

# TE OGH 2018/10/24 8ObA60/17g

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 24.10.2018

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden, die Hofräätinnen Dr. Tarmann-Prentner und Mag. Korn als weitere Richter sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Johannes Pflug (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Mag. Andrea Komar (aus dem Kreis der Arbeitnehmer)24. Oktober 2018in der Arbeitsrechtssache der klagenden Parteien 1. K\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\*, 2. G\*\*\*\*\* O\*\*\*\*\*, 3. N\*\*\*\*\* L\*\*\*\*\*, alle vertreten durch Korn & Gärtner Rechtsanwälte OG in Salzburg, gegen die beklagte Partei ÖBB-\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Feststellung, über die Revision der klagenden Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 24. Oktober 2017, GZ 11 Ra 53/17v-47, mit dem das Urteil des Landesgerichts Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 14. Juni 2017, GZ 16 Cga 174/13f-43, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts wird dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichts einschließlich der Kostenentscheidung wiederhergestellt wird.

Die beklagte Partei ist schuldig, den klagenden Parteien die mit 3.875,11 EUR bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin 645,85 EUR USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Kläger sind bei der Beklagten als Triebfahrzeugführer im wechselschichtigen Turnusdienst beschäftigt. Alle sind bzw waren Mitglieder oder Ersatzmitglieder des Betriebsrats. Auf ihre Dienstverhältnisse sind die „Allgemeinen Vertragsbedingungen für Dienstverträge bei den Österreichischen Bundesbahnen“ (AVB) in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden.

Bis zum 31. 12. 2004 gewährten die AVB allen Bediensteten, die während des gesamten dem laufenden Urlaubsjahr vorangegangenen Urlaubsjahres im Lokomtiv-, Zugbegleit-, Kraftwagenfahr-, Seilbahn- oder Verschubdienst im Schichtdienst beschäftigt waren, über das reguläre Urlaubsmaß hinaus zusätzlich 8 Urlaubstage als „Turnusurlaubszuschlag“.

Diese Regelung wurde mit Wirksamkeit ab 1. 1. 2005 durch § 17 Punkt 4 Z 8b AVB über den „Zusatzurlaub bei Nachtarbeit“ ersetzt, der eine Kürzung und Staffelung des bisherigen Zusatzurlaubs mit sich brachte. Aufgrund dieser Änderung gebührte ÖBB-Angestellten für jedes Urlaubsjahr, in dem sie mindestens 21 bis 30 mal in der Zeit zwischen

22:00 Uhr und 05:00 Uhr mindestens 3 Stunden zur Arbeitsleistung herangezogen wurden (Nachteinsatz) Zusatzurlaub im Ausmaß von 3 Werktagen, bei 31 bis 40 Nachteinsätzen betrug der Zusatzurlaub 4 Werkstage, bei 41 bis 50 Nachteinsätzen 5 und bei mehr als 50 Nachteinsätzen 6 Werkstage.

Auf Grundlage einer im Rahmen des Gehaltsabkommens 2012 zwischen dem Vorstand der ÖBB-Holding AG und der Konzernvertretung abgeschlossenen Vereinbarung über Maßnahmen zur Reduktion der Arbeitszeit wurden die AVB mit Wirksamkeit ab 1. Jänner 2013 dahin geändert, dass die Bestimmungen des Punktes 8b über den „Zusatzurlaub bei Nachtarbeit“ für jene Mitarbeiter (darunter die Kläger) außer Kraft trat, auf die der Kollektivvertrag zur Regelung der Arbeitszeit für Mitarbeiter der ÖBB in der ab 1. 1. 2013 geltenden Fassung Anwendung zu finden hatte.

Im Kollektivvertrag wurde die Zeitgutschrift (Nachtfaktor) für Nachtarbeitsstunden je Stunde um 6 Minuten erhöht. Diese Zeitguthaben können auch noch im darauffolgenden Durchrechnungszeitraum ausgeglichen werden, was durch zeitliche Verkürzung der Schichten erfolgt.

