevanten Zeitpunkten der Antragstellung durch die Kläger (1. 2. und 1. 6. 2010) ihre Kollektivvertragsfähigkeit endgültig verloren hatte (§ 553 Abs 8 ASVG idF der 54. Novelle BGBl I 1997/139), sodass die EDO als Kollektivvertrag erloschen war (*Reissner* in *ZellKomm*² § 17 ArbVG Rz 12), in ihren Rechtsmittelschriften nicht in Frage, sodass darauf nicht weiter einzugehen ist.

3. Zur Frage der Nachwirkung (§ 13 ArbVG):

3.1 Gemäß § 13 ArbVG bleiben die Rechtswirkungen des Kollektivvertrags nach seinem Erlöschen für Arbeitsverhältnisse, die unmittelbar vor seinem Erlöschen durch ihn erfasst waren, so lange aufrecht, als für diese Arbeitsverhältnisse nicht ein neuer Kollektivvertrag wirksam oder mit den betroffenen Arbeitnehmern nicht eine neue Einzelvereinbarung abgeschlossen wird. Diese Nachwirkung bedeutet ein gesetzlich angeordnetes Weiterwirken von Inhalten des erloschenen Kollektivvertrags. Sie erfüllt die Funktion, eine kollektivvertragslose Phase zu überbrücken (RIS-Justiz RS0050925, zuletzt 8 ObA 40/12h) und entspricht einem bloß dispositiven Weiterbestehen der Bestimmungen des an sich erloschenen Kollektivvertrags (*Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 13 Rz 6 mwH). Dass ein die EDO ersetzender neuer Kollektivvertrag nicht abgeschlossen wurde, ist zwischen den Parteien nicht strittig.

3.2 Die Kläger stützen ihre Ansprüche auf die §§ 37, 102 ff EDO und bringen dazu vor, dass es sich dabei

um wirksame und daher von der Nachwirkung gemäß § 13 ArbVG erfasste Bestimmungen handle.

Dem hält die Beklagte in ihrem Rechtsmittel insbesondere entgegen, dass die EDO in zahlreichen Bestimmungen immer schon auf das Besoldungs- und Pensionsrecht der ÖBB-Bediensteten hingewiesen habe. Dazu gehöre auch § 132 Abs 1 EDO. Nach dieser Bestimmung sollten künftige Änderungen pensionsrechtlicher Bestimmungen für ÖBB-Bedienstete auch für die der EDO unterliegenden Angestellten insoweit gelten, als diese Änderungen *„Bestimmungen betreffen, die in diesem Pensionsrecht inhaltlich gleich geregelt sind“*. Verweise wie im vorliegenden Fall ein Kollektivvertrag auf ein Dienstrecht eines großen, öffentlichen Unternehmens, welches jedenfalls hinsichtlich des Pensionsrechts maßgeblich durch gesetzliche Bestimmungen definiert sei, so könne darin kein Eingriff in die gesetzliche Verteilung von Zuständigkeiten bei der Gestaltung von Arbeitsbedingungen gesehen werden. Da nach herrschender Meinung auch die Arbeitsvertragsparteien ein Leistungsbestimmungsrecht durch Dritte vereinbaren können, müsse dies infolge eines Größenschlusses auch für Kollektivvertragsparteien gelten. Diese seien nach der Rechtsprechung berechtigt, Regelungen zu treffen, von denen sie Abweichungen durch die Betriebspartner oder die Arbeitsvertragsparteien für zulässig erklären könnten, sodass sich auch aus einem hieraus zu ziehenden Größenschluss ergebe, dass die Kollektivvertragsparteien Gestaltungsrechte an Dritte übertragen könnten, sofern diese nach billigem Ermessen ausgeübt werden. Weder verstießen solche Regelungen gegen das Bestimmtheitsgebot, noch fehle es im vorliegenden Fall der Verweisung auf gesetzliche Gestaltungsrechte an einer ausreichenden Publizität. § 132 Abs 1 EDO enthalte daher eine zulässige dynamische

Verweisung, sodass auch diese Bestimmung von der Nachwirkung gemäß § 13 ArbVG erfasst sei.

