

# TE OGH 2010/5/26 9ObA8/10g

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.05.2010

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hradil und Hon.-Prof. Dr. Kuras sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Rolf Gleißner und Mag. Michael Zawodsky als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Anton G\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Thomas Stampfer, Dr. Christoph Orgler, Rechtsanwälte in Graz, wider die beklagte Partei M\*\*\*\*\*, vertreten durch Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG in Wien, wegen 888,14 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 22. Oktober 2009, GZ 8 Ra 71/09m-17, mit dem infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz als Arbeits- und Sozialgericht vom 18. März 2009, GZ 30 Cga 155/08k-13, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 299,21 EUR (darin enthalten 49,57 EUR an USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Das Dienstverhältnis des seit 1991 bei der ÖBB beschäftigten Klägers ging 2003 aufgrund des Bundesbahnstrukturgesetzes 2003 im Wege des Betriebsübergangs auf die ÖBB Infrastrukturbetrieb AG über. 2006 kam es dann aufgrund eines Zusammenschlussvertrags vom 18. 9. 2006 betreffend den Teilbetrieb „Sicher, Sauberkeit und Service“ zu einem Übergang des Klägers von der ÖBB Infrastrukturbetrieb AG auf die Beklagte.

Im Rahmen seiner Beschäftigung bei der ÖBB bzw der ÖBB Infrastrukturbetrieb AG kam auf das Dienstverhältnis des Klägers der Kollektivvertrag zur Regelung der Arbeitszeit für Mitarbeiter der ÖBB zur Anwendung. Dieser sieht in § 8 (Nachtarbeit) Folgendes vor:

„1. Als Nachtzeitraum gilt die Zeit von 22:00 Uhr und 5:00Uhr.

2. Als Nachtschicht gilt jede Dienstschicht, die mit zumindest zwei Stunden in den Nachtzeitraum fällt. Grundsätzlich dürfen nicht mehr als zwei Nachtschichten aufeinanderfolgen. Im Fahrdienst ist die dritte Nacht als Ruhezeit in der „Heimat“ (am Heimatdienstsitz) vorzusehen.

Im reinen Schichtbetrieb oder bei ausschließlicher Nachtarbeit dürfen nicht mehr als fünf Nachtschichten aufeinanderfolgen.

3. Der tatsächlichen Arbeitszeit im Nachtzeitraum ist ein Nachtfaktor von 0,9 zugrunde zu legen. Das heißt, dass

9/10tel einer Zeiteinheit als ganze Zeiteinheit zu werten ist (zB 54 Minuten tatsächliche Arbeitszeit = 60 Minuten Anrechnung).

Die durch den Nachtfaktor zusätzlich entstehenden Zeitwerte sind bei der Ermittlung und Verteilung der Normalarbeitszeit im Durchrechnungszeitraum zu berücksichtigen, gelten jedoch nicht als tatsächliche Arbeitszeit und sind daher für die Ermittlung der Höchstgrenzen an täglicher und wöchentlicher Arbeitszeit nicht zu berücksichtigen. Durch den Nachtfaktor entstandene Zeitguthaben sind, sofern sie nicht im Durchrechnungszeitraum im Verhältnis 1 : 1 ausgeglichen werden können, im gleichen Ausmaß (1/164tel ohne Überstundenzuschläge) bar auszubezahlen.“

Dem Kläger wurden diese zusätzlich entstandenen Zeitwerte teilweise ausgeglichen und teilweise in bar ausbezahlt. Nach dem Betriebsübergang auf die Beklagte kommt auf das Dienstverhältnis des Klägers der Kollektivvertrag für Wachorgane im Bewachungsgewerbe zur Anwendung, der eine vergleichbare Regelung nicht kennt.

