

TE OGH 2002/7/10 9ObA210/01z

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.07.2002

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Maier als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Hradil und Dr. Hopf sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Peter Ladislav und Peter Scherz als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache des Antragstellers Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft Handel, Transport, Verkehr (HTV), Bundessektion Sozialberufe, Teinfaltstraße 7, 1010 Wien, vertreten durch Dr. Walter Silbermayr, Rechtsanwalt in Wien, gegen die Antragsgegner 1. Verband der Privatkrankenanstalten Österreichs, Hans-Sachs-Gasse 10-12, 1180 Wien, 2. Interessenvertretung von Ordensspitalern Österreichs, beide vertreten durch Dr. Christian Kuhn und Dr. Wolfgang Vanis, Rechtsanwälte in Wien, über den gemäß § 54 Abs 2 ASGG gestellten Feststellungsantrag in nichtöffentlicher Sitzung den BeschlussDer Oberste Gerichtshof hat in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Maier als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Hradil und Dr. Hopf sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Peter Ladislav und Peter Scherz als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache des Antragstellers Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft Handel, Transport, Verkehr (HTV), Bundessektion Sozialberufe, Teinfaltstraße 7, 1010 Wien, vertreten durch Dr. Walter Silbermayr, Rechtsanwalt in Wien, gegen die Antragsgegner 1. Verband der Privatkrankenanstalten Österreichs, Hans-Sachs-Gasse 10-12, 1180 Wien, 2. Interessenvertretung von Ordensspitalern Österreichs, beide vertreten durch Dr. Christian Kuhn und Dr. Wolfgang Vanis, Rechtsanwälte in Wien, über den gemäß Paragraph 54, Absatz 2, ASGG gestellten Feststellungsantrag in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Hauptantrag (Punkt a) es werde - mit Ausnahme des Geltungsbereiches des Kollektivvertrages für die oberösterreichischen Ordensspitäler - festgestellt, dass Dienstnehmer der Privatkrankenanstalten und Ordensspitäler Österreichs, welche im Schicht- und Turnusdienst beschäftigt sind, pro Feiertag, an dem sie wegen des Feiertages nicht eingeteilt werden, Anspruch auf Herabsetzung ihrer Arbeitszeit für die infolge des Feiertages ausgefallene Arbeit haben sowie

die Eventualanträge - ausgenommen im Geltungsbereich des Kollektivvertrages für die oberösterreichischen Ordensspitäler - festzustellen,

b) dass Dienstnehmer der Privatkrankenanstalten und Ordensspitäler Österreichs, welche im Schicht- und Turnusdienst beschäftigt sind, pro Feiertag, an dem sie wegen des Feiertags nicht zum Dienst eingeteilt werden, Anspruch auf Herabsetzung der monatlichen Sollarbeitszeit in jenem Ausmaß des Anteils der täglichen Normalarbeitszeit haben, dem das Verhältnis der Anzahl der für die Dienste in Betracht kommenden Arbeitnehmer zur Besetzungstärke an diesem Feiertag entspricht, wobei die Überschreitung der Sollarbeitszeit in diesem Monat als Mehr- bzw Überstundenarbeit zu entlohnen sei, in eventu

c) dass Dienstnehmer der Privatkrankenanstalten und Ordensspitäler Österreichs, welche im Schicht- und Turnusdienst beschäftigt sind, pro Feiertag, an dem sie wegen des Feiertages nicht zum Dienst eingeteilt werden, Anspruch auf Herabsetzung der monatlichen Sollarbeitszeit in jenem Ausmaß des Anteils der täglichen Normalarbeitszeit haben, der der statistischen Wahrscheinlichkeit entspricht, bei gleichmäßiger bzw zufälliger Dienstenteilung an einem bestimmten Feiertag zum Dienst eingeteilt zu werden, wobei die Überschreitung der Sollarbeitszeit in diesem Monat als Mehr- bzw Überstundenarbeit zu entlohnen sei, in eventu

d) dass Dienstnehmer der Privatkrankenanstalten und Ordensspitäler Österreichs, welche im Schicht- und Turnusdienst beschäftigt sind, pro Feiertag, an dem sie wegen des Feiertages nicht zum Dienst eingeteilt werden, Anspruch auf Entgelt für die infolge des Feiertages ausgefallene Arbeit (Feiertagsausgleich) haben, in eventu

e) dass Dienstnehmer der Privatkrankenanstalten und Ordensspitäler Österreichs, welche im Schicht- und Turnusdienst beschäftigt sind, pro Feiertag, an dem sie wegen des Feiertages nicht zum Dienst eingeteilt werden, Anspruch auf Feiertagsausgleich in dem Ausmaß des Anteiles der täglichen Normalarbeitszeit haben, dem das Verhältnis der Anzahl der für die Dienste in Betracht kommenden Arbeitnehmer zur Besetzungsstärke an diesem Feiertag entspricht, sowie in eventu

f) dass Dienstnehmer der Privatkrankenanstalten und Ordensspitäler Österreichs, welche im Schicht- und Turnusdienst beschäftigt sind, pro Feiertag, an dem sie wegen des Feiertages nicht zum Dienst eingeteilt werden, Anspruch auf Feiertagsausgleich in dem Ausmaß des Anteils der täglichen Normalarbeitszeit haben, der der statistischen Wahrscheinlichkeit entspricht, bei gleichmäßiger bzw zufälliger Dienstenteilung an einem bestimmten Feiertag zum Dienst eingeteilt zu werden,

werden abgewiesen.

Text

Begründung:

Der Antragsteller ist eine auf freiwilliger Mitgliedschaft beruhende Berufsvereinigung der Arbeitnehmer, die Antragsgegner sind auf freiwilliger Mitgliedschaft beruhende Berufsvereinigungen der Arbeitgeber; sämtliche Parteien sind gemäß § 4 Abs 2 ArbVG kollektivvertragsfähig. Der Antragsteller ist eine auf freiwilliger Mitgliedschaft beruhende Berufsvereinigung der Arbeitnehmer, die Antragsgegner sind auf freiwilliger Mitgliedschaft beruhende Berufsvereinigungen der Arbeitgeber; sämtliche Parteien sind gemäß Paragraph 4, Absatz 2, ArbVG kollektivvertragsfähig.

Der Antragsteller begehrt als Haupt- bzw Eventualbegehren die aus dem Spruch hervorgehenden Feststellungen. Er brachte vor, dass die Parteien dieses Verfahrens Vertragsparteien des Kollektivvertrages für die Dienstnehmerinnen der Privatkrankenanstalten Österreichs seien. Die diesem Antrag zugrundeliegende Rechtsfrage sei für zumindest jeweils drei Arbeitnehmer der Antragsgegner von Bedeutung.

Dazu behauptet der Antragsteller folgenden Sachverhalt:

Von den in Privatkrankenanstalten und Ordensspitälern Österreichs beschäftigten Dienstnehmern werden jene Dienstnehmer, die im Schicht- und Touren-(gemeint: Turnus-)dienst beschäftigt sind, nach Vorgaben des Arbeitgebers mindestens einen Monat im Voraus für den folgenden Monat zum Dienst eingeteilt. Diese Dienstenteilung bezieht sich jeweils auf einen Kalendermonat und erfolgt derart, dass anhand der Kalendertage des jeweiligen Monats eine Sollstundenzahl ermittelt wird und diese Sollstundenzahl auf die einzelnen Arbeitstage des Kalendermonats verteilt wird, wobei grundsätzlich an jedem Werktag gleichviele Dienstnehmer eingeteilt werden; anders in Monaten, in welche Feiertage fallen: Dort werden entsprechend der Bestimmung des § 2 Abs 2 ARG iVm § 1 Abs 4 der ARG-Verordnung, weniger Dienstnehmer als an Arbeitstagen, die nicht Feiertage sind, eingeteilt. Lediglich diejenigen Dienstnehmer, die am Feiertag Dienst versehen, kommen zusätzlich zum Entgelt gemäß § 9 Abs 1 ARG in den Genuss eines Zuschlages bzw eines Zeitausgleiches iSd § 9 Abs 5 ARG (doppeltes Entgelt). Diejenigen Dienstnehmer jedoch, die am Feiertag nicht zum Dienst eingeteilt werden, müssen die gesamte, für diesen Monat vorgesehene Sollarbeitszeit leisten. Weder wird für diese Dienstnehmer Feiertagsentgelt gewährt, noch wird die Arbeitsverpflichtung in den Wochen bzw Monaten, in die ein Feiertag fällt, herabgesetzt. Damit sind die Dienstnehmer, die nicht zum Dienst an einem Feiertag eingeteilt werden, gegenüber den Dienstnehmern, die an einem Feiertag Dienst versehen, benachteiligt. Von den in Privatkrankenanstalten und Ordensspitälern Österreichs beschäftigten Dienstnehmern werden jene Dienstnehmer,

