

# TE OGH 2017/12/20 100bS104/17t

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.12.2017

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Univ.-Prof. Dr. Neumayr als Vorsitzenden, die Hofräte Dr. Schramm und Mag. Ziegelbauer sowie die fachkundigen Laienrichter KAD Dr. Lukas Stärker (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und ADir. Gabriele Svirak (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Sozialrechtssache der klagenden Partei L\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Herwig Ernst, Rechtsanwalt in Korneuburg, gegen die beklagte Partei Pensionsversicherungsanstalt, 1021 Wien, Friedrich-Hillegeist-Straße 1, vertreten durch Dr. Josef Milchram, Dr. Anton Ehm und Mag. Thomas Mödlagl, Rechtsanwälte in Wien, wegen Feststellung von Schwerarbeitszeiten, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 30. Mai 2017, GZ 8 Rs 104/16x-8, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts Korneuburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 2. Mai 2016, GZ 34 Cgs 68/16a-4, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben. Die Sozialrechtssache wird zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Strittig ist im Revisionsverfahren nur die Frage, ob die vom Kläger verrichtete Tätigkeit Schwerarbeit im Sinn des § 1 Abs 1 Z 1 der Verordnung der Bundesministerin für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz über besonders belastende Berufstätigkeiten, BGBl II 2006/104 (SchwerarbeitsV), ist.

Der 1958 geborene Kläger ist seit 1. 5. 1993 im Tierspital im Bereich einer Universitätsklinik als Tierkrankenpfleger beschäftigt. Der Kläger verrichtet seine Arbeit nach einem Dienstplan, der vorsieht, dass er einen „24/48 Stunden Schicht-/Wechseldienst“ zu erbringen hat. Der Dienst beginnt um 6:30 Uhr früh und dauert bis zum nächsten Tag um 6:30 Uhr morgens. Danach wird der Kläger von einem Kollegen abgelöst und hat 48 Stunden frei. Er beginnt dann wieder – unstrittig um 6:30 Uhr morgens – einen 24-Stunden-Dienst. Durchschnittlich leistet der Kläger zehn solcher Dienste im Monat, während derer auch nachts, von 22:00 Uhr bis 6:00 Uhr im Ausmaß von 8 Stunden, Arbeit verrichtet wird. Die Dienste des Klägers enthalten keine Zeiten der Arbeits- oder Rufbereitschaft.

Mit Bescheid vom 26. 2. 2016 stellte die beklagte Pensionsversicherungsanstalt infolge des Antrags des Klägers vom

9. 12. 2015 488 Beitragsmonate der Pflichtversicherung (Erwerbstätigkeit) und 12 Ersatzmonate, daher gesamt 500 Versicherungsmonate an Versicherungszeiten fest, die im Verfahren nicht weiter strittig sind. Sie sprach darüber hinaus aus, dass die Anerkennung von Schwerarbeitszeiten im Zeitraum vom 1. 12. 1998 bis 29. 2. 2016 abgelehnt werde.

Der Kläger begehrt die Feststellung der Versicherungszeiten vom 1. 12. 1998 bis 29. 2. 2016 als Schwerarbeitszeiten gemäß § 1 Abs 1 Z 1 und Z 4 SchwerarbeitsV. Er habe im Schichtdienst und dabei auch über Nacht gearbeitet. Ein unregelmäßiger Nachtdienst sei nicht erforderlich, das Gesetz spreche von Schicht- oder Wechseldienst. Bei einem Wechseldienst sei ein abwechselnder Dienst am Tag und in der Nacht gefordert, nicht aber bei einem Schichtdienst. Dessen ungeachtet habe der Kläger untermittags und nachts gearbeitet. Der Kläger habe auch Schwerarbeit im Sinn der Überschreitung des durch die SchwerarbeitsV geregelten Arbeitskilokalorienverbrauchs geleistet.

Die Beklagte wande dagegen ein, dass keine unregelmäßige Nachtarbeit und damit keine Schwerarbeit im Sinn des § 1 Abs 1 Z 1 SchwerarbeitsV vorliege.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt und bejahte das Vorliegen von Schwerarbeit im Sinn des § 1 Abs 1 Z 1 SchwerarbeitsV.

