

# TE OGH 2001/10/10 9ObA164/01k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.10.2001

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Maier als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Spenling und Dr. Hradil sowie die fachkundigen Laienrichter OLWR Dr. Peter Hübner und Franz Gansch als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Zentralbetriebsrat der Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter, Roßauer Lände 3, 1090 Wien, vertreten durch Lansky & Prochaska, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter, Roßauer Lände 3, 1092 Wien, vertreten durch Dr. Rainer Schischka, Rechtsanwalt in Wien, wegen Feststellung gemäß § 54 Abs 1 ASGG, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 26. März 2001, GZ 10 Ra 60/01v-14, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 14. September 2000, GZ 22 Cga 78/99x-9, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt: Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Maier als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Spenling und Dr. Hradil sowie die fachkundigen Laienrichter OLWR Dr. Peter Hübner und Franz Gansch als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Zentralbetriebsrat der Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter, Roßauer Lände 3, 1090 Wien, vertreten durch Lansky & Prochaska, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter, Roßauer Lände 3, 1092 Wien, vertreten durch Dr. Rainer Schischka, Rechtsanwalt in Wien, wegen Feststellung gemäß Paragraph 54, Absatz eins, ASGG, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 26. März 2001, GZ 10 Ra 60/01v-14, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 14. September 2000, GZ 22 Cga 78/99x-9, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit S 6.086,40 (darin S 1.014,40 USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die klagende Partei begehrt die Feststellung, dass die in den Sonderkrankenanstalten der beklagten Partei beschäftigten Oberärzte bei Vertretung des ärztlichen Leiters während dessen dienstlicher Abwesenheit Anspruch auf Vewendungszulage gemäß § 47 DO.B haben, sofern diese nicht Anspruch auf eine Leitungszulage gemäß § 43 DO.B haben. In den 10 Sonderkrankenanstalten der beklagten Partei seien gemäß § 38 DO.B Oberärzte tätig, welche in der