die im Schicht- und Touren-(gemeint: Turnus-)dienst beschäftigt sind, nach Vorgaben des Arbeitgebers mindestens einen Monat im Voraus für den folgenden Monat zum Dienst eingeteilt. Diese Dienstenteilung bezieht sich jeweils auf einen Kalendermonat und erfolgt derart, dass anhand der Kalendertage des jeweiligen Monats eine Sollstundenzahl ermittelt wird und diese Sollstundenzahl auf die einzelnen Arbeitstage des Kalendermonats verteilt wird, wobei grundsätzlich an jedem Werktag gleichviele Dienstnehmer eingeteilt werden; anders in Monaten, in welche Feiertage fallen: Dort werden entsprechend der Bestimmung des Paragraph 2, Absatz 2, ARG in Verbindung mit Paragraph eins, Absatz 4, der ARG-Verordnung, weniger Dienstnehmer als an Arbeitstagen, die nicht Feiertage sind, eingeteilt. Lediglich diejenigen Dienstnehmer, die am Feiertag Dienst versehen, kommen zusätzlich zum Entgelt gemäß Paragraph 9, Absatz eins, ARG in den Genuss eines Zuschlages bzw eines Zeitausgleiches iSd Paragraph 9, Absatz 5, ARG (doppeltes Entgelt). Diejenigen Dienstnehmer jedoch, die am Feiertag nicht zum Dienst eingeteilt werden, müssen die gesamte, für diesen Monat vorgesehene Sollarbeitszeit leisten. Weder wird für diese Dienstnehmer Feiertagsentgelt gewährt, noch wird die Arbeitsverpflichtung in den Wochen bzw Monaten, in die ein Feiertag fällt, herabgesetzt. Damit sind die Dienstnehmer, die nicht zum Dienst an einem Feiertag eingeteilt werden, gegenüber den Dienstnehmern, die an einem Feiertag Dienst versehen, benachteiligt.

Daraus ergebe sich in rechtlicher Hinsicht:

Sämtliche Dienstnehmer beim Schicht- und Turnusdienst der Privatkrankenanstalten und Ordensspitäler Österreichs, die wegen der Feiertagsruhe nicht zum Feiertagsdienst eingeteilt würden, hätten einen Anspruch auf Entgelt bzw auf Zeitausgleich oder Herabsetzung der Arbeitszeit. Aus § 9 ARG sei zu folgern, dass das Entgelt wegen Arbeitsausfällen an Feiertagen nicht gemindert werden dürfe. Es gebühre also das, was der Arbeitnehmer verdient hätte, wenn der Feiertag ein Werktag gewesen wäre. Im Ergebnis sollte der Arbeitnehmer durch den Feiertag und das dadurch bedingte Unterbleiben der Arbeitsleistung keinen finanziellen Nachteil erleiden. Daraus werde zu Recht gefolgert, dass sich für Dienstnehmer, die an einem Feiertag ohnedies arbeitsfrei hätten, an der Arbeitszeiteinteilung nichts ändere. Falle zB ein Feiertag auf einen Montag und sei im Betrieb regelmäßig der Montag arbeitsfrei, hätten die Arbeitnehmer dieses Betriebes keinen Anspruch, dass sich wegen des Feiertages an den restlichen Arbeitstagen der Woche die Arbeitszeit verringere. Gleiches gelte, wenn für einen Arbeitnehmer, der in einem Schichtplan eingegliedert sei, nach diesem Schichtplan an dem betreffenden Feiertag keine Arbeitsleistung zu erbringen sei. Der vorliegende Sachverhalt unterscheide sich wesentlich von den in Lehre und Rechtsprechung behandelten Fällen (Schwarz, ARG3 224, 8 ObA 80/97s). Dienstnehmer der Privatkrankenanstalten und Ordensspitäler Österreichs würden deshalb an Feiertagen in geringerem Ausmaß beschäftigt, um die gesetzliche Vorgabe des § 2 Abs 2 ARG iVm § 7 Abs 1 ARG einzuhalten. Gesetzeskonform werde für den Feiertag nur die unbedingt zur Aufrechterhaltung des Betriebes erforderliche Besetzungstärke zum Dienst eingeteilt. Wäre der betroffene Tag kein Feiertag, würde eine höhere Anzahl von Dienstnehmern, nämlich die für einen Werktag normale Besetzungstärke, eingesetzt. Werde dieser Feiertag in weiterer Folge aber, wie derzeit üblich, nicht bei der Ermittlung der Sollarbeitszeit der Woche oder des Monats, in die der Feiertag falle, berücksichtigt, führe dies zu einer Pflicht der Dienstnehmer, den Feiertag einzuarbeiten. Die gänzliche Nichtbeachtung des Feiertages führe somit zu einer Umgehung der Feiertagsruhe gemäß § 7 ARG bzw des Entgeltanspruches gemäß § 9 ARG. Unzulässig sei es, wenn in dem Fall, in dem die genaue Lage der Wochentage, an denen eine Arbeitsverpflichtung besteht, nicht festgelegt ist, sondern jeweils frei vereinbart werden kann, der Arbeitgeber die Arbeitszeiteinteilung eindeutig so vornehme, dass das gesamte vereinbarte Arbeitszeitausmaß der Woche auf die restlichen Werkstage der Woche außerhalb des Feiertages verteilt werde (Schwarz, ARG3 225). Der einseitigen Dienstenteilung durch den Arbeitgeber stehe aber der Fall der zwischen den Dienstnehmern und dem Arbeitgeber einvernehmlich getroffenen Dienstenteilung gleich, wenn die Möglichkeiten der freien Dienstenteilung gesetzlich (hier durch § 2 Abs 2 ARG) beschränkt seien. Nur dann, wenn ein Tag, auf welchen ein Feiertag falle, ohnedies frei gewesen wäre, würde das Feiertagsentgelt für diesen Termin entfallen (Arb 5288). Die Sollarbeitszeit der Dienstnehmer, die an einem Feiertag nicht eingeteilt würden, weil es sich beim betreffenden Tag um einen Feiertag handle, müsse sich daher um jene Stundenanzahl verringern, die bei "normaler" Dienstenteilung an diesem Feiertag angefallen wäre. Die Dienstnehmer, die an Feiertagen gerade wegen des Feiertages nicht eingeteilt würden, hätten daher Anspruch, dass sich deren Sollarbeitszeit im Ausmaß der an den Feiertagen ausgefallenen Arbeitszeit verringere. Da in den Privatkrankenanstalten und Ordensspitälern die Dienstenteilung für jeweils einen Kalendermonat im Vorhinein getroffen werde, hätten damit die Dienstnehmer Anspruch, dass die Sollarbeitszeit in diesem oder einem nächsten Kalendermonat vermindert werde. Das Ausmaß der Verringerung richte sich danach, welche Arbeitszeit an Feiertagen ausfalle. Sämtliche Dienstnehmer beim Schicht- und Turnusdienst der Privatkrankenanstalten und