Das Berufungsgericht gab der von der Beklagten gegen dieses Urteil erhobenen Berufung nicht Folge. Das entscheidende Belastungskriterium in § 1 Abs 1 Z 1 SchwerarbeitsV sei die Verrichtung von Tag- und Nachtdiensten im Wechsel. Es mache keinen Unterschied, ob zwischen Tages- und Nachtarbeit eine Pause liege oder nicht. Die vom Kläger geleisteten Dienste seien Schichtdienste, die aus einem Tagdienst und einem unmittelbar daran anschließenden Nachtdienst bestehen; es liege also keine reine Nachtarbeit vor. Der Wortlaut des § 1 Abs 1 Z 1 SchwerarbeitsV stehe einer Anwendung auf 24-Stunden-Dienste nicht entgegen. Es wäre nicht erklärlich, warum die Formulierung „Schicht- oder Wechseldienst“ in § 1 Abs 1 Z 1 SchwerarbeitsV gewählt worden sei, wenn ausschließlich wechselnde Schichtdienste von der Bestimmung erfasst sein sollten.

Die Revision an den Obersten Gerichtshof sei zulässig, weil keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage vorliege, ob Dienste, wie sie vom Kläger geleistet wurden, als Schwerarbeit im Sinn des § 1 Abs 1 Z 1 SchwerarbeitsV zu qualifizieren seien.

Gegen dieses Urteil richtet sich die vom Kläger beantwortete Revision der Beklagten, mit der sie die Abweisung der Klage anstrebt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig und im Sinn des hilfsweise gestellten Aufhebungsantrags berechtigt.

Die Revisionswerberin führt zusammengefasst aus, dass der Kläger zwar Schichtdienst verrichte. Dieser sei jedoch regelmäßig, sodass der Kläger insbesondere keine unregelmäßigen Nachtdienste verrichte. Ein 24-Stunden-Dienst sei als ein Dienst zu behandeln, er könne nicht in einen „Tag-Nacht-Tag“-Dienst aufgespalten werden, weshalb kein Wechsel von Tagdienst zu Nachtdienst vorliege. Auch ein Nachtdienst lasse sich nach der Rechtsprechung nicht auf zwei Kalendertage „aufspalten“.

Dazu wurde erwogen:

1. § 1 SchwerarbeitsV trägt die Überschrift „Besonders belastende Berufstätigkeiten“. § 1 Abs 1 Z 1 SchwerarbeitsV lautet:

„§ 1 (1) Als Tätigkeiten, die unter körperlich oder psychisch besonders belastenden Bedingungen erbracht werden, gelten alle Tätigkeiten, die geleistet werden

1. in Schicht- oder Wechseldienst auch während der Nacht (unregelmäßige Nachtarbeit), das heißt zwischen 22 Uhr und 6 Uhr, jeweils im Ausmaß von mindestens sechs Stunden und zumindest an sechs Arbeitstagen im Kalendermonat, sofern nicht in diese Arbeitszeit überwiegend Arbeitsbereitschaft fällt, ...“

2.1 In der Rechtsprechung wurde zu dieser Bestimmung bereits entschieden, dass reine Nachtarbeit nicht als Belastungsmoment in die Schwerarbeitsverordnung Eingang gefunden hat. Es muss vom Versicherten vielmehr ein Schicht- oder Wechseldienst erbracht werden, das heißt, es muss vor, danach oder zwischen den sechs Nachtdiensten

pro Monat zumindest ein Wechsel zu einem Tagdienst stattfinden. Wesentliches Wesensmerkmal dieses Tatbestands der Schwerkriegsverordnung ist somit der notwendige Wechsel zwischen Tag- und Nachtdienst (10 ObS 103/10k, SSV-NF 24/58; 10 ObS 39/17h).

2.2 § 1 Abs 1 Z 1 Schwerkriegsverordnung stellt auf „einzelne“ Schichtdienste bzw Nachtdienste ab. Schon von ihrem Wortlaut her lässt diese Bestimmung eine Teilung in den Dienst vor Mitternacht und den Dienst nach Mitternacht nicht zu, auch wenn denkbarer Weise die beiden Teile jeweils mindestens sechs Stunden umfassen könnten. Eine Nachtschicht, welche den Zeitraum zwischen 22:00 Uhr und 6:00 Uhr umfasst, ist daher als ein Arbeitstag zu werten (10 ObS 118/15y).

2.3 § 1 Abs 1 Z 1 Schwerkriegsverordnung stellt nicht auf die nach § 4 Schwerkriegsverordnung erforderliche Anzahl von Schwerkriegstagen ab, sondern auf das Vorliegen von lediglich sechs Arbeitstagen im Kalendermonat, an denen unregelmäßige Nachtarbeit geleistet wurde (10 ObS 23/16d; 10 ObS 39/17h).

3. Im Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass mit dieser Bestimmung ua das Krankenpflegepersonal aufgefangen werden sollte, das mangels reinem Nachtdienst grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des Nachtschwerkriegsgesetzes fällt (Milisits, Schwerkriegsverordnung – Ein Leitfaden für die Praxis [2007], 22). Unter „Schicht- und Wechseldienst“ sei die Einbindung in einen periodischen Wechseldienst (Schichtplan) zu verstehen. Die Verordnung berücksichtige nur Nachtarbeit im Wechsel zwischen Tag- und Nachtarbeit als besonders belastende Tätigkeit (Teschner/Widlar/Pöltner, MGA-ASVG, [108. ErgLfg], Schwerkriegsverordnung Anm 3; Rainer/Pöltner in SV-Komm [166. Lfg] § 4 APG Rz 136). Vor, nach oder zwischen den sechs Nachtdiensten pro Monat müsse zumindest einmal ein Wechsel in den Tagdienst stattfinden (Milisits, Schwerkriegsverordnung 22; Sonntag in Sonntag, ASVG § 607 Rz 13c, der die Bedeutung des Kriteriums „Nacht“ im Sinn des § 1 Abs 1 Z 1 Schwerkriegsverordnung betont). Werde ausschließlich in der Nacht gearbeitet, liege aber auch bei unterschiedlicher zeitlicher Lagerung einzelner Nachtschichten keine Schwerkrieg nach dieser Bestimmung vor (Beantwortung der Frage 10 im Fragen-Antworten-Katalog Schwerkriegsverordnung der Krankenversicherungsträger akkordiert mit dem BM für Soziales und Konsumentenschutz und der Pensionsversicherungsanstalt).

4. Dem Argument des Berufungsgerichts, es finde im vorliegenden Fall einer 24-Stunden-Schicht ein Wechsel zwischen Tages- zu Nachtarbeit innerhalb eines Dienstes statt, ist daher vor allem entgegenzuhalten, dass § 1 Abs 1 Z 1 Schwerkriegsverordnung auf „einzelne“ Dienste abstellt und der Wortlaut der Bestimmung eine Teilung eines Dienstes in verschiedene Teile nicht zulässt (10 ObS 118/15y). Die besonders belastenden Arbeitsbedingungen liegen im Sinn des § 1 Abs 1 Z 1 Schwerkriegsverordnung in der unregelmäßigen Nachtarbeit im Rahmen eines Schicht- oder Wechseldienstes, die notwendigerweise einen Wechsel von einzelnen Tag- und Nachtdiensten voraussetzt (10 ObS 103/10k). An einem solchen Wechsel einzelner Dienste im Rahmen eines Schichtplans fehlt es im Fall des Klägers, weil dessen Dienste immer am Tag (zu gleicher Zeit) beginnen. Der Umstand allein, dass diese 24 Stunden dauern, wird von § 1 Abs 1 Z 1 Schwerkriegsverordnung ebenso wenig als besonders belastender Umstand berücksichtigt, wie reine Nachtarbeit, die vom Kläger überdies nicht unregelmäßig, sondern in jedem seiner Dienste erbracht wird.

5.1 Der Wortfolge „Schicht- oder Wechseldienst“ in § 1 Abs 1 Z 1 Schwerkriegsverordnung kommt nicht die Bedeutung zu, die ihr von den Vorinstanzen beigelegt wurde. Dieses Begriffspaar ist vom Gesetzgeber bereits in der Stammfassung des § 48 Abs 4 BDG 1979, BGBl 1979/333, definiert worden. § 48 BDG 1979 regelt den Dienstplan. § 48 Abs 4 BDG 1979 lautet, seit der Stammfassung unverändert, auszugsweise:

„(4) Bei Schicht- oder Wechseldienst ist ein Schicht- oder Wechseldienstplan zu erstellen. ... Schichtdienst ist jene Form der Dienstzeit, bei der aus organisatorischen Gründen an einer Arbeitsstätte der Dienstbetrieb über die Zeit des Normaldienstplanes hinaus aufrechterhalten werden muss und ein Beamter den anderen ohne wesentliche zeitmäßige Überschneidung an der Arbeitsstätte ablöst. Bei wesentlichen zeitmäßigen Überschneidungen liegt Wechseldienst vor.“

5.2 In den Gesetzesmaterialien zur Stammfassung des BDG 1979 wird dazu ausgeführt, dass mit § 48 Abs 4 BDG 1979 eine dem bisherigen Recht mangelnde Klarstellung der Begriffe „Schichtdienst“ und „Wechseldienst“ erreicht werden soll (ErläutRV 11 BlgNR 15. GP 88).