3.3 Im Kern zeigt die Beklagte damit die im konkreten Fall beachtliche Frage des Verhältnisses des § 13 ArbVG zu § 553 Abs 8 ASVG auf.

§ 553 Abs 8 ASVG lautet seit der 54. ASVG-Novelle (BGBl I 1997/139, Art 7 Z 152; Inkrafttreten: 1. 1. 1998):

„Abweichend von § 7 des Arbeitsverfassungsgesetzes sind die im Hauptverband zusammengefassten Versicherungsträger (§ 31 Abs 1) mit Ausnahme der Versicherungsanstalt der österreichischen Eisenbahnen nicht kollektivvertragsfähig. Die Kollektivvertragsfähigkeit der Versicherungsanstalt der österreichischen Eisenbahnen bezieht sich nur auf die vor dem 1. Jänner 1996 in den Dienst der Anstalt getretenen Verwaltungsangestellten; sie besteht so lange weiter, als auf Grund des Bundesbahngesetzes 1992, BGBl Nr 825, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes bzw längstens vor dem 1. Jänner 1995 wirksam gewordenen Bestimmungen über das Dienst-, Besoldungs- und Pensionsverhältnis der Bediensteten der Österreichischen Bundesbahnen unberührt bleiben. Die von der Versicherungsanstalt der Österreichischen Eisenbahnen abgeschlossenen Kollektivverträge dürfen in Abweichung von den Richtlinien des Hauptverbandes gemäß § 31 Abs 3 Z 9 an das für die Bediensteten der Österreichischen Bundesbahnen geltende Recht angepasst werden.“

Der Bundesgesetzgeber nimmt damit eine sich ausdrücklich auf das Arbeitsverfassungsgesetz beziehende und von diesem abweichende Regelung vor. Nicht nur wird die („wiederaufgelebte“) Kollektivvertragsfähigkeit der Beklagten - wie vom Berufungsgericht dargelegt - befristet,

sondern es enthält der letzte Satz auch eine inhaltliche Vorgabe dahin, dass Änderungen von Kollektivverträgen, die die Beklagte abgeschlossen hat, an das für die Bediensteten der ÖBB geltende Recht angepasst werden dürfen. Damit hat der Gesetzgeber für die vor dem 1. 1. 1996 bei der VAE eingetretenen Verwaltungsangestellten in Bezug auf ihre pensionsrechtliche Stellung im Ergebnis dieselbe Vorgangsweise wie bei den ÖBB-Bediensteten gewählt: Ein ursprünglich (kollektiv-)vertraglich geregeltes Pensionsrecht wird einer gesetzlichen Regelung zugeführt. Der Gesetzgeber verfolgte mit dieser Bestimmung erkennbar das Ziel, die EDO so lange weiter bestehen zu lassen, bis neue dienst-, besoldungs- und pensionsrechtliche Regelungen für die Bediensteten der ÖBB geschaffen werden (ErlRV 886 BlgNR 20. GP 108), die dann auch für die vor dem 1. 1. 1996 bei der VAE eingetretenen Verwaltungsangestellten gelten sollten. Es könnte vor diesem Hintergrund daher mit gutem Grund vertreten werden, dass § 553 Abs 8 ASVG insofern eine *lex specialis* zu § 13 ArbVG darstellt, als diese Bestimmung selbst die Überleitung der früheren kollektivvertraglichen Bestimmungen der EDO in das für die Bediensteten der ÖBB geltende Recht regelt. Dies ergibt sich insbesondere aus dem letzten Satz des § 553 Abs 8 ASVG, der eine Anpassung der von der VAE abgeschlossenen Kollektivverträge an das für die Bediensteten der ÖBB geltende Recht ausdrücklich auch in Abweichung von den die Regelung der dienst-, besoldungs- und pensionsrechtlichen Verhältnisse der Bediensteten der Versicherungsträger und des Hauptverbandes bzw den Abschluss von Kollektivverträgen betreffenden Richtlinien des Hauptverbandes gemäß § 31 Abs 3 Z 9 ASVG ermöglicht.