Anlässlich dieser Teilprivatisierung der ÖBB Infrastruktur AG wurde unter anderem zwischen dieser und dem Zentralbetriebsrat am 13. 9. 2006 ein „Sozialplan“ geschlossen, der nach der Präambel der Festlegung und Präzisierung der gesellschafts-, arbeits-, sozial- und dienstrechtlichen Rahmenbedingungen der Abspaltung bzw für einen späteren Verkauf dienen soll. Zuzufolge § 3 lit a Z 2 dieses Sozialplans sollen durch den Übergang der Arbeitsverhältnisse keine Änderungen der „einzelvertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen“ eintreten. Es wurde ausdrücklich festgehalten, dass das jeweils mit den Arbeitnehmern einzelvertraglich vereinbarte Entlohnungssystem (Gehaltsschema nach den AVB der ÖBB, Biennalsprungsystem) ebenso wie der einzelvertraglich vereinbarte Kündigungsschutz weiterhin gelten soll. Auch wurde darin festgehalten, dass den Arbeitnehmern mitzuteilen ist, dass die AVB einschließlich Lohntafel und Kündigungsschutz Bestandteil des Dienstvertrags sind.

So erging dann auch am 22. 9. 2006 ein Mitteilungsschreiben an die betroffenen Mitarbeiter - unter anderem auch den Kläger -, in dem der Betriebsübergang festgehalten wird. Es wird darauf hingewiesen, dass hinsichtlich des Inhalts des „Dienstvertrags“ keine Änderungen eintreten und die AVB der ÖBB weiterhin zur Anwendung gelangen sollen.

Der zwischen der Wirtschaftskammer Österreich und dem Österreichischen Gewerkschaftsbund abgeschlossene Kollektivvertrag über die arbeitsrechtliche Stellung von Arbeitnehmern der Österreichischen Bundesbahnen in Rechtsnachfolgeunternehmen vom 1. 10. 2004 bestimmt in seinem § 2 Abs 1, dass allenfalls anwendbare Kollektivverträge, soweit nichts anderes festgelegt wird, keine Anwendung finden, sondern weiter die einzelvertraglichen Regelungen (AVB) aufrecht bleiben. Für die arbeitszeitrechtlichen Bestimmungen wird jedoch abweichend davon in § 2 Abs 2 dieses KV festgelegt, dass insoweit die maßgeblichen Kollektivverträge auch auf die „ausgelagerten“ früheren ÖBB-Mitarbeiter anzuwenden sind.

Der Kläger hatte vor dem Betriebsübergang auf die Beklagte ein monatliches Bruttoentgelt von 1.688,70 EUR und er hatte es in dieser Höhe auch danach.

Der Kläger begehrt nunmehr 888,14 EUR brutto. Er habe Anspruch auf gesonderte Abgeltung des „Nachtfaktors“. Dies ergebe sich sowohl aus dem Schreiben vom 22. 9. 2006 als auch dem Sozialplan vom 13. 9. 2006 und dem Umstand, dass diese Regelung des Kollektivvertrags entgeltlichen Charakter habe.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens und wendet zusammengefasst ein, dass es sich bei § 8 des früher anzuwendenden Kollektivvertrags nicht um eine entgeltrechtliche, sondern um eine arbeitszeitrechtliche Bestimmung handle und insoweit § 4 Abs 2 AVRAG nicht zur Anwendung gelange. Eine Änderung der arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen sei nicht zustande gekommen. Das dem Kläger gebührende Monatsentgelt sei auch nicht geschmälert worden. Einen einzelvertraglichen Anspruch auf Beibehaltung des „Nachtfaktors“ habe der Kläger nicht. Dieser sei auch nicht durch das Schreiben vom 22. 9. 2006 begründet worden. Ebenso wenig habe die Betriebsvereinbarung einen solchen Anspruch festgelegt.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es ging zusammengefasst rechtlich davon aus, dass es sich bei der Regelung des Nachtfaktors im § 8 des früher anzuwendenden Kollektivvertrags um eine rein arbeitszeitrechtliche Bestimmung handle, sodass auch § 4 Abs 2 AVRAG über die Beibehaltung des kollektivvertraglichen Mindestentgelts bei Kollektivvertragswechsel infolge Betriebsüberganges nicht zur Anwendung gelange. § 8 des Kollektivvertrags regle im Wesentlichen eine Frage der Lage der Arbeitszeit während der Nacht. Auch insgesamt befasse sich der Kollektivvertrag mit arbeitszeitrechtlichen Regelungen und nicht mit Leistungsentgelten. Der „Nachtfaktor“ sei aber auch nicht Inhalt des Einzelvertrags geworden. Er sei durch den Sozialplan vom 13. 9. 2006 nicht geschützt. Im Übrigen