Ordensspitäler Österreichs, die wegen der Feiertagsruhe nicht zum Feiertagsdienst eingeteilt würden, hätten einen Anspruch auf Entgelt bzw auf Zeitausgleich oder Herabsetzung der Arbeitszeit. Aus Paragraph 9, ARG sei zu folgern, dass das Entgelt wegen Arbeitsausfällen an Feiertagen nicht gemindert werden dürfe. Es gebühre also das, was der Arbeitnehmer verdient hätte, wenn der Feiertag ein Werktag gewesen wäre. Im Ergebnis sollte der Arbeitnehmer durch den Feiertag und das dadurch bedingte Unterbleiben der Arbeitsleistung keinen finanziellen Nachteil erleiden. Daraus werde zu Recht gefolgert, dass sich für Dienstnehmer, die an einem Feiertag ohnedies arbeitsfrei hätten, an der Arbeitszeiteinteilung nichts ändere. Falle zB ein Feiertag auf einen Montag und sei im Betrieb regelmäßig der Montag arbeitsfrei, hätten die Arbeitnehmer dieses Betriebes keinen Anspruch, dass sich wegen des Feiertages an den restlichen Arbeitstagen der Woche die Arbeitszeit verringere. Gleiches gelte, wenn für einen Arbeitnehmer, der in einem Schichtplan eingegliedert sei, nach diesem Schichtplan an dem betreffenden Feiertag keine Arbeitsleistung zu erbringen sei. Der vorliegende Sachverhalt unterscheide sich wesentlich von den in Lehre und Rechtsprechung behandelten Fällen (Schwarz, ARG3 224, 8 ObA 80/97s). Dienstnehmer der Privatkrankenanstalten und Ordensspitäler Österreichs würden deshalb an Feiertagen in geringerem Ausmaß beschäftigt, um die gesetzliche Vorgabe des Paragraph 2, Absatz 2, ARG in Verbindung mit Paragraph 7, Absatz eins, ARG einzuhalten. Gesetzeskonform werde für den Feiertag nur die unbedingt zur Aufrechterhaltung des Betriebes erforderliche Besetzungstärke zum Dienst eingeteilt. Wäre der betroffene Tag kein Feiertag, würde eine höhere Anzahl von Dienstnehmern, nämlich die für einen Werktag normale Besetzungstärke, eingesetzt. Werde dieser Feiertag in weiterer Folge aber, wie derzeit üblich, nicht bei der Ermittlung der Sollarbeitszeit der Woche oder des Monats, in die der Feiertag falle, berücksichtigt, führe dies zu einer Pflicht der Dienstnehmer, den Feiertag einzuarbeiten. Die gänzliche Nichtbeachtung des Feiertages führe somit zu einer Umgehung der Feiertagsruhe gemäß Paragraph 7, ARG bzw des Entgeltanspruches gemäß Paragraph 9, ARG. Unzulässig sei es, wenn in dem Fall, in dem die genaue Lage der Wochentage, an denen eine Arbeitsverpflichtung besteht, nicht festgelegt ist, sondern jeweils frei vereinbart werden kann, der Arbeitgeber die Arbeitszeiteinteilung eindeutig so vornehme, dass das gesamte vereinbarte Arbeitszeitausmaß der Woche auf die restlichen Werktage der Woche außerhalb des Feiertages verteilt werde (Schwarz, ARG3 225). Der einseitigen Diensterteilung durch den Arbeitgeber stehe aber der Fall der zwischen den Dienstnehmern und dem Arbeitgeber einvernehmlich getroffenen Diensterteilung gleich, wenn die Möglichkeiten der freien Diensterteilung gesetzlich (hier durch Paragraph 2, Absatz 2, ARG) beschränkt seien. Nur dann, wenn ein Tag, auf welchen ein Feiertag falle, ohnedies frei gewesen wäre, würde das Feiertagsentgelt für diesen Termin entfallen (Arb 5288). Die Sollarbeitszeit der Dienstnehmer, die an einem Feiertag nicht eingeteilt würden, weil es sich beim betreffenden Tag um einen Feiertag handle, müsse sich daher um jene Stundenanzahl verringern, die bei "normaler" Diensterteilung an diesem Feiertag angefallen wäre. Die Dienstnehmer, die an Feiertagen gerade wegen des Feiertages nicht eingeteilt würden, hätten daher Anspruch, dass sich deren Sollarbeitszeit im Ausmaß der an den Feiertagen ausgefallenen Arbeitszeit verringere. Da in den Privatkrankenanstalten und Ordensspitälern die Diensterteilung für jeweils einen Kalendermonat im Vorhinein getroffen werde, hätten damit die Dienstnehmer Anspruch, dass die Sollarbeitszeit in diesem oder einem nächsten Kalendermonat vermindert werde. Das Ausmaß der Verringerung richte sich danach, welche Arbeitszeit an Feiertagen ausfalle.

Christoph Klein ("Rechtsprobleme der freien Diensterteilung", DRdA 2000, 203 ff), habe hiezu grundsätzliche Erwägungen angestellt. Demnach müsse der Arbeitgeber entweder eine normale Diensterteilung vornehmen, wie sie für einen Werktag erforderlich gewesen wäre und den im Rahmen der Feiertagsmindestbesetzung nicht benötigten Arbeitern den eingeteilten Dienst gemäß § 9 Abs 1 ARG anrechnen und abgelden, oder er habe mangels einer solchen vollständigen Diensterteilung sämtlichen für die ausgefallenen Dienste in Frage kommenden Arbeitnehmern die Wahrscheinlichkeit, zu den betreffenden Diensten eingeteilt zu werden und damit in den Genuss des Feiertagsentgeltes zu kommen, in Form eines sogenannten Feiertagsausgleiches abzugelten. Ausschlaggebend für die Wahrscheinlichkeit sei die Anzahl der für die Dienste in Betracht kommenden Arbeitnehmer im Verhältnis zur Besetzungstärke. Eine andere Berechnungsmethode hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit an einem bestimmten Feiertag zu einem Dienst eingeteilt zu werden, biete sich dahin an, dass die Wahrscheinlichkeit berechnet werde, nach der der konkret betroffene Dienstnehmer bei gleichmäßiger (bzw vollkommen zufälliger) Verteilung der Arbeitstage über das gesamte Kalenderjahr an einem Feiertag Dienst versehen müsse. § 7 Abs 2 ARG zähle 13 gesetzliche Feiertag auf, die Wahrscheinlichkeit, dass ein bestimmter Kalendertag ein Feiertag sei, betrage somit $13/365$ stel. Unter der Annahme einer Fünftagewoche bestehe für einen Dienstnehmer eine Arbeitsverpflichtung an 260 Arbeitstagen (5×52). Die Wahrscheinlichkeit, dass der Dienstnehmer bei gleichmäßiger oder völlig zufälliger Verteilung der Arbeitstage an