Letztlich braucht darauf aber nicht abschließend eingegangen zu werden, weil das Berufungsgericht nach den

hier maßgeblichen Verfahrensergebnissen ohnehin zutreffend davon ausgegangen ist, dass - insbesondere - § 132 EDO im Weg des § 863 ABGB zum Inhalt der Einzelarbeitsverträge der Kläger geworden ist.

4. Zur einzelvertraglichen Geltung des § 132 EDO:

4.1 Das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung ausgeführt, dass eine als Norm in einem Kollektivvertrag nichtige dynamische Verweisung durch dauernde betriebliche Übung iSd § 863 ABGB zum Inhalt der Einzelarbeitsverträge werden kann, in denen derartige Vereinbarungen - beschränkt durch den Rahmen „billigen Ermessens“ - zulässig sind (*Reissner* in ZellKomm² § 2 ArbVG Rz 62 mwH; RIS-Justiz RS0050838 [T3, T6]; 9 ObA 121/04s). Dem treten die Kläger in ihrem Rekurs mit dem Argument entgegen, dass dadurch unwirksame dynamische Verweisungen bei normativen Regelungen umgangen werden könnten, zumal die gültigen Bestimmungen der EDO gemäß § 13 ArbVG noch nachwirkten. Dem kommt keine Berechtigung zu.

4.2 Zu Unrecht führen die Kläger aus, die bisher getroffenen Feststellungen würden nicht ausreichen, um die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dass (insbesondere) § 132 EDO im Weg der betrieblichen Übung gemäß § 863 ABGB zum Inhalt der Einzelarbeitsverträge der Kläger wurde, zu tragen. Aus den Feststellungen des Erstgerichts ergibt sich mit hinreichender Deutlichkeit, dass den Klägern die EDO und die in ihr enthaltenen Verweisungen sowohl auf das Gehalts- als auch auf das Pensionsrecht der ÖBB von Anfang an bekannt waren, und dass für die Kläger die Anbindung an das ÖBB-Dienstrecht eine wesentliche Ergänzung und zusätzliche Sicherheit war. Die Kläger erklärten sich mit dem

Inhalt der EDO ausdrücklich einverstanden und haben nicht lediglich - wie sie dies im Rekurs behaupten - geschwiegen. Die Kläger erblickten in der Anbindung an das ÖBB-Gehalts- und Pensionsrecht einen Vorteil und eine von ihnen begrüßte Besserstellung gegenüber Bediensteten, die nach dem 1. 1. 1996 aufgenommen wurden. Gegenüber den Mitarbeitern der Beklagten - daher auch gegenüber den Klägern - wurde kommuniziert, dass durch § 132 EDO für die Anpassung des Pensionsrechts auf die zwischen den ÖBB und der Gewerkschaft der Eisenbahner ausverhandelten Entscheidungen zurückgegriffen werden könne. Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dass das allfällige Nichtwissen über die Unzulässigkeit einer dynamischen Verweisung in einem Kollektivvertrag einer einzelvertraglichen Vereinbarung nicht entgegensteht, weil diesfalls im Weg der objektiven Vertragsergänzung davon ausgegangen werden könne, dass die Parteien auch bei Kenntnis von der Ungültigkeit den Inhalt einzelvertraglich vereinbart hätten (8 ObA 99/04y; 8 ObS 7/06x), ziehen die Kläger in ihrem Rekurs nicht in Zweifel. Dem im Rekurs vorgebrachten Argument, es liege im vorliegenden Fall keine „jeweils-Klausel“ vor, sodass sich die Kläger durch ihre Anerkennung der EDO nur auf deren damalige, „versteinerte“ Fassung bezogen hätten, hat bereits das Berufungsgericht zutreffend entgegengehalten, dass sich die Kläger auch den in der EDO enthaltenen dynamischen Verweisungen und damit auch den - etwa in § 132 EDO genannten - „künftigen Änderungen“ des ÖBB-Pensionsrechts unterworfen haben.