sei auch eine Grundlage für den Abschluss des „Sozialplans“ als echte Betriebsvereinbarung nicht ersichtlich. Dem Entstehen eines Anspruchs auf Basis einer betrieblichen Übung stehe es schon entgegen, dass der Nachtfaktor auf Grundlage des § 8 des Kollektivvertrags gewährt worden sei.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers nicht Folge. Es ging davon aus, dass die Rechtsgrundlage für den früher gewährten „Nachtfaktor“ nicht eine einzelvertragliche Vereinbarung, sondern § 8 des Kollektivvertrags gewesen sei. Der Kläger beziehe nach dem Betriebsübergang das gleiche Monatsentgelt nach den AVB wie davor. Dieses Monatsentgelt bestehe aus dem Gehalt sowie allfälligen Zulagen (Dienstzulage, Funktionspauschale und Kinderzulage). Die Gehaltsgruppe ergebe sich aus der jeweiligen Verwendung.

Eine einzelvertragliche Vereinbarung des „Nachtfaktors“ sei nicht erfolgt. Auch das Schreiben vom 22. 9. 2006 weise nur auf den Inhalt des Dienstvertrags hin. Der Sozialplan halte nur fest, dass keine Änderungen der einzelvertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen eintreten sollen.

§ 4 Abs 2 AVRAG lege fest, dass das für die regelmäßige Arbeitsleistung in der Normalarbeitszeit gebührende kollektivvertragliche Entgelt durch den Betriebsübergang nicht geschmälert werden dürfe. Nach der Regierungsvorlage gehe es um ein „statisches Festschreiben“ dieses Entgelts, das einzelvertraglich gebühre und nur greife, wenn der nach dem Betriebsübergang anzuwendende Kollektivvertrag nicht ohnehin ein höheres Entgelt vorsehe.

Den Schutz des § 4 Abs 2 erster Satz AVRAG könne der Kläger nicht für sich in Anspruch nehmen, weil es sich hier nicht um ein für die Normalarbeitszeit gebührendes kollektivvertragliches Entgelt handle, sondern um eine arbeitszeitrechtliche Regelung. Beziehe sie sich doch spezifisch auf die Nachtarbeit und privilegiere diese dadurch, dass kürzer zu arbeiten sei. Dieses Zeitguthaben sei grundsätzlich 1 : 1 auszugleichen. Auch sonst werde die arbeitszeitrechtliche Beurteilung dieser Zeitguthaben, etwa hinsichtlich der Höchstarbeitszeit, behandelt. Dass es sich nicht um eine entgeltrechtliche, sondern um eine arbeitszeitrechtliche Regelung handle, ergebe sich im Übrigen auch aus dem Kollektivvertrag über die arbeitsrechtliche Stellung der Arbeitnehmer der Österreichischen Bundesbahnen in Rechtsnachfolgeunternehmen, da danach nur die arbeitszeitrechtlichen Bestimmungen in Kollektivverträgen auf die Arbeitnehmer anzuwenden seien.

Die ordentliche Revision erachtete das Berufungsgericht als zulässig, da eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Auslegung des § 4 Abs 2 AVRAG im Zusammenhang mit der hier maßgeblichen kollektivvertraglichen Bestimmung über den „Nachtfaktor“ nicht vorliege und diese Frage im Hinblick auf die zahlreichen vorgenommenen Ausgliederungen von Teilbetrieben der ÖBB von allgemeiner Bedeutung sei.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die gegen dieses Urteil erhobene Revision des Klägers ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig, aber nicht berechtigt. Die dargestellte rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts ist zutreffend, sodass insoweit auf diese verwiesen werden kann (§ 510 Abs 3 ZPO).