Gehaltsgruppe B II eingeordnet seien. Diese würden den ärztlichen Leiter der Sonderkrankenanstalt bei dessen dienstlicher Abwesenheit vertreten. Für die Dauer dieser Vertretungstätigkeit stehe den Oberärzten eine Verwendungszulage gemäß § 47 DO.B zu. Diese sei bis einschließlich 1995 auch anstandslos zur Auszahlung gebracht worden, im Jahre 1996 habe die beklagte Partei diese Verwendungszulage plötzlich eingestellt, obwohl die Vertretungstätigkeit der Oberärzte gleich geblieben sei. In der DO.B sei auch eine Bestellung zum "ständigen Stellvertreter" vorgesehen, welche Anspruch auf Leitungszulage gemäß § 43 DO.B gewähre. Die Oberärzte seien jedoch hiezu nicht formell bestellt worden, es bestehe überdies auch kein Rechtsanspruch auf eine solche Bestellung, weshalb ihnen bei Vertretungstätigkeiten weiterhin die Verwendungszulage gemäß § 47 DO.B zustehe. Die klagende Partei begehrt die Feststellung, dass die in den Sonderkrankenanstalten der beklagten Partei beschäftigten Oberärzte bei Vertretung des ärztlichen Leiters während dessen dienstlicher Abwesenheit Anspruch auf Verwendungszulage gemäß Paragraph 47, DO.B haben, sofern diese nicht Anspruch auf eine Leitungszulage gemäß Paragraph 43, DO.B haben. In den 10 Sonderkrankenanstalten der beklagten Partei seien gemäß Paragraph 38, DO.B Oberärzte tätig, welche in der Gehaltsgruppe B römisch II eingeordnet seien. Diese würden den ärztlichen Leiter der Sonderkrankenanstalt bei dessen dienstlicher Abwesenheit vertreten. Für die Dauer dieser Vertretungstätigkeit stehe den Oberärzten eine Verwendungszulage gemäß Paragraph 47, DO.B zu. Diese sei bis einschließlich 1995 auch anstandslos zur Auszahlung gebracht worden, im Jahre 1996 habe die beklagte Partei diese Verwendungszulage plötzlich eingestellt, obwohl die Vertretungstätigkeit der Oberärzte gleich geblieben sei. In der DO.B sei auch eine Bestellung zum "ständigen Stellvertreter" vorgesehen, welche Anspruch auf Leitungszulage gemäß Paragraph 43, DO.B gewähre. Die Oberärzte seien jedoch hiezu nicht formell bestellt worden, es bestehe überdies auch kein Rechtsanspruch auf eine solche Bestellung, weshalb ihnen bei Vertretungstätigkeiten weiterhin die Verwendungszulage gemäß Paragraph 47, DO.B zustehe.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Sie wendete ein, dass eine Verwendungszulage gemäß § 47 Abs 1 DO.B nur den Ärzten gebühre, welche Tätigkeiten verrichteten, für welche eine höhere als die eigene Einreihung vorgesehen sei. Ein Anspruch auf Verwendungszulage bestehe gemäß § 47 Abs 2 Z 3 DO.B jedoch dann nicht, wenn der Arzt seinen unmittelbaren Dienstvorgesetzten vertrete und in seinen Aufgabenbereich die ständige Vertretung dieses Dienstvorgesetzten falle. Eine solche Betreuung mit der ständigen Vertretung des unmittelbaren Dienstvorgesetzten sei für alle Oberärzte der Sonderkrankenanstalten generell schon im Dienstvertrag erfolgt, weshalb es zu keiner Beauftragung mit der Vertretung im Einzelfall mehr komme. Darüber hinaus seien Personen, welche mit Vertretungspflichten betraut würden, stets zu Oberärzten bestellt worden. Durch die Bestellung zu Oberärzten würde den betreffenden Ärzten ein Gehaltsvorteil zugewendet, welcher sowohl die Gewährung einer Leitungszulage wie auch die Gewährung einer Verwendungszulage übertreffe. Wohl sei richtig, dass Oberärzten bis einschließlich 31. 12. 1995 (bei Zutreffen der sonstigen dienstlichen Voraussetzungen) eine Verwendungszulage gewährt worden sei, doch sei dies mit Wirkung ab 1. 1. 1996 generell abgestellt worden, nachdem im Rahmen von Einsparungsmaßnahmen evident geworden sei, dass die Gewährung der Verwendungszulage durch den Kollektivvertrag nicht gedeckt, bislang also rechtsirrtümlich gezahlt worden sei. Darüber hinaus seien fünf der insgesamt 14 derzeit in Sonderkrankenanstalten bestellten Oberärzte erst nach 1995 eingetreten und hätten nie eine Verwendungszulage erhalten. Die restlichen neun Oberärzte hätten die Einstellung der Verwendungszulage widerspruchslos zur Kenntnis genommen. Der weitere Einwand der Verjährung wird im Revisionsverfahren nicht mehr aufrecht erhalten. Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Sie wendete ein, dass eine Verwendungszulage gemäß Paragraph 47, Absatz eins, DO.B nur den Ärzten gebühre, welche Tätigkeiten verrichteten, für welche eine höhere als die eigene Einreihung vorgesehen sei. Ein Anspruch auf Verwendungszulage bestehe gemäß Paragraph 47, Absatz 2, Ziffer 3, DO.B jedoch dann nicht, wenn der Arzt seinen unmittelbaren Dienstvorgesetzten vertrete und in seinen Aufgabenbereich die ständige Vertretung dieses Dienstvorgesetzten falle. Eine solche Betreuung mit der ständigen Vertretung des unmittelbaren Dienstvorgesetzten sei für alle Oberärzte der Sonderkrankenanstalten generell schon im Dienstvertrag erfolgt, weshalb es zu keiner Beauftragung mit der Vertretung im Einzelfall mehr komme. Darüber hinaus seien Personen, welche mit Vertretungspflichten betraut würden, stets zu Oberärzten bestellt worden. Durch die Bestellung zu Oberärzten würde den betreffenden Ärzten ein Gehaltsvorteil zugewendet, welcher sowohl die Gewährung einer Leitungszulage wie auch die Gewährung einer Verwendungszulage übertreffe. Wohl sei richtig, dass Oberärzten bis einschließlich 31. 12. 1995 (bei Zutreffen der sonstigen dienstlichen Voraussetzungen) eine Verwendungszulage gewährt worden sei, doch sei dies mit Wirkung ab 1. 1. 1996 generell abgestellt worden, nachdem im Rahmen von Einsparungsmaßnahmen evident geworden sei, dass die Gewährung der Verwendungszulage durch den