4.4 Zu Unrecht berufen sich die Kläger auch im Rekurs darauf, dass eine schriftliche Information gemäß § 13 EDO nicht erfolgt sei, sodass für eine schlüssige Vertragsergänzung kein Raum bleibe. Nach dieser Bestimmung ist der Angestellte von der Aufnahme in die

Dienste der Anstalt, von der Unterstellung unter die Dienstordnung, von einer Dienstpostenverleihung, von der erfolgreichen Ablegung einer Dienstprüfung, vom Eintritt der Unkündbarkeit, von der Kündigung, von der Entlassung und von sonstigen wichtigen Personalmaßnahmen schriftlich in Kenntnis zu setzen. Zutreffend hat dem das Berufungsgericht entgegengehalten, dass im vorliegenden Fall nicht eine Personalmaßnahme im Sinn dieser - gemäß § 13 ArbVG dispositiv nachwirkenden - Bestimmung zu beurteilen ist, sondern die Frage der für die Kläger geltenden Voraussetzungen über Anspruch und Ausmaß des Ruhegenusses der Kläger.

4.5 Die Rekurswerber führen aus, dass sich aus dem in § 132 Abs 1 EDO verwendeten Begriff des „Beamten der ÖBB“ ergebe, dass es den Kollektivvertragsparteien in § 132 Abs 1 EDO auf ein Dienstverhältnis zum Bund angekommen sei, sodass nach dem Wechsel des Dienstgebers eine dynamische Verweisung auch einzelvertraglich nicht mehr argumentierbar sei. Dem hat schon das Berufungsgericht zutreffend entgegengehalten, dass auch nach der Rechtslage vor dem BBG 1992 das Dienstverhältnis der „Beamten“ der ÖBB auf einem privatrechtlichen Dienstvertrag beruhte (so zB schon 4 Ob 20/62 = Arb 7539 uva; RIS-Justiz RS0052676), mag dieses auch mit zahlreichen Elementen versehen gewesen sein, die für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse charakteristisch sind (*Maultaschl*, Das österreichische Bundesbahndienstrecht, ÖJZ 1952, 176 [178]). Schon von seinem Wortlaut her verweist § 132 Abs 1 EDO nur auf Änderungen der pensionsrechtlichen Bestimmungen für die Beamten der ÖBB, nicht aber auf ein Dienstverhältnis zum Bund. Bis zum Inkrafttreten des § 21 Abs 1 BBG 1992 mit 1. 1. 1993 standen überdies sämtliche aktiven Bediensteten der ÖBB in einem Dienstverhältnis zum Bund, während dies

nach diesem Zeitpunkt nicht mehr der Fall war, ohne dass jedoch die EDO - damals noch ein Kollektivvertrag - geändert worden wäre.

4.6 Das Berufungsgericht ist daher zutreffend davon ausgegangen, dass die ursprüngliche Kollektivvertragsnorm des § 132 EDO hier durch schlüssige Vertragsergänzung bzw im Weg der ergänzenden Vertragsauslegung zum Inhalt der Einzelarbeitsverträge der Kläger wurde.

5. Zur Auslegung des § 132 Abs 1 EDO:

5.1 Die Kläger führen in ihrem Rekurs aus, dass sich aus dem Wortlaut des eng auszulegenden § 132 Abs 1 EDO ergebe, dass nur „inhaltlich gleich geregelte“ Bestimmungen implementiert werden dürfen. Einzelvertragliche Inhalte könnten infolge der Weitergeltung der pensionsrechtlichen Bestimmungen der EDO (insb §§ 37, 106 EDO) im Weg der Nachwirkung gemäß § 13 ArbVG daher nur wirksam werden, wenn sie diesen nachwirkenden Normen nicht widersprechen. Dies sei aber bei den pensionsrechtlichen Regelungen der ÖBB nicht der Fall, würden doch diese die pensionsrechtliche Stellung der Kläger im Verhältnis zu den für sie nach wie vor geltenden Regelungen der EDO deutlich verschlechtern.