einem Feiertag Dienst versehen müsse, betrage daher $x/260 = 13/265$. Damit leiste jeder Dienstnehmer statistisch an rund 9,25 Feiertagen pro Jahr Dienst. Nach dieser Berechnungsmethode hätten Dienstnehmer bei gleichmäßiger Verteilung der Arbeitszeit Anspruch auf 9,25 Tage Freistellung aufgrund von Feiertagen. Mindere sich jedoch aufgrund des vorgebrachten Sachverhaltes die jährliche Arbeitsleistung nicht oder nicht im gesamten Ausmaß, habe der Dienstnehmer Anspruch auf Entgelt gemäß § 10 AZG bzw § 5 KA-AZG ("Feiertagsausgleich"). Die Wahrscheinlichkeit, an einem bestimmten Feiertag zum Dienst eingeteilt zu werden, entspreche dem Verhältnis der von Dienstnehmern durchschnittlich pro Jahr zu arbeitenden Feiertagen (bei gleichmäßiger bzw zufälliger Verteilung) zur Zahl der Feiertage pro Jahr. Im obigen Beispiel wäre dies eine Wahrscheinlichkeit von $9,25/13 = 0,71$. Bei einer täglichen Normalarbeitszeit von 8 Stunden hätten Dienstnehmer daher Anspruch auf Herabsetzung der Sollarbeitszeit pro Feiertag um $8 \times 0,71 = 5,68$ Stunden. Selbst wenn § 9 ARG keine ausreichende Grundlage für den Feiertagsausgleich bilden sollte, ergebe sich ein solcher aus dem AZG. Leisteten Dienstnehmer über die verminderte Sollarbeitszeit hinaus Arbeiten, so lägen infolge einer Überschreitung der Sollarbeitszeit Mehr- bzw Überstundenleistungen vor, die gemäß § 10 AZG bzw § 5 KA-AZG zu entlohn sein. Christoph Klein ("Rechtsprobleme der freien Dienstenteilung", DRdA 2000, 203 ff), habe hierzu grundsätzliche Erwägungen angestellt. Demnach müsse der Arbeitgeber entweder eine normale Dienstenteilung vornehmen, wie sie für einen Werktag erforderlich gewesen wäre und den im Rahmen der Feiertagsmindestbesetzung nicht benötigten Arbeitern den eingeteilten Dienst gemäß Paragraph 9, Absatz eins, ARG anrechnen und abgelden, oder er habe mangels einer solchen vollständigen Dienstenteilung sämtlichen für die ausgefallenen Dienste in Frage kommenden Arbeitnehmern die Wahrscheinlichkeit, zu den betreffenden Diensten eingeteilt zu werden und damit in den Genuss des Feiertagsentgeltes zu kommen, in Form eines sogenannten Feiertagsausgleiches abzugelten. Ausschlaggebend für die Wahrscheinlichkeit sei die Anzahl der für die Dienste in Betracht kommenden Arbeitnehmer im Verhältnis zur Besetzungsstärke. Eine andere Berechnungsmethode hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit an einem bestimmten Feiertag zu einem Dienst eingeteilt zu werden, biete sich dahin an, dass die Wahrscheinlichkeit berechnet werde, nach der der konkret betroffene Dienstnehmer bei gleichmäßiger (bzw vollkommen zufälliger) Verteilung der Arbeitstage über das gesamte Kalenderjahr an einem Feiertag Dienst versehen müsse. Paragraph 7, Absatz 2, ARG zähle 13 gesetzliche Feiertag auf, die Wahrscheinlichkeit, dass ein bestimmter Kalendertag ein Feiertag sei, betrage somit $13/365$ tel. Unter der Annahme einer Fünftageswoche bestehe für einen Dienstnehmer eine Arbeitsverpflichtung an 260 Arbeitstagen (5×52). Die Wahrscheinlichkeit, dass der Dienstnehmer bei gleichmäßiger oder völlig zufälliger Verteilung der Arbeitstage an einem Feiertag Dienst versehen müsse, betrage daher $x/260 = 13/265$. Damit leiste jeder Dienstnehmer statistisch an rund 9,25 Feiertagen pro Jahr Dienst. Nach dieser Berechnungsmethode hätten Dienstnehmer bei gleichmäßiger Verteilung der Arbeitszeit Anspruch auf 9,25 Tage Freistellung aufgrund von Feiertagen. Mindere sich jedoch aufgrund des vorgebrachten Sachverhaltes die jährliche Arbeitsleistung nicht oder nicht im gesamten Ausmaß, habe der Dienstnehmer Anspruch auf Entgelt gemäß Paragraph 10, AZG bzw Paragraph 5, KA-AZG ("Feiertagsausgleich"). Die Wahrscheinlichkeit, an einem bestimmten Feiertag zum Dienst eingeteilt zu werden, entspreche dem Verhältnis der von Dienstnehmern durchschnittlich pro Jahr zu arbeitenden Feiertagen (bei gleichmäßiger bzw zufälliger Verteilung) zur Zahl der Feiertage pro Jahr. Im obigen Beispiel wäre dies eine Wahrscheinlichkeit von $9,25/13 = 0,71$. Bei einer täglichen Normalarbeitszeit von 8 Stunden hätten Dienstnehmer daher Anspruch auf Herabsetzung der Sollarbeitszeit pro Feiertag um $8 \times 0,71 = 5,68$ Stunden. Selbst wenn Paragraph 9, ARG keine ausreichende Grundlage für den Feiertagsausgleich bilden sollte, ergebe sich ein solcher aus dem AZG. Leisteten Dienstnehmer über die verminderte Sollarbeitszeit hinaus Arbeiten, so lägen infolge einer Überschreitung der Sollarbeitszeit Mehr- bzw Überstundenleistungen vor, die gemäß Paragraph 10, AZG bzw Paragraph 5, KA-AZG zu entlohn sein.

Diese Auslegung des § 9 ARG vermeide auch das ansonsten gleichheitswidrige Ergebnis, das dadurch entstünde, dass Dienstnehmer mit derart flexibler Dienstenteilung gegenüber Arbeitnehmern mit fixer Dienstenteilung schlechter gestellt seien. Sinn der Bestimmung des § 2 Abs 2 ARG sei es nicht, Dienstnehmern im Ergebnis eine höhere Arbeitspflicht aufzuerlegen. Die seitens der Arbeitgeber vorgenommene Praxis verkehre die Absicht des Gesetzgebers ins Gegenteil und führe somit zu einem gleichheitswidrigen und damit verfassungswidrigen Ergebnis, welches im Sinn einer verfassungskonformen Interpretation zu korrigieren sei. Diese Auslegung des Paragraph 9, ARG vermeide auch das ansonsten gleichheitswidrige Ergebnis, das dadurch entstünde, dass Dienstnehmer mit derart flexibler Dienstenteilung gegenüber Arbeitnehmern mit fixer Dienstenteilung schlechter gestellt seien. Sinn der Bestimmung des Paragraph 2, Absatz 2, ARG sei es nicht, Dienstnehmern im Ergebnis eine höhere Arbeitspflicht aufzuerlegen. Die

seitens der Arbeitgeber vorgenommene Praxis verkehre die Absicht des Gesetzgebers ins Gegenteil und führe somit zu einem gleichheitswidrigen und damit verfassungswidrigen Ergebnis, welches im Sinn einer verfassungskonformen Interpretation zu korrigieren sei.

Einem Einwand der Antragsgegner folgend schränkte der Antragsteller sein Begehren hinsichtlich derjenigen Dienstnehmer ein, welche dem Kollektivvertrag der oberösterreichischen Ordensspitäler unterliegen, weil dort in § 9a eine günstigere Regelung enthalten sei. Die Antragsgegner beantragten, die Feststellungsbegehren abzuweisen. Aus § 9 ARG sei nicht abzuleiten, dass Dienstnehmer, welche aufgrund einer zulässigen freien Dienstenteilung nicht für den Feiertag eingeteilt würden, Anspruch auf Arbeitszeitanrechnung oder einen Entgeltanspruch ("Feiertagsausgleich") hätten. Hätte der Gesetzgeber eine derart weitgehende Regelung beabsichtigt, hätte er dies entweder in § 9 oder in § 20 ARG ausdrücklich geregelt. Arbeitnehmer die an einem Feiertag sowieso nicht gearbeitet hätten, weil dieser Wochentag für sie ohnehin nach der Arbeitszeiteinteilung frei gewesen wäre, hätten durch den Feiertag keinen Lohnausfall und daher auch keinen Anspruch auf Feiertagsentgelt (Resch, ecolex 2001, 463 f). Auch die Entstehungsgeschichte der Feiertagsentlohnung zeige, dass zunächst eine Abgeltung für Feiertage überhaupt nicht vorgesehen gewesen und daher eine Mischform gewählt worden sei. Die historische Perspektive verdeutliche, dass es nicht darum gehe, dass Arbeitnehmern im Zusammenhang mit Feiertagen ein zusätzliches Entgelt zustehen solle, sondern lediglich darum, zu verhindern, dass durch den Feiertag ein Einkommensausfall für jene eintritt, die am Feiertag keine Arbeit leisten. Einem Einwand der Antragsgegner folgend schränkte der Antragsteller sein Begehren hinsichtlich derjenigen Dienstnehmer ein, welche dem Kollektivvertrag der oberösterreichischen Ordensspitäler unterliegen, weil dort in Paragraph 9 a, eine günstigere Regelung enthalten sei. Die Antragsgegner beantragten, die Feststellungsbegehren abzuweisen. Aus Paragraph 9, ARG sei nicht abzuleiten, dass Dienstnehmer, welche aufgrund einer zulässigen freien Dienstenteilung nicht für den Feiertag eingeteilt würden, Anspruch auf Arbeitszeitanrechnung oder einen Entgeltanspruch ("Feiertagsausgleich") hätten. Hätte der Gesetzgeber eine derart weitgehende Regelung beabsichtigt, hätte er dies entweder in Paragraph 9, oder in Paragraph 20, ARG ausdrücklich geregelt. Arbeitnehmer die an einem Feiertag sowieso nicht gearbeitet hätten, weil dieser Wochentag für sie ohnehin nach der Arbeitszeiteinteilung frei gewesen wäre, hätten durch den Feiertag keinen Lohnausfall und daher auch keinen Anspruch auf Feiertagsentgelt (Resch, ecolex 2001, 463 f). Auch die Entstehungsgeschichte der Feiertagsentlohnung zeige, dass zunächst eine Abgeltung für Feiertage überhaupt nicht vorgesehen gewesen und daher eine Mischform gewählt worden sei. Die historische Perspektive verdeutliche, dass es nicht darum gehe, dass Arbeitnehmern im Zusammenhang mit Feiertagen ein zusätzliches Entgelt zustehen solle, sondern lediglich darum, zu verhindern, dass durch den Feiertag ein Einkommensausfall für jene eintritt, die am Feiertag keine Arbeit leisten.