Kollektivvertrag nicht gedeckt, bislang also rechtsirrtümlich gezahlt worden sei. Darüber hinaus seien fünf der insgesamt 14 derzeit in Sonderkrankenanstalten bestellten Oberärzte erst nach 1995 eingetreten und hätten nie eine Verwendungszulage erhalten. Die restlichen neun Oberärzte hätten die Einstellung der Verwendungszulage widerspruchslös zur Kenntnis genommen. Der weitere Einwand der Verjährung wird im Revisionsverfahren nicht mehr aufrecht erhalten.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Es ging dabei von folgendem Sachverhalt aus: Die beklagte Partei betreibt in Österreich 10 Sonderkrankenanstalten (Rehabilitationszentren). Die dort beschäftigten Oberärzte (je zwei in den Rehabilitationszentren Bad Aussee, Laab im Walde, Saalfelden und Bad Schallerbach, je einer in St. Radegund, Felbring, Bad Ischl, Gröbming, Weyer und Alland - insgesamt also 14) sind ausnahmslos in die Gehaltsgruppe B II nach § 38 DO.B eingereiht. Jeweils einer von ihnen vertritt den jeweiligen ärztlichen Leiter der betreffenden Sonderkrankenanstalt bei dessen Dienstabwesenheit, wobei es sich praktisch um die Vertretung in den nur selten auftretenden Fällen unaufschiebbarer Verwaltungsangelegenheiten handelt; zur Arbeitsplatzbeschreibung eines Oberarztes bei der beklagten Partei gehört unter anderem die fallweise Vertretung des leitenden Arztes bei dessen Abwesenheit oder Verhinderung. Dies ist in den schriftlichen Arbeitsplatzbeschreibungen der Oberarztstellen enthalten und ist den Fachärzten, welche sich auf eine derartige Oberarztstelle bewerben, bei deren Bewerbung bekannt. Bis einschließlich 31. 12. 1995 gewährte die beklagte Partei den Oberärzten eine Verwendungszulage nach § 47 DO.B, wenn sie - das dort vorgesehene Mindestausmaß an Vertretungsdauer vorausgesetzt - den ärztlichen Leiter vertraten. Diese Verwendungszulage war Ende 1995 seit mindestens 10 Jahren zur Auszahlung gelangt, bevor sie per 1. 1. 1996 eingestellt wurde. Acht der noch beschäftigten Oberärzte hatten in den Jahren 1994 und 1995 Verwendungszulagen für ihre Vertretungstätigkeiten erhalten, die ab 1. 1. 1996 bestellten fünf Oberärzte erhielten diese Verwendungszulage nie. Im Laufe des Jahres 1996 bemerkten die betroffenen Oberärzte, dass die Verwendungszulage nicht mehr ausbezahlt wurde. Ende 1996, Anfang 1997 stellten sie diesbezüglich die ersten Anfragen an den Betriebsrat, welcher mündlich bei der Geschäftsleitung nachfragte und die Auskunft erhielt, dass die Verwendungszulage nicht mehr gerechtfertigt sei. Im Jänner 1998 wurde ein erstes schriftliches Ansuchen des Betriebsrates an den Leiter des Personalwesens der beklagten Partei gerichtet, welches im Juni 1998 abschlägig beantwortet wurde. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Es ging dabei von folgendem Sachverhalt aus: Die beklagte Partei betreibt in Österreich 10 Sonderkrankenanstalten (Rehabilitationszentren). Die dort beschäftigten Oberärzte (je zwei in den Rehabilitationszentren Bad Aussee, Laab im Walde, Saalfelden und Bad Schallerbach, je einer in St. Radegund, Felbring, Bad Ischl, Gröbming, Weyer und Alland - insgesamt also 14) sind ausnahmslos in die Gehaltsgruppe B römisch II nach Paragraph 38, DO.B eingereiht. Jeweils einer von ihnen vertritt den jeweiligen