5.2 Dem hat bereits das Berufungsgericht entgegengehalten, dass die von den Klägern begehrte „enge“ Auslegung des § 132 Abs 1 EDO zur Folge hätte, dass inhaltliche Änderungen pensionsrechtlicher Regelungen auch dann nicht für die der EDO unterliegenden Angestellten übernommen werden könnten, wenn diese - was ja offenbar der mit den zahlreichen dynamischen Verweisungen in der EDO auf das ÖBB-Besoldungs- und Pensionsrecht verbundenen Absicht der Parteien entsprach - die pensionsrechtliche Stellung der der EDO unterliegenden

Angestellten verbessert. Zutreffend hat daher das Berufungsgericht ausgeführt, dass es nicht nur der Parteienabsicht, sondern auch dem Zweck der in § 132 Abs 1 EDO enthaltenen dynamischen Verweisung auf das ÖBB-Pensionsrecht entsprach, solche Änderungen im weiteren Sinn dann zu übernehmen, wenn sie die in der EDO vorgesehenen Kriterien für den Pensionsbezug betrafen.

5.3 Darüber hinaus kommt den Bestimmungen der EDO wie ausgeführt infolge des Verlusts der Kollektivvertragsfähigkeit der Beklagten gemäß § 13 ArbVG nur mehr dispositive, daher abdingbare Bedeutung zu. Auch abweichende und aus Sicht der Arbeitnehmer nachteilige einzelvertragliche Änderungen der pensionsrechtlichen Bestimmungen der EDO sind daher grundsätzlich zulässig (RIS-Justiz RS0018115; RS0112269), worauf das Berufungsgericht hingewiesen hat. Im Ergebnis führt dies dazu, dass das im Weg der einzelvertraglichen Vereinbarung schlüssig zwischen den Parteien vereinbarte ÖBB-Pensionsrecht die älteren pensionsrechtlichen Normen der EDO insofern verdrängte, als diese einzelvertragliche Vereinbarung - worauf noch einzugehen sein wird - der Billigkeit und Zumutbarkeit entsprach.

6. Zur Übertragung von Gestaltungsrechten an Dritte:

6.1 Nach herrschender Auffassung kann ungeachtet fehlender gesetzlicher Bestimmung die Festlegung der Gegenleistung für eine Leistung entgegen der Rechtsansicht der Kläger in ihrem Rekurs nicht nur beim Kauf, sondern bei jedem Rechtsgeschäft im Sinne des § 1056 ABGB einem Dritten übertragen werden (RIS-Justiz RS0020089; RS0020079; zur Übertragung an einen Dritten auch für den Arbeitsvertrag vgl zB 14 Ob 136/86), soweit diese nicht willkürlich erfolgt (RIS-Justiz RS0112269;

RS0017784 ua). Dem halten die Kläger in ihrem Rekurs im Wesentlichen entgegen, dass es eine Überstrapazierung dieses Arguments bedeuten würde, wenn man hier davon ausginge, dass die Parteien schlüssig vereinbart hätten, die Ausgestaltung der Einzelverträge an den Bundesgesetzgeber zu delegieren. Zum Zeitpunkt der Schöpfung der EDO sei mit der Delegierung an „Dritte“ nicht der Bundesgesetzgeber gemeint gewesen; ursprünglich gemeinte dritte Personen könnten nicht jederzeit „schlüssig ausgetauscht“ werden.

6.2 Die Kläger zeigen damit keine Korrekturbedürftigkeit der Rechtsansicht des Berufungsgerichts, wonach die Parteien insbesondere im Rahmen ihrer Privatautonomie berechtigt sind, derartige Gestaltungsrechte auf den Gesetzgeber zu übertragen, auf. Gerade der Gesetzgeber ist, worauf die Beklagte hinweist, an das aus dem Gleichheitsgrundsatz abgeleitete allgemeine Sachlichkeitsgebot gebunden (RIS-Justiz RS0058455; RS0053981) und macht seine Normen in einer für jedermann, und daher auch für jeden Arbeitnehmer der Beklagten, zugänglichen, genau vorgeschriebenen Weise kund. Damit ist das Berufungsgericht aber zutreffend davon ausgegangen, dass auch verschlechternde Veränderungen der pensionsrechtlichen Bestimmungen zumindest ausreichend bestimmbar sind. Auf das Argument der Kläger in ihrem Rekurs, dass die Schaffung des BB-PG 2000 nicht vorhersehbar gewesen sei, kommt es nicht an, weil - worauf das Berufungsgericht ebenfalls hingewiesen hat - das vertraglich dem Gesetzgeber eingeräumte Gestaltungsrecht nur nach Treu und Glauben und nicht unbillig ausgeübt werden darf; es unterliegt daher insofern der richterlichen Kontrolle (RIS-Justiz RS0020079). Es kann daher entgegen der im Rekurs der Kläger vertretenen Befürchtung auch nicht das ältere Pensionsrecht der EDO durch das jüngere

Pensionsrecht „völlig ausgehebelt“ werden.