Auch das betriebliche Gleichbehandlungsgebot biete keine Grundlage, weil dieses negativ im Sinne eines materiellen Gerechtigkeitsgebotes als Willkürverbot bzw positiv als Sachlichkeitsgebot zu verstehen sei. Sachlich gerechtfertigte Differenzierungen unter Zugrundelegung eines generalisierenden Prinzips seien zulässig. Nach der Rechtsprechung (8 ObA 80/97s) stehe für ein Ereignis, welches außerhalb der Arbeitszeit stattfinde, kein Ersatzfreistellungsanspruch zu. Daher stehe etwa einem Arbeitnehmer mit Nachtschicht für einen während des Tages stattfindenden Behördenweg kein Anspruch auf Freistellung zu.

Im vorliegenden Fall sei die Dienstenteilung nicht willkürlich. Die Feststellungs-, Haupt- und Eventualanträge berücksichtigten überdies den Umstand nicht, dass Feiertage auch auf Samstage oder Sonntage fielen. Der Hinweis auf das AZG sei verfehlt, weil dieses nicht für die in Krankenanstalten beschäftigten Personen gelte. Die vom Antragsteller behauptete "höhere Arbeitszeit" werde dadurch ausgeglichen, dass den Dienstnehmern die Möglichkeit eröffnet werde, darauf einzuwirken, an Feiertagen überhaupt nicht eingeteilt zu werden und dadurch ein höheres Freizeitangebot an diesen Tagen in Anspruch nehmen zu können. Zur "Ausdünnung" des Personals an Feiertagen, welche gesetzlich vorgeschrieben sei, sei auszuführen, dass eine solche im Krankenanstaltenbereich ohnedies nur in sehr eingeschränktem Umfang möglich sei.

Auch erfolge die Dienstenteilung ja nicht einseitig durch den Arbeitgeber, sondern könnten in einigen Fällen die Dienstnehmer auch selbst aktiv auf die Dienstenteilung Einfluss nehmen. Die dienstplanführende Stationsschwester greife in die Wünsche der Arbeitnehmer nur dann ein, wenn es zu Verstößen gegen Arbeitszeitvorschriften des KA-AZG komme, an Tagen die zu erbringenden Tag- und Nachtdienste nicht vollständig abgedeckt werden könnten oder wenn an einem Arbeitstag nicht ausreichend fachlich qualifizierte Mitarbeiter eingetragen seien. Diese Form der freien

Diensteinteilung bringe es mit sich, dass für jeden Arbeitnehmer die Möglichkeit bestehe, ohne Urlaubsverbrauch blockweise Freizeit über mehrere Tage zu erhalten. Diese liberale Form der Dienstplanung gebe den Mitarbeitern auch die Möglichkeit zur Planung und Gestaltung ihrer Freizeit, wie sie anderen Berufsgruppen nicht zukomme.

Rechtliche Beurteilung

Der erkennende Senat hat dazu erwogen:

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass von den Behauptungen des Antragstellers auszugehen ist, sodass jegliche Modifikation des Sachverhalts in den Äußerungen der Antragsgegner nicht zu beachten ist (RIS-Justiz RS0109384).

Gemäß § 7 Abs 1 ARG hat der Arbeitnehmer an Feiertagen Anspruch auf eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens 24 Stunden, die frühestens um 0:00 Uhr und spätestens um 6:00 Uhr des Feiertages beginnen muss. Gemäß Paragraph 7, Absatz eins, ARG hat der Arbeitnehmer an Feiertagen Anspruch auf eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens 24 Stunden, die frühestens um 0:00 Uhr und spätestens um 6:00 Uhr des Feiertages beginnen muss.

Gemäß § 2 Abs 2 ARG darf während der Feiertagsruhe im Rahmen der §§ 10 - 18 ARG nur die unumgänglich notwendige Anzahl von Arbeitnehmern beschäftigt werden. Nach Abschnitt XV Z 1 der aufgrund des § 12 Abs 1 ARG erlassenen Arbeitsruhegesetz-Verordnung (ARG-VO) besteht für Heil- und Pflegeanstalten (Krankenanstalten) eine solche Ausnahme, und zwar beschränkt auf alle Tätigkeiten in Gesundheitsberufen und sonstige Tätigkeiten, die aus medizinischen Gründen zur Fortführung der Therapien und zur Aufrechterhaltung des Betriebes unbedingt erforderlich sind. Gemäß § 9 Abs 1 ARG behält der Arbeitnehmer für die infolge eines Feiertages ausgefallene Arbeit seinen Anspruch auf Entgelt. Dem Arbeitgeber gebührt jenes Entgelt, dass er erhalten hätte, wenn die Arbeit nicht aus den im Abs 1 genannten Gründen ausgefallen wäre (Abs 2). Der Arbeitnehmer, der während der Feiertagsruhe beschäftigt wird, hat außerdem Entgelt nach Abs 1 Anspruch auf das für die geleistete Arbeit gebührende Entgelt, es sei denn, es wird Zeitausgleich iSd § 7 Abs 6 (dies ist mindestens ein Kalendertag oder 36 Stunden) vereinbart. Gemäß Paragraph 2, Absatz 2, ARG darf während der Feiertagsruhe im Rahmen der Paragraphen 10, - 18 ARG nur die unumgänglich notwendige Anzahl von Arbeitnehmern beschäftigt werden. Nach Abschnitt römisch XV Ziffer eins, der aufgrund des Paragraph 12, Absatz eins, ARG erlassenen Arbeitsruhegesetz-Verordnung (ARG-VO) besteht für Heil- und Pflegeanstalten (Krankenanstalten) eine solche Ausnahme, und zwar beschränkt auf alle Tätigkeiten in Gesundheitsberufen und sonstige Tätigkeiten, die aus medizinischen Gründen zur Fortführung der Therapien und zur Aufrechterhaltung des Betriebes unbedingt erforderlich sind. Gemäß Paragraph 9, Absatz eins, ARG behält der Arbeitnehmer für die infolge eines Feiertages ausgefallene Arbeit seinen Anspruch auf Entgelt. Dem Arbeitgeber gebührt jenes Entgelt, dass er erhalten hätte, wenn die Arbeit nicht aus den im Absatz eins, genannten Gründen ausgefallen wäre (Absatz 2,). Der Arbeitnehmer, der während der Feiertagsruhe beschäftigt wird, hat außerdem Entgelt nach Absatz eins, Anspruch auf das für die geleistete Arbeit gebührende Entgelt, es sei denn, es wird Zeitausgleich iSd Paragraph 7, Absatz 6, (dies ist mindestens ein Kalendertag oder 36 Stunden) vereinbart.