ärztlichen Leiter der betreffenden Sonderkrankenanstalt bei dessen Dienstabwesenheit, wobei es sich praktisch um die Vertretung in den nur selten auftretenden Fällen unaufschiebbarer Verwaltungsangelegenheiten handelt; zur Arbeitsplatzbeschreibung eines Oberarztes bei der beklagten Partei gehört unter anderem die fallweise Vertretung des leitenden Arztes bei dessen Abwesenheit oder Verhinderung. Dies ist in den schriftlichen Arbeitsplatzbeschreibungen der Oberarztstellen enthalten und ist den Fachärzten, welche sich auf eine derartige Oberarztstelle bewerben, bei deren Bewerbung bekannt. Bis einschließlich 31. 12. 1995 gewährte die beklagte Partei den Oberärzten eine Verwendungszulage nach Paragraph 47, DO.B, wenn sie - das dort vorgesehene Mindestausmaß an Vertretungsdauer vorausgesetzt - den ärztlichen Leiter vertraten. Diese Verwendungszulage war Ende 1995 seit mindestens 10 Jahren zur Auszahlung gelangt, bevor sie per 1. 1. 1996 eingestellt wurde. Acht der noch beschäftigten Oberärzte hatten in den Jahren 1994 und 1995 Verwendungszulagen für ihre Vertretungstätigkeiten erhalten, die ab 1. 1. 1996 bestellten fünf Oberärzte erhielten diese Verwendungszulage nie. Im Laufe des Jahres 1996 bemerkten die betroffenen Oberärzte, dass die Verwendungszulage nicht mehr ausbezahlt wurde. Ende 1996, Anfang 1997 stellten sie diesbezüglich die ersten Anfragen an den Betriebsrat, welcher mündlich bei der Geschäftsleitung nachfragte und die Auskunft erhielt, dass die Verwendungszulage nicht mehr gerechtfertigt sei. Im Jänner 1998 wurde ein erstes schriftliches Ansuchen des Betriebsrates an den Leiter des Personalwesens der beklagten Partei gerichtet, welches im Juni 1998 abschlägig beantwortet wurde.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, dass durch regelmäßige Gewährung der Verwendungszulage konkludent ein einzelvertraglicher Anspruch der Oberärzte entstanden sei, welche Vertretungstätigkeiten durchgeführt hätten. Diese Betriebsübung sei zu Gunsten der später eingetretenen Arbeitnehmer wirksam geworden. Von einem Verzicht auf diese Zulage könne überdies keine Rede sein.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der beklagten Partei teilweise Folge und änderte das Urteil wie folgt ab: "Zwischen den Parteien wird festgestellt, dass die in den Sonderkrankenanstalten der beklagten Partei am 31. 12. 1995 beschäftigten Oberärzte bei Vertretung des ärztlichen Leiters während dessen dienstlicher Abwesenheit Anspruch auf Verwendungszulage gemäß § 47 DO.B haben, sofern diese nicht Anspruch auf Leitungszulage gemäß § 43 DO.B haben. Das Mehrbegehren auf Feststellung bezüglich der ab 1. 1. 1996 neu eingetretenen Oberärzte wird abgewiesen." Das Berufungsgericht gab der Berufung der beklagten Partei teilweise Folge und änderte das Urteil wie folgt ab: "Zwischen den Parteien wird festgestellt, dass die in den Sonderkrankenanstalten der beklagten Partei am 31. 12. 1995 beschäftigten Oberärzte bei Vertretung des ärztlichen Leiters während dessen dienstlicher Abwesenheit Anspruch auf Verwendungszulage gemäß Paragraph 47, DO.B haben, sofern diese nicht Anspruch auf Leitungszulage gemäß Paragraph 43, DO.B haben. Das Mehrbegehren auf Feststellung bezüglich der ab 1. 1. 1996 neu eingetretenen Oberärzte wird abgewiesen."