Die Kläger begehrten zuletzt, die Beklagte schuldig zu erkennen, ihnen für die Jahre 2013 bis 2015 Zusatzurlaub für Nachtarbeit in dem in § 17 Punkt 4 Z 8b AVB geregelten, im Einzelnen dargelegten Umfang zu gewähren.

Die Änderung der AVB bewirke durch die gänzliche Streichung des Zusatzurlaubs einen gravierend verschlechternden und daher einseitig unzulässigen Eingriff in die arbeitsvertraglichen Ansprüche der Kläger. Im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung dürfe nicht übersehen werden, dass sich bereits die Änderung der AVB 2005 mit der Streichung des Turnusurlaubszuschlags für die betroffenen Dienstnehmer erheblich nachteilig ausgewirkt habe. Auch wenn nun die Gesamtarbeitszeit verkürzt worden sei, fehle doch jeglicher spürbare Ausgleich für die mit der Nachtarbeit verbundene besondere Belastung. Auf die Gruppe der Triebfahrzeugführer wirke sich die scheinbare Gleichbehandlung aller Mitarbeiter in Wahrheit ganz anders aus. Sie würden überproportional benachteiligt, weil sie zwingend betriebsbedingte Pausen einzuhalten hätten, auf die der „Nachtfaktor“ nicht angerechnet werde.

Die Beklagte wandte ein, die strittige Änderung der AVB sei im Einvernehmen mit dem Konzernbetriebsrat zustandegekommen und ordnungsgemäß, unter anderem im Intranet, kundgemacht worden. Es berücksichtige die Belegschaftsinteressen in angemessener Weise, zumal die Durchführung des Gehaltsabkommens für die Arbeitgeberseite insgesamt mit erheblichen Mehrkosten verbunden sei.

Das Ziel der Verhandlungen sei gewesen, die zeitliche Beanspruchung der Dienstnehmer insgesamt zu reduzieren. Dazu seien die kollektivvertragliche Normalarbeitszeit von 40 auf 38,5 Stunden pro Woche herabgesetzt und der Nachtzeitraum von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr (vorher 05:00 Uhr) ausgedehnt worden. Wegen des von 0,9 auf 0,8 veränderten Nachtfaktors würden nun für jeweils 48 Minuten tatsächlicher Arbeitszeit innerhalb des Nachtzeitraums 60 Minuten angerechnet. Die Neuregelung sei deutlich fairer als der gestaffelte Zusatzurlaubsanspruch, für den nur Nachtdienste von mindestens 3 Stunden Dauer gezählt hätten, wogegen nun der erhöhte Nachtfaktor jede Arbeitsleistung in der Nacht aufwerte. Mit der Streichung des Zusatzurlaubs sei ein Sonderrecht der AVB-Mitarbeiter abgeschafft worden, das immer wieder zu Diskussionen in der Öffentlichkeit und zu Beanstandungen in Rechnungshofberichten geführt habe.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren im zweiten Rechtsgang teilweise statt und erkannte den Klägern für die Jahre 2013, 2014 und 2015 jeweils Zusatzurlaub bei Nachtarbeit im Sinne des Punktes 8b der Urlaubsdienstanweisung, enthalten in § 17 AVB idF vom Jänner 2006 zu. Ein auf weitere Urlaubstage bzw Stundengutschriften gerichtetes Mehrbegehren wurde unangefochten abgewiesen.

Die AVB seien zu Lasten der Kläger verschlechternd verändert worden. Die Beklagte habe keine wichtigen Gründe darlegen können, die den Eingriff als innerhalb des Ermessensspielraums liegend rechtfertigen könnten.

Das Berufungsgericht gab dem Rechtsmittel der Beklagten Folge und wies das Klagebegehren zur Gänze ab.

Es treffe zu, dass die strittige Neuregelung unter Abwägung aller Vor- und Nachteile insgesamt einen verschlechternden Eingriff in die vertraglichen Rechte der Kläger darstelle, weil die Zeitguthaben nach der Neuregelung im Rahmen der Dienstplanerstellung berücksichtigt würden und nicht mehr frei verfügbar seien. Es sei kein vergleichbarer Erholungswert mehr sichergestellt.

Die Abwägung der beiderseitigen Interessen führe jedoch zum Ergebnis, dass die Beklagte den ihr eingeräumten Ermessensspielraum nicht überschritten habe, weil die Kläger ungeachtet der Verschlechterung insgesamt um ein Drittel mehr bezahlte Freizeit für die Nachtarbeit erhielten. Dies verursache der Beklagte hohe Kosten. Dafür sei

angestrebt und erreicht worden, dass die Neuregelung nun für alle Mitarbeiter gelte. Die Alternative einer Erweiterung der Sonderregelung auf diese hätte zweifellos zu Diskussionen in der Öffentlichkeit geführt.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision der Beklagten mit dem Antrag, die Entscheidung des Erstgerichts wiederherzustellen. Die Beklagte hat die ihr gemäß § 508a ZPO freigestellte Revisionsbeantwortung erstattet. Die Revision ist berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

1. Nach der ständigen Rechtsprechung haben die Dienstnehmer der Beklagten mit dem in ihren Dienstverträgen enthaltenen Verweis auf die AVB in der jeweils gültigen Fassung ein Gestaltungsrecht eingeräumt, das diese nach Treu und Glauben und nach billigem Ermessen berechtigt, Vertragsbestimmungen einseitig abzuändern. In diesem Rahmen sind – in zumutbarem Ausmaß – auch Verschlechterungen der Stellung des Arbeitnehmers möglich (RIS-Justiz RS0112269; RS0052618; 9 ObA 121/08x; so auch schon die Entscheidung im ersten Rechtsgang<sup>8</sup> ObA 25/15g, unter Hinweis auf Resch, Änderungsvorbehalt des AG in einer Vertragsschablone, DRdA 2001, 325; Krejci, Grenzen einseitiger Entgeltbestimmung durch den Arbeitgeber, ZAS 1983, 203 ff).

Das Kriterium des „billigen Ermessens“, das die Gestaltungsbefugnis des Arbeitgebers begrenzt, ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, dessen Konkretisierung eine umfassende Analyse und Bewertung der Sachlage und der maßgeblichen Interessen beider Vertragsparteien erfordert.

Billigkeit bedeutet nach herrschender Auffassung die Herstellung von Austauschgerechtigkeit im Einzelfall, gemessen auch am Rahmen des in vergleichbaren Fällen etwa Üblichen. Als Beurteilungskriterien kommen vor allem die Bedürfnisse beider Vertragspartner, die Dauer des Rechtsverhältnisses, wirtschaftliche Interessen oder Belastungen, auch soziale Gesichtspunkte und persönliche Umstände, Art und Ausmaß der Nachteile, unter Umständen auch Interessen der Allgemeinheit in Frage (so ebenfalls bereits 8 ObA 25/15g unter Hinweis auf Krejci aaO; Verschraegen in Klete?ka/Schauer, ABGB-ON 1.03 § 1056 Rz 25; Aicher in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1056 Rz 8).

Wenn ein Arbeitgeber aus wichtigen Gründen zu einer Umorganisation seines Betriebs genötigt ist und es ihm nicht zugemutet werden kann, den bisherigen Zustand unverändert aufrecht zu halten, muss der Arbeitnehmer im Rahmen einer weiteren Auslegung des Dienstvertrags im Bereich des Verkehrsüblichen (9 ObA 140/03h) maßvoll geänderte Bedingungen hinnehmen (RIS-Justiz RS0077414 [T1]; RS0021387).

Im vorliegenden Fall stellt sich die Entwicklung rückblickend so dar, dass der bis 2004 geltende Turnusurlaubszuschlag von acht Urlaubstagen innerhalb von 8 Jahren in zwei Stufen zur Gänze durch den Nachtfaktor ersetzt wurde. Auch diese Entwicklung ist in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen (8 ObA 25/15g).

Der erkennende Senat hat in dieser Rechtssache auch bereits im ersten Rechtsgang (8 ObA 25/15g) ausgeführt, dass die für alle Dienstnehmer geltende Verkürzung der Normalarbeitszeit von 40 auf 38,5 Wochenstunden allein es nicht rechtfertigt, einer bestimmten Dienstnehmergruppe einen Vorteil zu entziehen, der diesen Personen als Ausgleich für eine nur sie treffende besondere körperliche und psychische Belastung zugestanden wurde. Bei der Vergleichsrechnung zwischen alten und neuen Nachtarbeitsbedingungen muss eine allgemeine Verkürzung der Normalarbeitszeit außer Betracht bleiben.

Von diesen Kriterien ausgehend vermag sich der Senat der Beurteilung des Berufungsgerichts nicht anzuschließen.

Das Argument, dass den Klägern durch den neuen Nachtfaktor in der Summe mehr bezahlte Freizeit zur Verfügung steht und die Einsatzzeiten pro Nachtdienst kürzer sind, greift nur mehr einseitig den günstigeren Aspekt der Neuregelung heraus und stellt die gebotene Gesamtbetrachtung hintan. Betrachtet man die Genesis des Turnusurlaubszuschlags (vgl ausführlich auch die von der Beklagten herangezogene Entscheidung 8 Ob 32/07z), so sollten in Analogie zum Nachschwerarbeitsgesetz Zusatzurlaube gewährt werden. Auch § 10a Urlaubsgesetz, der den Anspruch auf Zusatzurlaub für Nachschwerarbeit zuerkennt, spricht dafür, dass ganzen freien Tagen ein besonderer Wert als Ausgleich für solche Belastungen zugemessen wird. Trotz einer gewissen Verkürzung der Schichtdienste dieser beschäftigungsgruppen ergibt sich in Summe dennoch ein Minus an Erholungswert. Die tragende Begründung der Entscheidung des Berufungsgerichts vermag als Argument für die hinreichende Ausgewogenheit der Regelung im Rahmen der Billigkeitsprüfung daher nicht zu überzeugen.

Soweit das Berufungsgericht damit aber nur zum Ausdruck bringen wollte, dass der verringerte Erholungswert an sich

nur ein relativ geringfügiger Nachteil sei, den sich die Kläger im höheren Interesse der Gleichstellung der anderen Mitarbeiter und aus Rücksicht auf die finanzielle Belastung der Beklagten gefallen lassen müssen, kann dem auf Grundlage des festgestellten und ergänzten Sachverhalts ebenfalls nicht ganz gefolgt werden.

Bereits das Erstgericht hat in seinen Erwägungen zutreffend ausgeführt, dass das Ziel der Gleichstellung aller Nachtdienst leistenden Mitarbeiter im Sinne einer besseren Bewertung der Nachtdienste ein grundsätzlich erstrebenswerter Zweck und ein potentieller Rechtfertigungsgrund für die Ausübung des einseitigen Gestaltungsbefugnisses des Arbeitgebers sein kann. Davon ausgehend ist aber noch zu prüfen, ob der konkret vorgenommene Eingriff auch verhältnismäßig war.

Eine ausgewogene Regelung erfordert es nicht nur, Gleicher gleich zu behandeln, sondern auch Verschiedenes verschieden. Das Argument, dass die Neuregelung des Nachtzuschlags nun gleichermaßen für alle in den Nachtstunden eingesetzten Mitarbeiter gilt, berücksichtigt allerdings wiederum nicht, dass nur den Klägern (bzw deren Dienstnehmergruppe) dafür ein Sonderopfer in Form des Wegfalls eines ihnen vorher vertraglich zustehenden Urlaubsanspruchs auferlegt wurde.