Dies bedeutet, dass das Entgelt wegen Arbeitsausfällen an Feiertagen nicht gemindert werden darf (§ 9 Abs 1 ARG). Es gebührt also das, was der Arbeitnehmer verdient hätte, wenn ein Werktag gewesen wäre (§ 9 Abs 2 ARG). Im Ergebnis soll der Arbeitnehmer durch den Feiertag und das dadurch bedingte Unterbleiben der Arbeitsleistung keinen finanziellen Nachteil erleiden (B. Schwarz ARG3 235, 9 ObA 215/99d). Ob an einem bestimmten Tag gearbeitet worden wäre, kann nur aufgrund der (vereinbarten) Lage der Normalarbeitszeit festgestellt werden. Die zulässige Dauer der Normalarbeitszeit ergibt sich aus dem Gesetz bzw - wie hier - aus einem Kollektivvertrag (§§ 3 bzw 13 des Kollektivvertrages für die Privatkrankenanstalten Österreichs). Die Lage der Normalarbeitszeit, wann also der Arbeitnehmer an den einzelnen Tagen verpflichtet ist, seine Arbeit zu beginnen und wann er seine Arbeit beenden kann, wird hingegen durch eine Vereinbarung im Sinn des § 19c AZG bestimmt. Obwohl § 1 Abs 1 Z 10 AZG die unter das Krankenanstalten-Arbeitszeitgesetz fallenden Arbeitnehmer von der Anwendung des AZG auszunehmen scheint, gilt hier die spätere Norm des § 19b AZG, wonach jedenfalls § 19c AZG auch für Dienstnehmer in Krankenanstalten Geltung hat (Ch. Klein "Rechtsprobleme der freien Diensteinteilung", DRdA 2000, 203, 205; zu den durch § 1 Abs 2 Z 6 scheinbar ausgenommenen Lehr- und Erziehungskräften: 8 ObA 314/01m). Für die weiteren Überlegungen kann daher vorausgesetzt werden, dass der Antragsteller davon ausgeht, dass auch im Fall der vom gegenständlichen Antrag betroffenen Arbeitnehmer grundsätzlich Vereinbarungen über die Arbeitszeit existieren, und zwar in Form einer sogenannten "freien Diensteinteilung". Wie Klein in dem erwähnten Artikel ausführt, überwiegt in der österreichischen

Praxis im Pflegebereich die Abneigung gegenüber der Arbeitszeitorganisation anhand von Schichtplänen einerseits und die Vorliebe für die sogenannte "freie Diensteinteilung" andererseits. Dabei wird die Abfolge von Diensten und Freizeiten des einzelnen Arbeitnehmers so organisiert, dass eine gewisse Zeit im Vorhinein ein nur für einen kürzeren Zeitraum - in der Regel handelt es sich um den jeweiligen Kalendermonat - geltender Dienstplan erstellt wird, in dem die zu leistenden Dienste auf die Arbeitnehmer verteilt werden. Rechtzeitig vor Ablauf des betreffenden Zeitraums wird wieder der neue Dienstplan für den nächstfolgenden Zeitraum (ohne zwingende Ähnlichkeit mit der im vorangegangenen Zeitraum getroffenen Einteilung) festgelegt. Bei der Dienstplanerstellung gibt es unterschiedliche Grade und Formen der Einbeziehung der betroffenen Arbeitnehmer. Es kommt den Arbeitnehmern auch insofern entgegen, als die ständige Konfrontation mit Kranken, Pflegebedürftigen, Behinderten oder sozial benachteiligten Menschen offenbar wesentlich stärker als andere Tätigkeiten die regelmäßige Chance erfordert, mehrtägigen Abstand vom Beruf zu gewinnen. Dies bedeutet, dass das Entgelt wegen Arbeitsausfällen an Feiertagen nicht gemindert werden darf (Paragraph 9, Absatz eins, ARG). Es gebührt also das, was der Arbeitnehmer verdient hätte, wenn ein Werktag gewesen wäre (Paragraph 9, Absatz 2, ARG). Im Ergebnis soll der Arbeitnehmer durch den Feiertag und das dadurch bedingte Unterbleiben der Arbeitsleistung keinen finanziellen Nachteil erleiden (B. Schwarz ARG3 235, 9 ObA 215/99d). Ob an einem bestimmten Tag gearbeitet worden wäre, kann nur aufgrund der (vereinbarten) Lage der Normalarbeitszeit festgestellt werden. Die zulässige Dauer der Normalarbeitszeit ergibt sich aus dem Gesetz bzw. - wie hier - aus einem Kollektivvertrag (Paragraphen 3, bzw. 13 des Kollektivvertrages für die Privatkrankeanstalten Österreichs). Die Lage der Normalarbeitszeit, wann also der Arbeitnehmer an den einzelnen Tagen verpflichtet ist, seine Arbeit zu beginnen und wann er seine Arbeit beenden kann, wird hingegen durch eine Vereinbarung im Sinn des Paragraph 19 c, AZG bestimmt. Obwohl Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 10, AZG die unter das Krankenanstalten-Arbeitszeitgesetz fallenden Arbeitnehmer von der Anwendung des AZG auszunehmen scheint, gilt hier die spätere Norm des Paragraph 19 b, AZG, wonach jedenfalls Paragraph 19 c, AZG auch für Dienstnehmer in Krankenanstalten Geltung hat (Ch. Klein "Rechtsprobleme der freien Diensteinteilung", DRdA 2000, 203, 205; zu den durch Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer 6, scheinbar ausgenommenen Lehr- und Erziehungskräften: 8 ObA 314/01m). Für die weiteren Überlegungen kann daher vorausgesetzt werden, dass der Antragsteller davon ausgeht, dass auch im Fall der vom gegenständlichen Antrag betroffenen Arbeitnehmer grundsätzlich Vereinbarungen über die Arbeitszeit existieren, und zwar in Form einer sogenannten "freien Diensteinteilung". Wie Klein in dem erwähnten Artikel ausführt, überwiegt in der österreichischen Praxis im Pflegebereich die Abneigung gegenüber der Arbeitszeitorganisation anhand von Schichtplänen einerseits und die Vorliebe für die sogenannte "freie Diensteinteilung" andererseits. Dabei wird die Abfolge von Diensten und Freizeiten des einzelnen Arbeitnehmers so organisiert, dass eine gewisse Zeit im Vorhinein ein nur für einen kürzeren Zeitraum - in der Regel handelt es sich um den jeweiligen Kalendermonat - geltender Dienstplan erstellt wird, in dem die zu leistenden Dienste auf die Arbeitnehmer verteilt werden. Rechtzeitig vor Ablauf des betreffenden Zeitraums wird wieder der neue Dienstplan für den nächstfolgenden Zeitraum (ohne zwingende Ähnlichkeit mit der im vorangegangenen Zeitraum getroffenen Einteilung) festgelegt. Bei der Dienstplanerstellung gibt es unterschiedliche Grade und Formen der Einbeziehung der betroffenen Arbeitnehmer. Es kommt den Arbeitnehmern auch insofern entgegen, als die ständige Konfrontation mit Kranken, Pflegebedürftigen, Behinderten oder sozial benachteiligten Menschen offenbar wesentlich stärker als andere Tätigkeiten die regelmäßige Chance erfordert, mehrtägigen Abstand vom Beruf zu gewinnen.