7. Zur Frage der Zumutbarkeit der Übernahme des ÖBB-Pensionsrechts:

7.1 Das Berufungsgericht hat zutreffend - und insofern von den Parteien im Rekursverfahren auch nicht in Frage gestellt - die oben wiedergegebenen Maßstäbe dargestellt, nach denen zu prüfen ist, ob für die Kläger die konkludent einzelvertraglich vereinbarte Übernahme des ÖBB-Pensionsrechts nach Treu und Glauben und nach billigem Ermessen zumutbar ist (vgl dazu *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht, 302 ff mwH; 8 ObA 220/95 ua; RIS-Justiz RS0038552).

Die Kläger wenden sich nicht gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, dass das Verfahren ergänzungsbedürftig sei. Sie meinen jedoch, dass das Berufungsgericht die Maßstäbe der vorzunehmenden Prüfung nicht darlege. Diese ergäben sich jedoch aus der Entscheidung 8 ObA 44/12x. Danach erscheine die im konkreten Fall gegebene Verschlechterung der Stichtage um 7 bis 7,5 Jahre kumuliert mit den übrigen massiven Nachteilen als unzumutbar.

Dem hält die Beklagte entgegen, dass bereits die Prüfung der gesetzlichen Bestimmungen des ÖBB-Pensionsrechts durch den Verfassungsgerichtshof eine ausreichende Gewähr dafür biete, dass Verschlechterungen auch für die Mitarbeiter der Beklagten nur in einem sachlichen Ausmaß möglich seien. Eine darüber hinausgehende individualisierte Zumutbarkeitsprüfung sei daher nicht erforderlich. Die Vertragsparteien hätten sich darauf geeinigt, diese Sachlichkeitskontrolle auch gegen sich gelten zu lassen, indem sie auf die jeweils für die ÖBB-Mitarbeiter geltenden Regelungen verwiesen hätten. Die Sachlichkeitskontrolle hinsichtlich der gesetzlichen

Regelungen sei zudem letztlich inhaltlich ident mit der Prüfung der Zumutbarkeit der Leistungsbestimmung durch Dritte. Dem kommt Berechtigung zu:

7.2 Der Verfassungsgerichtshof hat bereits mehrfach eine Verfassungswidrigkeit von Bestimmungen des ÖBB-Pensionsgesetzes, auch idF des BBG 2003, verneint (G 298/02; G 53/2013 ua) und ist damit gerade auch den in der von den Klägern für ihren Standpunkt angeführten Entscheidung 8 ObA 44/12x (sowie in 9 ObA 15/13s) vorgetragenen Bedenken über die Anhebung des Pensionsantrittsalters und in Bezug auf die Kürzung des Ruhegenusses nicht gefolgt. Die vom Verfassungsgerichtshof bei dieser Prüfung herangezogenen und vom Berufungsgericht dargelegten Maßstäbe (vgl RIS-Justiz RS0038552; RS0053889) sind auch beachtlich, wenn wie hier im Weg einzelvertraglicher Vereinbarungen der Gesetzgeber von den Vertragsparteien ermächtigt wird, gestaltend - auch verschlechternd - in einzelvertragliche Vereinbarungen einzugreifen (vgl 8 ObA 61/97x zur vergleichbaren Ermächtigung der Kollektivvertragsparteien).

7.3 Grundsätzlich wäre danach zwar eine konkrete Interessenabwägung durchzuführen. Dies ist hier allerdings schon ausgehend vom Vorbringen der Kläger nicht erforderlich.