Eine solche Verschlechterung ohne Ausgleich wäre wohl dann unbedenklich, wenn die Sonderregelung schon ursprünglich ein nicht sachlich begründbares Privileg der speziellen Dienstnehmergruppe gewesen wäre, oder wenn die Gründe für die Gewährung des Sonderurlaubs im Lauf der Zeit weggefallen wären. Derartiges hat das Verfahren nicht ergeben, die Beklagte hat sich auch nicht auf eine solche Begründung gestützt. Es ist nicht zweifelhaft, dass Triebfahrzeugführern bei ihrer Tätigkeit eine hohe Konzentration abgefordert wird und sie besondere Verantwortung für Menschenleben und Sachwerte trifft, was gerade nicht im gleichen Ausmaß auf sämtliche anderen im Nachdienst verrichteten Tätigkeiten zutreffen muss.

Spezifische Einsparungserfordernisse wurden als Rechtfertigungsgrund für die Verschlechterung der Dienstverträge nicht geltend gemacht, sodass die wirtschaftliche Situation der Beklagten für die Beurteilung hier insoweit nicht maßgeblich sein kann. Ein wirtschaftlicher Nachteil, der sich erst rückwirkend aufgrund der notwendigen Korrektur einer unzulässigen Maßnahme ergibt, kann nicht als Rechtfertigung für die Beibehaltung der Maßnahme herangezogen werden. Im ergänzten Verfahren konnte aber auch nicht festgestellt werden, dass die Weitergewährung eines Zusatzurlaubs zu den vorgebrachten extremen Mehrkosten für die Beklagte führen würde.

Es hat das Verfahren vor allem nicht ergeben, dass keine dem Gedanken der Austauschgerechtigkeit eher Rechnung tragende Änderung der Einzelverträge möglich gewesen wäre, mit der die besonderen Interessen der klägerischen Arbeitnehmergruppe gewahrt worden wären.

Wie bereits das Erstgericht ausgeführt hat, käme ein vereinbarter Zeitausgleich in seinem Erholungswert dem entfallenen Zusatzurlaub gleich oder doch näher als verkürzte Nachtdienste (der vorgebrachte Entfall ganzer Dienstschichten konnte nicht festgestellt werden). Eine Inanspruchnahme der aus dem neu geregelten Nachtfaktor entstandenen Zeitguthaben in Form von vereinbartem Zeitausgleich ist im Kollektivvertrag auch vorgesehen, allerdings nur dann, wenn sie nicht innerhalb zweier aufeinanderfolgender Durchrechnungszeiträume ausgeglichen werden können. Dieser Ausgleich wird von der Beklagten aber dadurch herbeigeführt, dass sie die Nachtfaktorzeiten laufend in den Dienstplänen berücksichtigt, wodurch den Klägern die Inanspruchnahme von geblocktem Zeitausgleich verwehrt ist. Auf eine grundsätzliche Unabänderlichkeit dieser Form der Dienstplangestaltung bzw die Unmöglichkeit, den vom Entfall des Zusatzurlaubs betroffenen Dienstnehmern an dessen Stelle einen Anspruch auf geblockten Zeitausgleich einzuräumen, hat sich die Beklagte im Verfahren nicht berufen.

Der erkennende Senat folgt aus diesen Überlegungen dem Erstgericht darin, dass der verschlechternde Eingriff in die Dienstverträge der Kläger

– auch unter Berücksichtigung der vorangegangenen stufenweisen Reduktion des Zusatzurlaubs – schwerwiegender war, als es unter Berücksichtigung der grundsätzlich beachtenswerten Interessen der Beklagten erforderlich gewesen wäre, sodass er als unzulässig zu beurteilen ist. Die (in ihrem abweisenden Teil unangefochten gebliebene) Entscheidung des Erstgerichts war daher wieder herzustellen.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens gründet sich auf §§ 2 ASGG, 41 und 50 ZPO.

#### **Textnummer**

E123185

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2018:008OBA00060.17G.1024.000

**Im RIS seit**

19.11.2018

**Zuletzt aktualisiert am**

12.12.2019

**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)