Wie Klein weiter ausführt (aaO 305), schreibt § 19c Abs 1 AZG dem Arbeitgeber, der ja grundsätzlich Adressat des Schutzgesetzes AZG ist, vor, die Lage der Normalarbeitszeit und ihre Änderung zu vereinbaren, soweit sie nicht durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung festgesetzt wird. Da im vorliegenden Fall Betriebsvereinbarungen über die Lage der Arbeitszeit offensichtlich nicht bestehen und der Kollektivvertrag lediglich die Erstellung eines Dienstplanes zwei Wochen vor Inkrafttreten für den Zeitraum von mindestens einem Monat anordnet (§ 13 Kollektivvertrag), aber kein Wort darüber verliert, wer den Dienstplan erstellen soll, liegt eine Festsetzung der Lage der Normalarbeitszeit durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung nicht vor. Grundsätzlich besteht daher die zitierte Vereinbarungspflicht (im Gegensatz zu einer einseitigen Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers: Ch. Klein aaO 206). Wenn daher beispielsweise die Stationsschwester als Vertreterin des Arbeitgebers den Dienstplan unter Einholung der Wünsche der Arbeitnehmer erstellt und diese Vorgangsweise samt dem darauf beruhenden Dienstplan von einem soeben eingetretenen Arbeitnehmer zur Kenntnis genommen wird, so darf man dieses Stillschweigen des Arbeitnehmers als Zustimmung sowohl zur dadurch definierten Lage seiner Arbeitszeit für diesen Monat werten als auch als Zustimmung dazu, dass auch für alle folgenden Monate die Diensteinteilung in gleicher Weise, nämlich durch

die Vertreterin des Arbeitgebers, jedoch unter Berücksichtigung der Wünsche des Arbeitnehmers, vorgenommen wird. Der Arbeitnehmer hat also stillschweigend sowohl einer erstmaligen Fixierung der Arbeitszeitlege als auch einem Änderungsvorbehalt insofern zugestimmt, als es auch zukünftig wieder die Vertreterin des Arbeitgebers ist, die letztendlich über die Verteilung der verschiedenen Dienste des Monats auf die Arbeitnehmer entscheidet (Ch. Klein aaO 207). Damit ist auch die nach § 19c Abs 2 Z 4 - neben den anderen Voraussetzungen erforderliche (9 ObA 187/98k) - Bedingung einer die Änderung der zeitlichen Lage ermöglichenden Vereinbarung gegeben. Wie Klein weiter ausführt (aaO 305), schreibt Paragraph 19 c, Absatz eins, AZG dem Arbeitgeber, der ja grundsätzlich Adressat des Schutzgesetzes AZG ist, vor, die Lage der Normalarbeitszeit und ihre Änderung zu vereinbaren, soweit sie nicht durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung festgesetzt wird. Da im vorliegenden Fall Betriebsvereinbarungen über die Lage der Arbeitszeit offensichtlich nicht bestehen und der Kollektivvertrag lediglich die Erstellung eines Dienstplanes zwei Wochen vor Inkrafttreten für den Zeitraum von mindestens einem Monat anordnet (Paragraph 13, Kollektivvertrag), aber kein Wort darüber verliert, wer den Dienstplan erstellen soll, liegt eine Festsetzung der Lage der Normalarbeitszeit durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung nicht vor. Grundsätzlich besteht daher die zitierte Vereinbarungspflicht (im Gegensatz zu einer einseitigen Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers: Ch. Klein aaO 206). Wenn daher beispielsweise die Stationschwester als Vertreterin des Arbeitgebers den Dienstplan unter Einholung der Wünsche der Arbeitnehmer erstellt und diese Vorgangsweise samt dem darauf beruhenden Dienstplan von einem soeben eingetretenen Arbeitnehmer zur Kenntnis genommen wird, so darf man dieses Stillschweigen des Arbeitnehmers als Zustimmung sowohl zur dadurch definierten Lage seiner Arbeitszeit für diesen Monat werten als auch als Zustimmung dazu, dass auch für alle folgenden Monate die Dienstenteilung in gleicher Weise, nämlich durch die Vertreterin des Arbeitgebers, jedoch unter Berücksichtigung der Wünsche des Arbeitnehmers, vorgenommen wird. Der Arbeitnehmer hat also stillschweigend sowohl einer erstmaligen Fixierung der Arbeitszeitlege als auch einem Änderungsvorbehalt insofern zugestimmt, als es auch zukünftig wieder die Vertreterin des Arbeitgebers ist, die letztendlich über die Verteilung der verschiedenen Dienste des Monats auf die Arbeitnehmer entscheidet (Ch. Klein aaO 207). Damit ist auch die nach Paragraph 19 c, Absatz 2, Ziffer 4, - neben den anderen Voraussetzungen erforderliche (9 ObA 187/98k) - Bedingung einer die Änderung der zeitlichen Lage ermöglichenden Vereinbarung gegeben.

Aus dem Vorgang der freien Dienstenteilung ergibt sich jedoch (Ch. Klein aaO 209, 210), worauf sich im Wesentlichen auch der Antragsteller stützt, das Problem, dass diejenigen Arbeitnehmer, welche in Übereinstimmung mit § 1 Abs 4 ARG-VO nicht zum Dienst eingeteilt würden, nicht in den Genuss des Entgelts nach § 9 Abs 1 ARG kommen, weil bei einer freien Dienstenteilung der für diesen Tag außer den tatsächlich Diensthabenden niemand eingeteilt ist. Dies sei eine Umgehung einer dem Arbeitgeber gesetzlich auferlegten Verpflichtung (unter Berufung auf B. Schwarz, Arbeitsruhegesetz 225, zum Parallelfall einer Teilzeitbeschäftigung). Klein zieht daraus den Schluss, dass auf dem Boden der bestehenden Arbeitszeitgesetzgebung eine Lösung möglich sei: Der Arbeitgeber sei verpflichtet, entweder eine "normale" Dienstenteilung so vorzunehmen, wie sie für einen Werktag erforderlich gewesen wäre und den im Rahmen der Feiertagsmindestbesetzung nicht benötigten Arbeitnehmern den eingeteilten Dienst gemäß § 9 Abs 1 ARG anzurechnen und abzugelten, oder er habe mangels einer solchen vollständigen Dienstenteilung sämtlichen für die ausgefallenen Dienste in Frage kommenden Arbeitnehmern die Wahrscheinlichkeit, zu den betreffenden Diensten eingeteilt zu werden und damit in den Genuss des Vertragsentgelts zu kommen, in Form eines sogenannten "Feiertagsausgleichs", wie auch üblicherweise in Krankenanstalten und sozialen Diensten praktiziert, abzugelten. Ausschlaggebend für die Wahrscheinlichkeit sei die Zahl der für die Dienste in Betracht kommenden Arbeitnehmer im Verhältnis zur Besetzungsstärke. Klein beruft sich hierzu nicht auf eine Auslegung des § 9 ARG oder eine analoge Lösung, sondern bevorzugt offenbar die vertragliche Regelung einer der vorgenannten Methoden. Demgegenüber scheint der Antragsteller, welcher sich aber ebenfalls nicht festlegt, offensichtlich die Methode einer weiteren Interpretation des § 9 ARG bzw der Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes (AS 11) zu bevorzugen. Aus dem Vorgang der freien Dienstenteilung ergibt sich jedoch (Ch. Klein aaO 209, 210), worauf sich im Wesentlichen auch der Antragsteller stützt, das Problem, dass diejenigen Arbeitnehmer, welche in Übereinstimmung mit Paragraph eins, Absatz 4, ARG-VO nicht zum Dienst eingeteilt würden, nicht in den Genuss des Entgelts nach Paragraph 9, Absatz eins, ARG kommen, weil bei einer freien Dienstenteilung der für diesen Tag außer den tatsächlich Diensthabenden niemand eingeteilt ist. Dies sei eine Umgehung einer dem Arbeitgeber gesetzlich auferlegten Verpflichtung (unter Berufung auf B. Schwarz, Arbeitsruhegesetz 225, zum Parallelfall einer Teilzeitbeschäftigung). Klein zieht daraus den Schluss, dass auf dem Boden der bestehenden Arbeitszeitgesetzgebung eine Lösung möglich sei: Der Arbeitgeber sei