Auszugehen ist nach den Feststellungen davon, dass die VAE bzw die Beklagte in der Vergangenheit die Änderungen im ÖBB-Pensionsrecht (und auch im Dienstrecht) stets nachvollzogen hat. Das betraf nicht nur die ursprünglich „durchaus als günstig“ zu bezeichnende Pensionsleistungen, sondern auch die Berechnung des Ruhegenusses für Bedienstete der Beklagten unter Berücksichtigung der Berechnungsmodalitäten der ÖBB. Die Rechtslage nach dem ÖBB-Pensionsrecht wurde den Pensionierungen mehrerer

Arbeitnehmer der Beklagten (teilweise schon mit 31. 12. 2002) zugrunde gelegt. Die Dienstnehmerbeiträge, die die Arbeitnehmer der Beklagten zu bezahlen hatten, entsprachen jenen der ÖBB-Bediensteten.

Die Kläger haben nun zwar umfangreiches Vorbringen dazu erstattet, dass die durch die Anwendbarkeit des ÖBB-Pensionsrechts bewirkten Verschlechterungen ihrer ursprünglich nach der EDO zustehenden Ansprüche unzumutbar seien, weil sie mit einem über rund 7,5 Jahre verzögerten Pensionsantritt bei einer weit geringeren Pension und einer zuvor bestehenden höheren Belastung mit Pensionsbeiträgen nicht hätten rechnen müssen. Sie haben aber weder behauptet noch vorgebracht, dass ihre pensionsrechtliche Situation im Rahmen des hier vorzunehmenden Systemvergleichs ursprünglich substantiell besser gewesen wäre, als sie insbesondere vor Inkrafttreten des BB-PG 2000 für ÖBB-Bedienstete gewesen war. Auch dort konnte ursprünglich eine Pension schon nach 35 ruhegenussfähigen Dienstjahren mit einem Höchstausmaß von 83 % des Letztbezugs angetreten werden (vgl 9 ObA 139/02k ua; 8 ObA 44/12x). Nach den Verfahrensergebnissen verschlechterte sich diese Situation aber durch die Eingriffe des Gesetzgebers für die ÖBB-Bediensteten in vergleichbarer Weise wie für die hier betroffene Arbeitnehmergruppe der Beklagten, zu denen die Kläger gehören.

Ausgehend von der nach dem Vorbringen der Kläger vorliegenden Parallelität ihrer Situation zu jener der ÖBB-Bediensteten - die auch der Intention des Gesetzgebers iSd § 553 Abs 8 ASVG entspricht - könnte daher die nach Billigkeitskriterien vorzunehmende Beurteilung der Frage, ob die durch die vertraglich vereinbarte Übernahme des ÖBB-Pensionsrechts bewirkte Schlechterstellung den Klägern

zumutbar war, selbst bei Anwendung des bei Eingriffen in Pensionsleistungen anzuwendenden strengen Maßstabs (RIS-Justiz RS0017784) zu keinem anderen Ergebnis führen, als der vom Verfassungsgerichtshof bereits vorgenommene Systemvergleich. Auf den Umstand, dass die Höhe des zu erwartenden Pensionsverlustes zwischen den Parteien in diesem Verfahren im Detail strittig ist, kommt es daher nicht an.

7.4 Die Kläger haben geltend gemacht, dass es - anders als bei den ÖBB - keine wirtschaftlichen Argumente gebe, die eine derartige Verschlechterung für den betroffenen Kreis von weniger als 20 % der bei der Beklagten beschäftigten Arbeitnehmer rechtfertigen könnten. Die Beklagte könne ihre Personalkosten auch durch andere Maßnahmen umsetzen, als in die Vertrauenslage von Mitarbeitern einzugreifen, die mehr als 35 Dienstjahre absolviert hätten.

Diese Argumente übergehen jedoch, dass im vorliegenden Fall kein einseitiger Eingriff der Beklagten in die Pensionsansprüche der Kläger vorliegt, sondern die Anwendung des ÖBB-Pensionsrechts, die bereits in der EDO vorgesehen war, nach deren Erlöschen einvernehmlich weiter gehandhabt und einzelvertraglich vereinbart wurde. Der Gesetzgeber regelte mit dem BB-PG 2000 das ursprünglich einzelvertraglich vereinbarte ÖBB-Pensionsrecht. Es entspricht seinem bereits dargelegten Willen, dass dieses Pensionsrecht auch für die hier betroffene Arbeitnehmergruppe gelten sollte (§ 553 Abs 8 ASVG). Vor diesem Hintergrund kommt es im konkreten Fall für die Frage der Zumutbarkeit auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beklagten nicht an.