Lediglich ergänzend ist den Argumenten der Revision des Klägers Folgendes entgegenzuhalten:

1. § 4 Abs 2 erster Satz AVRAG lautet wie folgt:

„Durch den Wechsel der Kollektivvertragsangehörigkeit infolge des Betriebsübergangs darf das dem Arbeitnehmer vor Betriebsübergang für die regelmäßige Arbeitsleistung in der Normalarbeitszeit gebührende kollektivvertragliche Entgelt nicht geschmälert werden.“

Nach der Regierungsvorlage zum AVRAG (RV Blg 1077, 18. GP, 12) soll es zu einem „statischen Festschreiben des dem Arbeitnehmer vor Betriebsübergang gebührenden Kollektivvertragsentgelts“ kommen. Das Ergebnis der Anwendung des § 4 Abs 2 AVRAG soll auf einzelvertraglicher Basis eine „Überzahlung“ oder ein „Istlohn“ gegenüber dem nunmehr neu anzuwendenden Kollektivvertrag sein (RIS-Justiz RS0075241 mzwN). Im Wesentlichen wird davon ausgegangen, dass es darum geht, die im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehende Entgeltsdifferenz zwischen den Kollektivverträgen zu sichern (RIS-Justiz RS0075241 [T2]).

2. Der Tenor der Ausführungen der Revision des Klägers liegt darin, dass eine Veränderung der Arbeitsleistung im Rahmen des „Synallagmas“ zwischen Arbeitsleistung und „Entgelt“ auch „entgeltrechtlichen“ Charakter haben müsse.

3.1. Genau dieser Grundgedanke lässt sich aber § 4 Abs 2 erster Satz AVRAG nicht entnehmen. Liegt es doch allgemein im Wesen des Arbeitsvertrags, dass bei diesem Vertragstypus sowohl Entgelt als auch Arbeitsleistung nicht präzise

festgelegt werden müssen, sondern jeweils auf das „angemessene“ Entgelt und die „angemessenen“ bzw. „ortsüblichen“ Leistungen abgestellt wird (§ 6 AngG, aber auch §§ 1153, 1154 ABGB). Das Gesetz legt für den Fall der mangelnden vertraglichen Konkretisierung eine Festlegung durch „Angemessenheit“ fest (vgl allerdings zum Ausmaß der Arbeitszeit auch § 19d Abs 1 AZG).

3.2. Sowohl auf der „Entgeltseite“ als auch auf der Seite der zu leistenden „Dienste“ wirken auf dieses Arbeitsverhältnis vor allem die Kollektivverträge „normativ“ ein. Sie legen regelmäßig zum Schutz der Arbeitnehmer „Mindeststandards“ fest. Diese Mindeststandards können sich durch einen Kollektivvertragswechsel ändern.

3.3. Die Regelung des § 4 Abs 2 erster Satz AVRAG erfasst nur Bestimmungen hinsichtlich des „Entgelts“ und auch nur soweit es im früher anzuwendenden Kollektivvertrag für die regelmäßige Arbeitsleistung in der „Normalarbeitszeit“ festgelegt war.

Unter „Entgelt“ wird regelmäßig jede Leistung, die der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber dafür bekommt, dass er ihm seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, verstanden (RIS-Justiz RS0027975; RS0030847). Daher sind die dafür zu erbringenden Arbeitsleistungen von § 4 Abs 2 erster Satz AVRAG grundsätzlich nicht erfasst.

3.4. Dass durch den Kollektivvertragswechsel etwa durch die Veränderungen der zu erbringenden Arbeitsleistungen deutliche Verschlechterungen eintreten können und dies vom Gesetzgeber auch bewusst in Kauf genommen wurde, ergibt sich schon aus der Bestimmung des § 3 Abs 5 AVRAG. Diese räumt ja dem Arbeitnehmer unter anderem für den Fall, dass durch den Kollektivvertragswechsel wesentliche Verschlechterungen eintreten, ein besonderes Auflösungsrecht ein.