5.3 Schichtdienst ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs jene Form der Dienstzeit, bei der aus organisatorischen Gründen an einer Arbeitsstätte der Dienstbetrieb über die Zeit des Normaldienstplans hinaus aufrecht erhalten werden muss und ein Beamter den anderen ohne wesentliche zeitliche Überschneidung an der

Arbeitsstätte ablöst. Für das Vorliegen des Schichtdienstes sind daher kumulativ die Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs über die Zeit des Normaldienstplans hinaus und die Ablöse eines Beamten durch einen anderen (ohne wesentliche zeitmäßige Überschneidung) erforderlich (VwGH 2009/12/0207). Der Wechseldienst unterscheidet sich vom Schichtdienst nur durch das Ausmaß der zeitlichen Überlappung des Dienstes des früher diensthabenden Beamten mit dem des ihn ablösenden Beamten (VwGH 94/12/0299).

5.4 Auch nach § 4a AZG ist unter Schichtarbeit (mehrschichtige Arbeitsweise) eine Arbeitszeiteinteilung zu verstehen, bei der an einem oder mehreren Arbeitsplätzen innerhalb eines Tages verschiedene Arbeitnehmer in zeitlicher Aufeinanderfolge ihre Tagesarbeitszeit absolvieren (4 Ob 66/83 = DRdA 1984, 160; RIS-Justiz RS0051396; Grillberger in Grillberger, AZG<sup>3</sup> [2011], § 4a Rz 1 mwH; Klein in Heilegger/Klein, AZG4 [2016], § 4a Rz 39). Ein Schichtwechsel im Sinn des § 4a Abs 3 AZG liegt vor, wenn sich die Lage der Schicht nach dem Schichtplan ändert (Grillberger, AZG<sup>3</sup> § 4a Rz 16; Klein, AZG4 § 4a Rz 42).

5.5 Legt man insbesondere die Rechtsklarheit anstrebende Präzisierung des Gesetzgebers in § 48 Abs 4 BDG 1979 und die dazu ergangene Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs dem Verständnis des in § 1 Abs 1 Z 1 SchwerarbeitsV ident gebrauchten Begriffspaares „Schicht- oder Wechseldienst“ zugrunde, ist erkennbar, dass der Unterschied zwischen beiden Begriffen lediglich in der zeitlichen Überlappung des Dienstes des ablösenden Arbeitnehmers mit jenem des Abgelösten liegt. Daraus ergibt sich, dass für die besondere Belastung der Tätigkeit im Sinn des § 1 Abs 1 Z 1 SchwerarbeitsV nicht allein maßgeblich ist, ob die Arbeit im Schicht- oder Wechseldienst erbracht wird, weil es für die Frage der Schwerarbeit nach dem Wortlaut dieser Bestimmung nicht auf den Zeitpunkt der Ablösung eines Schichtdienst leistenden Dienstnehmers durch einen anderen ankommt. Schwerarbeit liegt vielmehr nur bei Ausübung unregelmäßiger Nachtarbeit im Sinn dieser Bestimmung vor, wofür wie ausgeführt der Wechsel einzelner Tages- und Nachtdienste im Rahmen des Schicht- oder Wechseldienstes erforderlich ist.

6. Ausgehend davon ist die Tätigkeit des Klägers nicht als Schwerarbeit im Sinn des § 1 Abs 1 Z 1 Schwerarbeit zu qualifizieren. Dies führt aber im vorliegenden Fall nicht zur Abweisung der Klage, weil der Kläger sein Feststellungsbegehren auch auf den Tatbestand der Schwerarbeit im Sinn des § 1 Abs 1 Z 4 SchwerarbeitsV gestützt hat. Das Erstgericht hat – ausgehend von seiner den Parteien in der mündlichen Verhandlung mitgeteilten Absicht, das Verfahren „zu teilen“ und zunächst nur über Schwerarbeitszeiten nach § 1 Abs 1 Z 1 SchwerarbeitsV zu entscheiden – zu diesem Vorbringen noch kein Beweisverfahren durchgeführt und auch keine Feststellungen getroffen. Der in erster Instanz obsiegende Kläger war nicht verpflichtet, diese (rechtlichen) Feststellungsmängel in der Berufungsbeantwortung zu rügen (RIS-Justiz RS0042740 [T37]; 1 Ob 124/01v).

Es war daher der Revision Folge zu geben und die Rechtssache zur ergänzenden Erörterung und neuerlichen Entscheidung über die Frage, ob der Kläger Schwerarbeitszeiten gemäß § 1 Abs 1 Z 4 SchwerarbeitsV erworben hat, an das Erstgericht zurückzuverweisen.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 2 ASGG iVm § 52 ZPO.

**Textnummer**

E120464

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2017:010OBS00104.17T.1220.000

**Im RIS seit**

29.01.2018

**Zuletzt aktualisiert am**

08.08.2019

**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)