Das Berufungsgericht vertrat die Rechtsauffassung, dass der Wortlaut des § 47 Abs 2 Z 3 iVm Abs 4 DO.B einen Anspruch der Oberärzte auf Verwendungszulage ausschließe, weil es zu deren dienstvertraglichen Pflichten gehöre, ihren unmittelbar Vorgesetzten, nämlich den Leiter der Sonderkrankenanstalt, in dessen Verhinderungsfall zu vertreten. Die vor dem 1. 1. 1995 zu Oberärzten bestellten Ärzte könnten jedoch die langdauernde Betriebsübung für sich in Anspruch nehmen, wonach ihnen trotz der mangelnden Voraussetzungen nach § 47 DO.B immer eine Verwendungszulage gewährt worden sei. § 1 Abs 5 DO.B ("Mit einzelnen Ärzten können von den Vorschriften dieser Dienstordnung abweichende Vereinbarungen abgeschlossen werden, wenn sie für den Arzt nicht ungünstiger sind als diese Dienstordnung [§ 3 Abs 1 des Arbeitsverfassungsgesetzes]. Solche Vereinbarungen und deren Änderungen bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit im Sinn des § 3 Abs 1 des Arbeitsverfassungsgesetzes der vorherigen Zustimmung des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger gemäß § 460 Abs 1 ASVG ...") berühre den Umstand nicht, dass durch Betriebsübung konkludent ein Einzelanspruch entstanden sei. Zur gleichlautenden Bestimmung des § 1 Abs 8 DO.A habe nämlich der Oberste Gerichtshof (4 Ob 128/77) bereits befunden, dass es sich dabei nur um eine Abschlussnorm handle, welche wohl intern den Vorstand, nicht jedoch den Arbeitnehmer binde und im Falle der Nichtbefolgung dennoch zu einer gültigen Vereinbarung führe. Darüber hinaus sei in Frage zu stellen, ob es sich überhaupt um einen "Sondervertrag" handle. Werde nämlich eine Leistung auf Grund einer generellen Rechtsgrundlage gewährt, dann handle es sich auch dann, wenn es sich bei einer späteren Prüfung herausstellen sollte, dass nicht alle für den Anspruch normierten Voraussetzungen erfüllt seien, nicht um einen Sondervertrag. In solchen Fällen erfolge die Leistung - mögen auch die Anspruchsvoraussetzungen in Teilfragen fraglich bleiben - vielmehr im Rahmen des Dienstvertrages und nicht als Gegenstand eines Sondervertrages (9 ObA 181/97a = RdW 1998, 93). Berechtigung komme der Berufung jedoch hinsichtlich der nach dem 1. 1. 1996 neu eingetretenen (offenbar gemeint: neu bestellten) Oberärzten zu, weil ab diesem Zeitpunkt Verwendungszulagen nicht mehr gewährt worden seien und daher kein Erklärungsverhalten des Arbeitgebers mehr vorgelegen habe, auf welches diese Personengruppe hätte vertrauen dürfen. Das Berufungsgericht vertrat die Rechtsauffassung, dass der Wortlaut des Paragraph 47, Absatz 2, Ziffer 3, in Verbindung mit Absatz 4, DO.B einen Anspruch der Oberärzte auf Verwendungszulage ausschließe, weil es zu deren dienstvertraglichen Pflichten gehöre, ihren unmittelbar Vorgesetzten, nämlich den Leiter der Sonderkrankenanstalt, in dessen Verhinderungsfall zu vertreten. Die vor dem 1. 1. 1995 zu Oberärzten bestellten Ärzte könnten jedoch die langdauernde Betriebsübung für sich in Anspruch nehmen, wonach ihnen trotz der mangelnden Voraussetzungen nach Paragraph 47, DO.B immer eine Verwendungszulage gewährt worden sei. Paragraph eins, Absatz 5, DO.B ("Mit einzelnen Ärzten können von den Vorschriften dieser Dienstordnung abweichende Vereinbarungen abgeschlossen werden, wenn sie für den Arzt nicht ungünstiger sind als diese Dienstordnung [§ 3 Absatz eins, des Arbeitsverfassungsgesetzes]. Solche Vereinbarungen und deren Änderungen bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit im Sinn des Paragraph 3, Absatz eins, des Arbeitsverfassungsgesetzes der vorherigen Zustimmung des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger gemäß Paragraph 460, Absatz eins, ASVG ...") berühre den Umstand nicht, dass durch Betriebsübung konkludent ein Einzelanspruch entstanden sei. Zur gleichlautenden Bestimmung des Paragraph eins, Absatz 8, DO.A habe nämlich der Oberste Gerichtshof (4 Ob 128/77) bereits befunden, dass es sich dabei nur um eine Abschlussnorm handle, welche wohl intern den Vorstand, nicht jedoch den Arbeitnehmer binde und im Falle der Nichtbefolgung dennoch zu einer gültigen Vereinbarung führe. Darüber hinaus sei in Frage zu stellen, ob es sich überhaupt um einen "Sondervertrag" handle. Werde nämlich eine Leistung auf Grund einer generellen Rechtsgrundlage gewährt, dann handle es sich auch dann, wenn es sich bei einer späteren Prüfung herausstellen sollte, dass nicht alle für den Anspruch normierten