8. Zur behaupteten Schlechterstellung der Kläger im Vergleich zu Angestellten, die der DO.A unterliegen:

8.1 Die Kläger machen geltend, dass der Gleichlauf mit den ÖBB-Pensionen spätestens dann eine Grenze erreichen müsse, wenn aus der früheren Besserstellung eine Schlechterstellung auch im Vergleich zu den Angestellten nach der DO.A werde. Die Anpassung an das ÖBB-Pensionsrecht sei nur solange plausibel, als der ursprüngliche Zweck - die Sicherung einer Zusatzpension - noch erreicht werden könne. Die der EDO unterliegende Gruppe von Arbeitnehmern werde jedoch in absehbarer Zeit gar keine Zusatzpensionen mehr erhalten. Dies würde zu einer Pensionskürzung führen, die die Kläger in jedem Fall schlechter stellen würde, als die unter das Regime der DO.A (alt) fallende Gruppe von Arbeitnehmern; das seien alle jene Arbeitnehmer, die bis 1996 eingetreten seien. Die ab 1997 eingetretenen Arbeitnehmer würden hingegen der DO.A (neu) unterliegen, für die ein „Betriebspensionskassensystem“ gelte. Auch diese Überlegung greift nicht.

8.2 Die Kläger haben selbst darauf hingewiesen, dass gemäß § 168 Abs 1 DO.A (69. Änderung/1. 7. 2005) die DO.A auf die Verwaltungsangestellten der Beklagten, welche zuletzt vor dem 1. 1. 1996 in den Dienst der VAE getreten sind, nicht anzuwenden ist. § 168 Abs 2 DO.A ordnet vielmehr an, dass auf diese Angestellten weiterhin die EDO anzuwenden ist. Die Frage, ob den Klägern durch die Anwendbarkeit des ÖBB-Pensionsrechts eine Schlechterstellung im Vergleich zu jenen Gruppen von Angestellten droht, die dem Anwendungsbereich der DO.A unterliegen (gemeint sind erkennbar die vor dem 1. 1. 1996 eingetretenen Angestellten der früheren Versicherungsanstalt für Bergbau und die nach dem 1. 1. 1997 bei der VAE eingetretenen Verwaltungsangestellten), ist nicht eine solche der Zumutbarkeit einer verschlechternden Vereinbarung,

sondern berührt nach dem Sachvorbringen der Kläger erkennbar den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Abgesehen davon aber, dass die Anwendung von ÖBB-Pensionsrecht im vorliegenden Fall einzelvertraglich vereinbart wurde, hindert dieser den Arbeitgeber nach ständiger Rechtsprechung nicht daran, in zeitlicher Hinsicht zu differenzieren (vgl. RIS-Justiz RS0060204 mwH), sodass daraus für die Kläger nichts zu gewinnen wäre. Auf die davon zu unterscheidende Frage, ob die von § 168 DO.A vorgenommene Einschränkung deren Anwendungsbereichs sachlich gerechtfertigt ist, ist hier mangels entsprechenden Vorbringens nicht einzugehen.

9. Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dass die Kläger nicht gegenüber jenen Bediensteten benachteiligt worden seien, die im Rahmen des Sozialplans 2005 zu den alten Bedingungen vorzeitig pensioniert worden seien und dass eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts nicht vorliege, haben die Kläger in ihrem Rekurs nicht bekämpft, sodass auf diese gesondert zu beurteilenden rechtlichen Aspekte nicht näher einzugehen ist.

Ausgehend davon, erweist sich aber zusammenfassend die Rechtssache im klageabweisenden Sinn bereits als entscheidungsreif, ohne dass es einer weiteren Verbreiterung der Tatsachengrundlage bedarf, sodass dem Rekurs der Beklagten im Sinn der Wiederherstellung des klageabweisenden Ersturteils stattzugeben war.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41, 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 29. Oktober 2014
Dr. H o p f
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: