

# TE OGH 2017/9/28 8ObA34/17h

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.09.2017

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Prof. Dr. Spenling als Vorsitzenden, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner und den Hofrat Dr. Brenn sowie die fachkundigen Laienrichter MMag. Ferdinand Dietrich und Mag. Michaela Puhm als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei H\*\*\*\*\* M\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Hannes Huber und Dr. Georg Lugert, Rechtsanwälte in Melk, gegen die beklagte Partei Stadt Wien, \*\*\*\*\*, vertreten durch die Dr. Gustav Teicht, Dr. Gerhard Jöchl Kommandit-Partnerschaft in Wien, wegen 13.452,61 EUR brutto sA, über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 24. April 2017, GZ 9 Ra 1/16g-22, mit dem das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 15. April 2015, GZ 18 Cga 90/14g-10, 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 1.017,90 EUR (darin enthalten 169,65 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger war zunächst (ab Dezember 1988) als Stationshelfer und in der Folge als Diplomkrankenschwäger tätig. Am 2. 7. 2001 begründete er das Dienstverhältnis zur Beklagten als Vertragsbediensteter im Gesundheits- und Krankenpflagedienst auf der Grundlage der Wiener VBO 1995. Als Vordienstzeit wurden gemäß dem (auch auf Vertragsbedienstete anzuwendenden) § 14 Abs 1 Z 2 und 5 DO 1994 die Zeit des Präsenzdienstes und die Zeit der Ausbildung zum Gesundheits- und Krankenpflager im gesetzlich vorgesehenen Höchstausmaß von sechs Monaten zur Gänze sowie gemäß § 14 Abs 2 Wiener DO 1994 weitere drei Jahre zur Hälfte für die Vorrückung angerechnet.

Der Kläger begehrte die Zahlung von Entgelt Differenzen für die letzten drei Jahre (von Dezember 2011 bis November 2014) in Höhe von 13.452,61 EUR brutto. Dieser Betrag ergebe sich aus der unrichtigen Einstufung und fehlerhaften Vorrückung. Zeiten, die in einem Dienstverhältnis zu einer inländischen Gebietskörperschaft zurückgelegt würden, seien zur Gänze anzurechnen. Demgegenüber würden Vordienstzeiten in der Privatwirtschaft nur bis zu einem Maximalausmaß von drei Jahren und nur zur Hälfte angerechnet. Diese Vorgangsweise widerspreche sowohl dem Unionsrecht als auch dem Verfassungsrecht.

Die Beklagte entgegnete, dass durch § 14 Wiener DO 1994 keine Benachteiligung der Wanderarbeitnehmer erfolge, weil alle von einem Staatsangehörigen eines EWR-Staats in einem EWR-Staat absolvierten Vordienstzeiten ebenso wie inländische Vordienstzeiten anzurechnen seien. Vordienstzeiten, die ein Dienstnehmer in Krankenanstalten im EWR-Ausland erworben habe, würden zu denselben Bedingungen angerechnet, wie derartige in Österreich erworbene

Zeiten. Auch die behauptete Verfassungswidrigkeit liege nicht vor.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Die Beklagte habe dem Kläger die in der Privatwirtschaft erworbenen Dienstzeiten nach § 14 Abs 2 Wiener DO 1994 im Höchstzeitraum von drei Jahren zur Hälfte (also 18 Monate) für die Vorrückung am Beginn des Dienstverhältnisses angerechnet. Dies entspreche der Tätigkeit des Klägers ab 1. 10. 1997 im Diplompflegedienst. Art 45 AEUV solle die Freizügigkeit der Arbeitnehmer als fundamentalen Grundsatz der Union sichern. Voraussetzung sei aber ein Migrationstatbestand. Bei Vorliegen eines rein innerstaatlichen Sachverhalts sei Art 45 AEUV nicht anwendbar. Für eine Inländerdiskriminierung fehle die Grundlage, weil sich diese ebenso auf eine unionsrechtswidrige (hier primärrechtliche) Diskriminierung beziehe. Zwischen inländischen und ausländischen Vordienstzeiten werde bei der Anrechnung nicht unterschieden.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Durch die Wiener Dienstrechts-Novelle 2015 (LGBI 2015/28) sei – nach dem Beispiel der Bundesbesoldungsreform 2015 (BGBl I 2015/32) – eine gänzliche Neuregelung der Vordienstzeitenanrechnung erfolgt. Der „historische Vorrückungstichtag“ sei durch das „Besoldungsdienstalter“ ersetzt worden. Alle Bediensteten, die am 31. 7. 2015 und am 1. 8. 2015 in einem Dienstverhältnis zur Beklagten gestanden seien, seien aufgrund ihres Gehalts für den Monat Juli 2015 (Überleitungsbetrag) in das neue Besoldungssystem übergeleitet worden. Die Überleitung sei durch eine pauschale Festsetzung des Besoldungsdienstalters erfolgt. Aufgrund dieser Überleitung könne sich der Kläger nicht auf die neuen Anrechnungsbestimmungen berufen. Für die Frage, ob vor Inkrafttreten der Dienstrechts-Novelle 2015 eine auf den Kläger anzuwendende unionsrechtskonforme Regelung bestanden habe, sei auf die bis zum Inkrafttreten dieser Novelle geltende Rechtslage abzustellen. Ein Verstoß gegen das Unionsrecht liege hier nicht vor. Bei der Anrechnung würden in- und ausländische Vordienstzeiten bei Gebietskörperschaften gleich behandelt; das Gleiche gelte für in- und ausländische Vordienstzeiten in der Privatwirtschaft. Dadurch werde eine Benachteiligung von Wanderarbeitnehmern, die Vordienstzeiten in einem anderen Mitgliedstaat erworben hätten, vermieden. Überhaupt sei für die Anwendbarkeit des Art 45 AEUV ein Migrationstatbestand vorausgesetzt. Auf rein innerstaatliche Sachverhalte sei diese Bestimmung nicht anzuwenden. Ein unionsrechtlicher Bezug bestehe hier nicht. Eine allfällige Inländerdiskriminierung werde weder vom allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art 19 AEUV noch von anderen gemeinschaftsrechtlichen Regelungen erfasst. Die in Rede stehenden Anrechnungsbestimmungen seien auch nicht verfassungswidrig. Der VfGH habe dazu bereits entschieden, dass es sachlich gerechtfertigt sei, bei der Anrechnung der Vordienstzeiten – unter Bedachtnahme auf die Einschlägigkeit der zugrunde liegenden Beschäftigung – danach zu differenzieren, ob diese in der Privatwirtschaft oder bei einer Gebietskörperschaft verbracht worden seien. Die ordentliche Revision sei nicht zulässig, weil sich die Entscheidung des Berufungsgerichts an der zitierten Rechtsprechung orientiere.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die außerordentliche Revision des Klägers mit dem Antrag, die Urteile der Vorinstanzen aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückzuverweisen.

Mit ihrer – durch den Obersten Gerichtshof freigestellten – Revisionsbeantwortung beantragt die Beklagte, die Revision zurückzuweisen, in eventui, dieser den Erfolg zu versagen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Entgegen dem – den Obersten Gerichtshof nicht bindenden – Ausspruch des Berufungsgerichts ist die Revision zulässig, weil zur Frage der Prüfung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art 45 AEUV eine Klarstellung durch den Obersten Gerichtshof geboten erscheint. Die Revision ist aber nicht berechtigt.

1. Das Klagebegehren bezieht sich auf Entgeltdifferenzen, die der Kläger aus einer behaupteten unionsrechtswidrigen teilweisen Nichtanrechnung von Vordienstzeiten ableitet. Konkret beschwert er sich darüber, dass die von ihm in der Privatwirtschaft erworbenen einschlägigen Vordienstzeiten gemäß § 14 Wiener DO 1994 aF (vor der Wiener Dienstrechtsnovelle 2015, LGBI 2015/28) nur im (Höchst-)Ausmaß von drei Jahren und dies nur zur Hälfte berücksichtigt wurden.

Nach der Überleitungsregel der §§ 49 I–49n Wiener DO 1994 nF (idF LGBI 2015/28), mit der Bestandsbedienstete wie der Kläger von Gesetzes wegen in das neue Besoldungssystem übergeleitet wurden, ist für die Überleitung der sogenannte Überleitungsbetrag maßgebend, der sich nach dem Gehalt für den Monat Juli 2015 bestimmt. Auf diese Weise wurde die alte Anrechnung der Vordienstzeiten „eingefroren“, sodass sie weiter wirkt. Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit (der alten Anrechnungsregel bzw der fortwirkenden Überleitungsregel) beruft sich der Kläger

auf die Entscheidung des EuGH zu C-514/12, SALK, konkret auf eine mittelbare Diskriminierung und eine allgemeine Beschränkung nach Art 45 AEUV.

2. Der VfGH hat mit Beschluss vom 13. 10. 2016, G 640–641/2015, den Parteienantrag des Klägers auf Normenkontrolle, § 14 Wiener DO 1994, LGBl 1994/56 idF LGBl 2014/34, als verfassungswidrig aufzuheben, ohne inhaltliche Behandlung als unzulässig zurückgewiesen. Nach der bisherigen inhaltlichen Beurteilung des Verfassungsgerichtshofs ist die Anrechnungsregel des § 14 Abs 1 Z 1 erster Fall Wiener DO 1994 aF nicht gleichheitswidrig. Es sei nämlich sachlich gerechtfertigt, wenn der Gesetzgeber bei der Anrechnung von Vordienstzeiten unter Bedachtnahme auf deren Einschlägigkeit zwischen Zeiten, die in einem Dienstverhältnis zu einer inländischen Gebietskörperschaft zurückgelegt worden seien, einerseits und sonstigen Zeiten (in der Privatwirtschaft) andererseits unterscheide (vgl B 1427/08, VfSlg 19.110; vgl auch 9ObA145/13h&SkipToDocumentPage=True&SucheNachRechtssatz=False&SucheNachText=True" target="\_blank">9 ObA 145/13h).

3. Im Anlassfall ging das Berufungsgericht in seiner Entscheidung von folgenden Überlegungen aus: Aufgrund der Übergangsbestimmung des § 62j Wiener VBO 1995 nF (idF der Wiener Dienstrechtsnovelle 2015, LGBl 2015/28) sei ab 1. 8. 2015 (auch in laufenden Verfahren) nur mehr die neue Rechtslage (Wiener DO 1994 nF) anzuwenden. Für den Kläger sei (für die Bestimmung des Besoldungsdienstalters) die Überleitung nach den Überleitungsbestimmungen der §§ 49 I–49n Wiener DO 1994 nF nach Maßgabe des Überleitungsbetrags maßgebend; § 14 Wiener DO 1994 nF sei daher nicht anzuwenden. Grundlage für die neue Besoldung des Klägers sei vielmehr die (fortwirkende) alte Rechtslage gemäß § 14 Wiener DO 1994 aF. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache SALK sei nicht einschlägig, weil (vergleichbare) in- und ausländische Vordienstzeiten (einerseits bei Gebietskörperschaften, andererseits sonstige Vordienstzeiten in der Privatwirtschaft) gleich behandelt würden. Außerdem liege kein Migrationstatbestand, sondern ein rein interner Sachverhalt vor; ein unionsrechtlicher Bezug bestehe daher nicht. Eine allfällige Inländerdiskriminierung sei unionsrechtlich nicht verboten.

4.1 Der Oberste Gerichtshof hat dazu erwohnen:

Der Kläger führt keine Altersdiskriminierung ins Treffen, von der er im Zusammenhang mit der Anrechnung der hier strittigen Vordienstzeiten betroffen wäre. Aus diesem Grund gelangt die Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf nicht zur Anwendung. Auf diese Richtlinie kann sich der Kläger im Anlassfall daher nicht berufen. Aus Sicht des Klägers kommt als sekundärrechtlicher Rechtsakt nur die Verordnung 492/2011/EU über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union in Betracht. Art 7 Abs 1 leg cit stellt allerdings nur eine besondere Ausprägung des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots nach Art 45 Abs 2 AEUV dar und ist daher genauso auszulegen wie die primärrechtliche Grundlage (C-371/04, EK gegen Italien, Rn 17; C-514/12, SALK, Rn 23). Dies bedeutet, dass Art 7 der genannten Verordnung keinen weiteren unionsrechtlichen Anwendungsbereich als Art 45 AEUV selbst eröffnet.