Voraussetzungen erfüllt seien, nicht um einen Sondervertrag. In solchen Fällen erfolge die Leistung - mögen auch die Anspruchsvoraussetzungen in Teilfragen fraglich bleiben - vielmehr im Rahmen des Dienstvertrages und nicht als Gegenstand eines Sondervertrages (9 ObA 181/97a = RdW 1998, 93). Berechtigung komme der Berufung jedoch hinsichtlich der nach dem 1. 1. 1996 neu eingetretenen (offenbar gemeint: neu bestellten) Oberärzten zu, weil ab diesem Zeitpunkt Verwendungszulagen nicht mehr gewährt worden seien und daher kein Erklärungsverhalten des Arbeitgebers mehr vorgelegen habe, auf welches diese Personengruppe hätte vertrauen dürfen.

Der abweisende Teil dieser Entscheidung erwuchs in Rechtskraft.

Gegen den stattgebenden Teil richtet sich die Revision der beklagten Partei aus dem Grunde der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, dass das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen werde; hilfsweise, dass es im Rahmen der Abweisung zu heißen habe "... der ab 1. 1. 1996 zu Oberärzten bestellten Ärzte ..."; in eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die klagende Partei beantragte, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht berechtigt.

Gemäß der Einreihung des § 38 DO.B fallen die bestellten Oberärzte in die Gehaltsgruppe B II Z 2. Bestellte ständige Stellvertreter, welcher einer bestimmten Gehaltsgruppe zuzuordnen sind, kennt nur die Gehaltsgruppe B I Z 2 (der bestellte ständige Stellvertreter des ärztlichen Leiters des Hanusch-Krankenhauses) sowie Gehaltsgruppe B II Z 3 (bestellte ständige Stellvertreter des Leiters einer Krankenanstalt gemäß § 1 Abs 6 Z 1 lit g = selbständige Ambulatorien). Gemäß § 43 Abs 1 gebührt eine Leitungszulage 1. den leitenden Ärzten und ihren bestellten ständigen Stellvertretern, 2. den bestellten ärztlichen Leitern (§ 38) von Allgemeinen Krankenanstalten und Sonderkrankenanstalten gemäß § 1 Abs 6 Z 1 lit a und b sowie ihren bestellten ständigen Stellvertretern. Gemäß Abs 2 dieser Bestimmung gebührt neben einer solchen Leitungszulage keine Funktionszulage, keine Erschwerniszulage und keine Außendienstzulage. Schon aus dieser Aufzählung wird klar, dass mit "bestellten ständigen Stellvertretern" nicht nur die ausdrücklich im § 38 DO.B genannten ständigen Stellvertreter gemeint sein können. Gemäß der Einreihung des Paragraph 38, DO.B fallen die bestellten Oberärzte in die Gehaltsgruppe B römisch II Ziffer 2, Bestellte ständige Stellvertreter, welcher einer bestimmten Gehaltsgruppe zuzuordnen sind, kennt nur die Gehaltsgruppe B römisch eins Ziffer 2, (der bestellte ständige Stellvertreter des ärztlichen Leiters des Hanusch-Krankenhauses) sowie Gehaltsgruppe B römisch II Ziffer 3, (bestellte ständige Stellvertreter des Leiters einer Krankenanstalt gemäß Paragraph eins, Absatz 6, Ziffer eins, Litera g, = selbständige Ambulatorien). Gemäß Paragraph 43, Absatz eins, gebührt eine Leitungszulage 1. den leitenden Ärzten und ihren bestellten ständigen Stellvertretern, 2. den bestellten ärztlichen Leitern (Paragraph 38,) von Allgemeinen Krankenanstalten und Sonderkrankenanstalten gemäß Paragraph eins, Absatz 6, Ziffer eins, Litera a und b sowie ihren bestellten ständigen Stellvertretern. Gemäß Absatz 2, dieser Bestimmung gebührt neben einer solchen Leitungszulage keine Funktionszulage, keine Erschwerniszulage und keine Außendienstzulage. Schon aus dieser Aufzählung wird klar, dass mit "bestellten ständigen Stellvertretern" nicht nur die ausdrücklich im Paragraph 38, DO.B genannten ständigen Stellvertreter gemeint sein können.

Hinsichtlich der "Verwendungszulage" sieht § 47 DO.B Folgendes vor: Hinsichtlich der "Verwendungszulage" sieht Paragraph 47, DO.B Folgendes vor:

"Abs 1: Werden dem Arzt vorübergehend - insbesondere im Rahmen der Vertretung von Ärzten, die wegen Urlaubs, Krankheit, Schutzfrist, Karenz- oder Sonderurlaubs, Präsenz-, Zivil- oder Ausbildungsdienstes von Frauen beim Bundesheer oder aus ähnlichen Gründen vom Dienst abwesend sind - Aufgaben übertragen, für die eine höhere als seine Einreihung vorgesehen ist, so gebührt ihm, solange er nicht dauernd auf dem der höherwertigen Verwendung entsprechenden Dienstposten eingereiht werden kann, für die Dauer einer solchen Verwendung eine Verwendungszulage im Ausmaß der Differenz zwischen seinem Bezug und jenem Bezug, der sich bei der Einreihung auf Grund der höherwertigen Verwendung ergäbe ...".