3.5. Dadurch dass der Gesetzgeber aber ausdrücklich nur auf das „Entgelt“ abgestellt hat, hat er im Ergebnis klar zum Ausdruck gebracht, dass es ihm nicht um das Festhalten des nach dem alten Kollektivvertrag bestehenden „Synallagmas“ zwischen Entgelt und Arbeitsleistung geht, sondern nur um das Festhalten eines Schutzes des Arbeitnehmers vor einer Minderung des Entgelts für die in der „Normalarbeitszeit“ zu erbringende Arbeitsleistung.

4.1. Was unter dem vor Betriebsübergang für die regelmäßige Arbeitsleistung in der „Normalarbeitszeit“ gebührenden kollektivvertraglichen Entgelt zu verstehen ist, ist teilweise unklar (zur Frage der Änderung des Ausmaßes der Normalarbeitszeit Binder, Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz, § 4 Rz 19; Gahleitner/Leitsmüller, Umstrukturierung, Rz 258; Schrank, ecoloX 2000, 664; Holzer/Reissner, Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz, 225). Der Begriff „Normalarbeitszeit“ findet sich im Arbeitszeitgesetz, allerdings zumeist in der Funktion einer Grenze (§ 3 AZG). Die konkrete Festlegung des Ausmaßes „Normalarbeitszeit“ wird aber jedenfalls auch den Kollektivvertragsparteien zugeordnet (vgl etwa § 19d Abs 1 AZG; Grillberger, AZG, 28; ähnlich Schrank, Arbeitszeitgesetz Band 1, 86 f, der auch vom Gebot der vertraglichen Festlegung ausgeht). Unter „Normalarbeitszeit“ wird dabei der im

Vollarbeitsverhältnis zu leistende und zu bezahlende Normalfall verstanden (Klein in Cerny/Heilegger/Klein/Schwarz, 164). § 4 Abs 2 erster Satz AVRAG sichert insoweit den Arbeitnehmern das Entgelt, mit dem sie nach dem früheren Kollektivvertrag gesichert rechnen konnten.

4.2. Hier hat nun der früher anzuwendende Kollektivvertrag den Arbeitnehmern für die Nachtarbeit kein zusätzliches Entgelt zugesichert, mit dem sie rechnen konnten, sondern nur eine Verringerung der Arbeitspflicht. Der Kläger kann aber für die zu erbringende Arbeit in der „Normalarbeitszeit“, auf deren Entlohnung er gesichert Anspruch hat, kein höheres Entgelt verlangen, als ihm davor zugestanden ist.

5.1. Dass Veränderungen im arbeitszeitrechtlichen Bereich - mögen diese bei der Abrechnung auch entgeltrechtliche Konsequenzen haben - nicht als „entgeltrechtliche Regelungen“ einzustufen sind, geht auch schon aus der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage der Ersatzruhe hervor. Wurde doch die Gewährung einer Ersatzruhe für Nachtdienste nicht als „zusätzliches“ Entgelt für die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft qualifiziert, sondern als Frage der Verteilung der Arbeitszeit (RIS-Justiz RS0052257).

5.2. Weiters hat der erkennende Senat erst jüngst festgehalten, dass etwa die Änderung der arbeitszeitrechtlichen Bedingungen dahin, dass die Essensaufnahme als Pausenzeit aus der Arbeitszeit herauszurechnen ist, während diese davor im Rahmen der Arbeitszeit erfolgen konnte, keine entgeltrechtliche Regelung darstellt (9 ObA 121/08x).

6. Jedenfalls hier, wo es nur um eine Frage der Gestaltung der Arbeitszeit und deren Ausmaßes innerhalb der Normalarbeitszeit geht, kann sich der Kläger nicht auf den entgeltbezogenen Schutz des § 4 Abs 2 erster Satz AVRAG berufen.

Insgesamt war daher der Revision des Klägers nicht Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 2 ASGG, 50 und 41 ZPO.

**Schlagworte**

11 Arbeitsrechtssachen,

**Textnummer**

E94229

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2010:009OBA00008.10G.0526.000

**Im RIS seit**

17.07.2010

**Zuletzt aktualisiert am**

30.09.2011

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)