verpflichtet, entweder eine "normale" Dienstenteilung so vorzunehmen, wie sie für einen Werktag erforderlich gewesen wäre und den im Rahmen der Feiertagsmindestbesetzung nicht benötigten Arbeitnehmern den eingeteilten Dienst gemäß Paragraph 9, Absatz eins, ARG anzurechnen und abzugelten, oder er habe mangels einer solchen vollständigen Dienstenteilung sämtlichen für die ausgefallenen Dienste in Frage kommenden Arbeitnehmern die Wahrscheinlichkeit, zu den betreffenden Diensten eingeteilt zu werden und damit in den Genuss des Vertragsentgelts zu kommen, in Form eines sogenannten "Feiertagsausgleichs", wie auch üblicherweise in Krankenanstalten und sozialen Diensten praktiziert, abzugelten. Ausschlaggebend für die Wahrscheinlichkeit sei die Zahl der für die Dienste in Betracht kommenden Arbeitnehmer im Verhältnis zur Besetzungsstärke. Klein beruft sich hiezu nicht auf eine Auslegung des Paragraph 9, ARG oder eine analoge Lösung, sondern bevorzugt offenbar die vertragliche Regelung einer der vorgenannten Methoden. Demgegenüber scheint der Antragsteller, welcher sich aber ebenfalls nicht festlegt, offensichtlich die Methode einer weiteren Interpretation des Paragraph 9, ARG bzw der Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes (AS 11) zu bevorzugen.

Weder die Bestimmungen des § 10 AZG (für die nicht den KA-AZG unterliegenden Arbeitnehmer) noch § 5 KA-AZG ermöglichen die vom Antragsteller gewünschte Auslegung. Die Ermittlung der Normalarbeitszeit für die Berechnung von Überstunden kann von einem Feiertag nur insofern beeinflusst werden, als eben eine theoretische Einteilung, aber mangelnde Verwendung zu einer Anrechnung als Arbeitszeit führt. Diese Bestimmungen geben jedoch nicht Aufschluss darüber, wie eine freie Einteilung vorzunehmen ist. Auch aus § 9 AZG lässt sich selbst bei weitester Auslegung eine bestimmte vom Gesetzgeber gewollte Vorgangsweise bei "freier Dienstenteilung" nicht entnehmen. Es bliebe somit nur der Weg der Analogie. Voraussetzung für eine Analogie ist zunächst das Vorliegen einer ungewollten Regelungslücke. Schon am Vorliegen einer solchen Lücke können hier Zweifel bestehen. Nicht jede einen Feiertag ausnehmende Dienstenteilung muss zwangsläufig eine Umgehung sein. So kann es durchaus dem Wunsch von Arbeitnehmern entsprechen, grundsätzlich an Feiertagen nicht eingeteilt zu werden und statt dessen ihre Normalarbeitszeit außerhalb von Feiertagen abzuleisten. Man kann vielmehr davon ausgehen, dass es der Gesetzgeber den Parteien des Arbeitsvertrages überlassen wollte, eine nach ihrem Willen gestaltete, gesetzeskonforme Vereinbarung nach § 19c AZG zu treffen. Selbst wenn man eine Lücke annehmen wollte, zeigt sich aber - nicht zuletzt aufgrund der vom Antragsteller selbst angebotenen Alternativen in Form seines Haupt- und seiner Eventualbegehren -, dass verschiedenste vertragliche Möglichkeiten bestehen, einen Ausgleich zu schaffen, wobei dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, die eine oder andere Lösung festlegen zu wollen. Auch im Wege der Analogie ließe sich daher nicht ermitteln, dass der Gesetzgeber einen bestimmten Vertragsinhalt, sei es jetzt eine von der tatsächlichen Einteilung abweichende theoretische Dienstenteilung mit Zeitanrechnung für Feiertagszeiten, oder aber eine daraus abzuleitende oder gar aus statistischen Ermittlungsmethoden erfließende Entgeltleistung vorgeschrieben hätte.

Weder die Bestimmungen des Paragraph 10, AZG (für die nicht den KA-AZG unterliegenden Arbeitnehmer) noch Paragraph 5, KA-AZG ermöglichen die vom Antragsteller gewünschte Auslegung. Die Ermittlung der Normalarbeitszeit für die Berechnung von Überstunden kann von einem Feiertag nur insofern beeinflusst werden, als eben eine theoretische Einteilung, aber mangelnde Verwendung zu einer Anrechnung als Arbeitszeit führt. Diese Bestimmungen geben jedoch nicht Aufschluss darüber, wie eine freie Einteilung vorzunehmen ist. Auch aus Paragraph 9, AZG lässt sich selbst bei weitester Auslegung eine bestimmte vom Gesetzgeber gewollte Vorgangsweise bei "freier Dienstenteilung" nicht entnehmen. Es bliebe somit nur der Weg der Analogie. Voraussetzung für eine Analogie ist zunächst das Vorliegen einer ungewollten Regelungslücke. Schon am Vorliegen einer solchen Lücke können hier Zweifel bestehen. Nicht jede einen Feiertag ausnehmende Dienstenteilung muss zwangsläufig eine Umgehung sein. So kann es durchaus dem Wunsch von Arbeitnehmern entsprechen, grundsätzlich an Feiertagen nicht eingeteilt zu werden und statt dessen ihre Normalarbeitszeit außerhalb von Feiertagen abzuleisten. Man kann vielmehr davon ausgehen, dass es der Gesetzgeber den Parteien des Arbeitsvertrages überlassen wollte, eine nach ihrem Willen gestaltete, gesetzeskonforme Vereinbarung nach Paragraph 19 c, AZG zu treffen. Selbst wenn man eine Lücke annehmen wollte, zeigt sich aber - nicht zuletzt aufgrund der vom Antragsteller selbst angebotenen Alternativen in Form seines Haupt- und seiner Eventualbegehren -, dass verschiedenste vertragliche Möglichkeiten bestehen, einen Ausgleich zu schaffen, wobei dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, die eine oder andere Lösung festlegen zu wollen. Auch im Wege der Analogie ließe sich daher nicht ermitteln, dass der Gesetzgeber einen bestimmten Vertragsinhalt, sei es jetzt eine von der tatsächlichen Einteilung abweichende theoretische Dienstenteilung mit Zeitanrechnung für Feiertagszeiten, oder aber eine daraus abzuleitende oder gar aus statistischen Ermittlungsmethoden erfließende Entgeltleistung vorgeschrieben hätte.

Die letztgenannten Erwägungen gelten auch für eine allfällige Vertragskorrektur bzw ergänzende Vertragsauslegung: Da, wie schon erwähnt, mehrere Möglichkeiten einer Berücksichtigung von nicht geleisteten Feiertagszeiten bei freier Dienstenteilung bestehen, kann keineswegs mit verallgemeinerbarer Gültigkeit für alle möglichen Vertragsparteien unterstellt werden, Arbeitsverträge mit einem bestimmten Vertragsinhalt (sei es jetzt Zeitanrechnung oder in Form eines Feiertagsausgleiches) abschließen zu wollen. Schon aus diesem Grund kann dem Hauptbegehren Punkt a) dem Eventualbegehren Punkt b) sowie den Eventualbegehren Punkt d) und e) kein Erfolg beschieden sein. Das gleiche gilt auch für die Eventualbegehren Punkt c) und f), wobei in diesen Fällen noch dazu kommt, dass die Parameter für eine statistische Ermittlung (zB Beobachtungszeitraum, gleichbleibende oder fluktuierende Zahl der Dienstnehmer, Ganztags- und Teilzeitbeschäftigte, Berücksichtigung von Sonntagen etc) völlig unbestimmt sind und somit ein Feststellungsbegehren schon aus diesem Grund ohne Erfolg bleiben muss.

Anmerkung

E65974 9ObA210.01z

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2002:009OBA00210.01Z.0710.000

Dokumentnummer

JJT_20020710_OGH0002_009OBA00210_01Z0000_000

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at