"Abs 2: Der Anspruch auf Verwendungszulage besteht nicht, 1. ..., 2. wenn die höherwertigen Verwendungen innerhalb eines Kalenderjahres zusammen weniger als 26 Arbeitstage dauern,

3. wenn der Arzt seinen unmittelbaren Dienstvorgesetzten vertritt und in seinen Aufgabenbereich die ständige Vertretung dieses Dienstvorgesetzten fällt ..."

"Abs 4: Abweichend von den Bestimmungen des Abs 2 Z 3 gebührt dem Arzt, in dessen Aufgabenbereich die ständige Vertretung seines unmittelbaren Dienstvorgesetzten fällt, eine Verwendungszulage in dem im Abs 1 letzter Satz angeführten Ausmaß, wenn der Dienstvorgesetzte ununterbrochen länger als 12 Monate in überwiegendem Ausmaß vom Dienst abwesend ist und ihn der Arzt während dieses Zeitraums zu vertreten hat. Die Verwendungszulage fällt in diesem Fall mit Beginn des 13. Monats einer solchen Verwendung an." Abs 4: Abweichend von den Bestimmungen des Absatz 2, Ziffer 3, gebührt dem Arzt, in dessen Aufgabenbereich die ständige Vertretung seines unmittelbaren Dienstvorgesetzten fällt, eine Verwendungszulage in dem im Absatz eins, letzter Satz angeführten Ausmaß, wenn der Dienstvorgesetzte ununterbrochen länger als 12 Monate in überwiegendem Ausmaß vom Dienst abwesend ist und ihn der Arzt während dieses Zeitraums zu vertreten hat. Die Verwendungszulage fällt in diesem Fall mit Beginn des 13. Monats einer solchen Verwendung an."

Nach den Feststellungen war in den Arbeitsplatzbeschreibungen, welche den Einzeldienstverträgen zu Grunde gelegt worden waren, die fallweise Vertretung des leitenden Arztes in dessen Abwesenheit oder Verhinderung genannt (AS 63). Diese Feststellung ist unbekämpft geblieben. Damit verbietet sich aber die Anwendung der Ausnahmebestimmung des § 47 Abs 2 Z 3 DO.B. Für den Ausschluss einer Verwendungszulage ist nämlich dort kumulativ neben der Vertretung des unmittelbar Dienstvorgesetzten vorgesehen, dass in den Aufgabenbereich des Vertreters die ständige Vertretung dieses Dienstvorgesetzten fällt. Aus den Feststellungen ergibt sich somit das Gegenteil, nämlich keine ständige, sondern nur eine fallweise Vertretung, sodass schon aus diesem Grund, zumal die Voraussetzungen nach § 47 Abs 1 DO.B anzunehmen sind, der kollektivvertragliche Anspruch auf eine Verwendungszulage nicht weggefallen ist. Nach den Feststellungen war in den Arbeitsplatzbeschreibungen, welche den Einzeldienstverträgen zu Grunde gelegt worden waren, die fallweise Vertretung des leitenden Arztes in dessen Abwesenheit oder Verhinderung genannt (AS 63). Diese Feststellung ist unbekämpft geblieben. Damit verbietet sich aber die Anwendung der Ausnahmebestimmung des Paragraph 47, Absatz 2, Ziffer 3, DO.B. Für den Ausschluss einer Verwendungszulage ist nämlich dort kumulativ neben der Vertretung des unmittelbar Dienstvorgesetzten vorgesehen, dass in den Aufgabenbereich des Vertreters die ständige Vertretung dieses Dienstvorgesetzten fällt. Aus den Feststellungen ergibt sich somit das Gegenteil, nämlich keine ständige, sondern nur eine fallweise Vertretung, sodass schon aus diesem Grund, zumal die Voraussetzungen nach Paragraph 47, Absatz eins, DO.B anzunehmen sind, der kollektivvertragliche Anspruch auf eine Verwendungszulage nicht weggefallen ist.

Selbst wenn man von einer "ständigen Stellvertretung" ausgehen wollte, würde dies zu keinem anderen Ergebnis führen: Da den Kollektivvertragsparteien grundsätzlich unterstellt werden darf, dass sie eine vernünftige, zweckentsprechende und praktisch durchführbare Regelung treffen sowie einen gerechten Ausgleich der sozialen und wirtschaftlichen Interessen herbeiführen wollten, ist bei mehreren an sich in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten, wenn alle anderen Auslegungsgrundsätze versagen, jener der Vorzug zu geben, die diesen Anforderungen am meisten entspricht (RIS-Justiz RS0008828, RS0008897). § 43 Abs 1 Z 2 DO.B ("Leitungszulage") sieht grundsätzlich vor, dass den bestellten ärztlichen Leitern von Allgemeinen Krankenanstalten und Sonderkrankenanstalten ständige Stellvertreter bestellt werden, welche Anspruch auf eine Leitungszulage haben. Es kann nun dahingestellt bleiben, ob nicht in einer Bestellung eines Oberarztes, welchem im Dienstvertrag eine ständige Vertretung des ärztlichen Leiters der Krankenanstalt überbunden wird, ohnehin auch eine Bestellung zum "ständigen Stellvertreter" gelegen ist, weil dann ein Anspruch auf Leitungszulage begründet würde und diese Personengruppe vom Feststellungsbegehren ja ausdrücklich ausgenommen ist. Umgekehrt ist dem Revisionsgegner dahin beizupflichten, dass die bloß einzelvertragliche, "informelle" Überbindung von Vertretungspflichten eine unzulässige Umgehung darstellen würde, wenn im System grundsätzlich die Bestellung ständiger Stellvertreter mit konkreten gehaltsrechtlichen Folgen vorgesehen ist. Selbst wenn man von einer "ständigen Stellvertretung" ausgehen wollte, würde dies zu keinem anderen Ergebnis führen: Da den Kollektivvertragsparteien grundsätzlich unterstellt werden darf, dass sie eine vernünftige, zweckentsprechende und praktisch durchführbare Regelung treffen sowie einen gerechten Ausgleich der sozialen und wirtschaftlichen Interessen herbeiführen wollten, ist bei mehreren an sich in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten, wenn alle anderen Auslegungsgrundsätze versagen, jener der Vorzug zu geben, die diesen Anforderungen am meisten entspricht (RIS-Justiz RS0008828, RS0008897). Paragraph 43, Absatz eins, Ziffer 2, DO.B ("Leitungszulage") sieht grundsätzlich vor, dass den bestellten ärztlichen Leitern von Allgemeinen Krankenanstalten und Sonderkrankenanstalten ständige Stellvertreter bestellt werden, welche Anspruch auf eine Leitungszulage haben. Es kann nun dahingestellt bleiben, ob nicht in einer Bestellung eines Oberarztes, welchem im Dienstvertrag eine ständige Vertretung des ärztlichen Leiters der Krankenanstalt überbunden wird, ohnehin auch eine

Bestellung zum "ständigen Stellvertreter" gelegen ist, weil dann ein Anspruch auf Leitungszulage begründet würde und diese Personengruppe vom Feststellungsbegehren ja ausdrücklich ausgenommen ist. Umgekehrt ist dem Revisionsgegner dahin beizupflichten, dass die bloß einzelvertragliche, "informelle" Überbindung von Vertretungspflichten eine unzulässige Umgehung darstellen würde, wenn im System grundsätzlich die Bestellung ständiger Stellvertreter mit konkreten gehaltsrechtlichen Folgen vorgesehen ist.

Zusammenfassend ergibt sich daher, dass - sofern nicht Anspruch auf den Bezug einer Leitungszulage nach § 43 DO.B besteht - die Oberärzte mit Vertretungspflichten Anspruch auf eine Verwendungszulage nach § 47 DO.B haben, ohne dass es eines Zurückgreifens auf eine Betriebsübung bedürfte. Zusammenfassend ergibt sich daher, dass - sofern nicht Anspruch auf den Bezug einer Leitungszulage nach Paragraph 43, DO.B besteht - die Oberärzte mit Vertretungspflichten Anspruch auf eine Verwendungszulage nach Paragraph 47, DO.B haben, ohne dass es eines Zurückgreifens auf eine Betriebsübung bedürfte.

Ausgehend von diesen Erwägungen hat die beklagte Partei auch keinen Anspruch darauf, den ihrer Meinung nach zu ihren Lasten undeutlichen abweislichen Teil einer Korrektur zu unterziehen.

Insgesamt war sohin der Revision im Ergebnis ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 Abs 1 ZPO. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraphen 41,, 50 Absatz eins, ZPO.

#### **Anmerkung**

E63412 09B01641

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2001:009OBA00164.01K.1010.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20011010\_OGH0002\_009OBA00164\_01K0000\_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](http://www.jusline.at)