4.2 Art 45 AEUV garantiert die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und verbietet – so wie jede Grund- bzw Verkehrsfreiheit – sowohl ein Verbot der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit als auch ein allgemeines Beschränkungsverbot in Bezug auf den Marktzugang. Der Anwendungsbereich von Art 45 AEUV als unionsrechtliches Primärrecht ist aber nur dann eröffnet, wenn ein aktueller grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt (vgl auch 8 ObA 67/16k; 8 ObA 74/16i). In der Entscheidung zu C-268/15, Ullens de Schooten, bekräftigte der Europäische Gerichtshof (gleichsam als Abkehr von der „Venturini-Formel“) ausdrücklich, dass die Bestimmungen des AEUV über die Grundfreiheiten auf einen Sachverhalt, dessen Merkmale sämtliche nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen, keine Anwendung finden (siehe dazu auch Brenn, Gerichtlicher Schutz der Grundfreiheiten und amtswegige Prüfung, in EU-Recht in der Praxis 68 ff). Aufgrund des Grundsatzes der Konvergenz der Grundfreiheiten gilt diese Konsequenz für sämtliche Grundfreiheiten einschließlich der an die Unionsbürgerschaft anknüpfenden Freizügigkeit als fünfte Grundfreiheit.

Da im Anlassfall kein grenzüberschreitender Sachverhalt, sondern ein reiner Inlandssachverhalt vorliegt, ist der Anwendungsbereich von Art 45 AEUV nicht eröffnet. Der Kläger kann sich daher nicht darauf berufen.

5. Der 9. Senat des Obersten Gerichtshofs hat zu 9 ObA 33/17v bei vergleichbarer Sachlage das Revisionsverfahren im Hinblick auf das Vorabentscheidungsersuchen zu 9 ObA 141/15y unterbrochen. Das erwähnte Vorabentscheidungsverfahren betrifft primär die Frage der Altersdiskriminierung, weshalb der (zumindest

sekundärrechtliche) Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist. Die bloße Unterbrechung eines Verfahrens bedeutet freilich noch nicht zwangsläufig, dass die fragliche Grundfreiheit auf den konkreten Anlassfall auch tatsächlich angewendet wird.

6.1 Der 4. Senat des Obersten Gerichtshofs ist im Zusammenhang mit UWG-Klagen wegen geltend gemachten Verstoßes gegen das Glücksspielgesetz bei reinen Inlandssachverhalten davon ausgegangen, dass die (vom Beklagten behauptete) Unionsrechtswidrigkeit grundsätzlich im lauterkeitsrechtlichen Verfahren zu prüfen sei, die Unvereinbarkeit von Bestimmungen des Glücksspielgesetzes mit der primärrechtlichen Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit in rein nationalen Fällen aber nicht zur Unanwendbarkeit dieser Bestimmungen führe, sondern allenfalls eine verfassungsrechtlich unzulässige und daher vom VfGH wahrzunehmende Inländerdiskriminierung bewirken könne (4 Ob 145/14y; 4 Ob 218/14h EvBl 2015/133 [Brenn]; 4 Ob 255/15a; 4 Ob 31/16m). Danach soll also auch außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts im gerichtlichen Hauptverfahren – allenfalls nach Einholung eines Vorabentscheidungsverfahrens – die Unionsrechtskonformität als Vorfrage für die allfällige Verfassungswidrigkeit aufgrund einer möglichen Inländerdiskriminierung geklärt werden. Die Unionsrechtswidrigkeit bewirke eine verfassungsrechtlich unzulässige Inländerdiskriminierung, die aber vom VfGH wahrzunehmen sei. Es habe daher eine Anfechtung beim VfGH zu erfolgen.

6.2 Dieser Auffassung wird nicht beigetreten. Sie erfordert die Vor-Abklärung einer hypothetischen unionsrechtlichen Fragestellung, zumal der Anwendungsbereich des Unionsrechts nicht eröffnet ist. Es handelt sich also um eine Art „Mischsystem“, für das im Unionsrecht keine Grundlage besteht (vgl den Hinweis zu 4 Ob 218/14h EvBl 2015/133 [Brenn]). Mit dem Unionsrecht steht es viel eher im Einklang, dass sich im Zusammenhang mit der Beurteilung einer allenfalls unzulässigen Inländerdiskriminierung das dafür zuständige Gericht auch mit der unionsrechtlichen Vorfrage auseinandersetzt, wobei freilich Art 267 AEUV zu beachten ist.

7. Insgesamt kann sich der Kläger im Anlassfall mangels Eröffnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts nicht auf Art 45 AEUV iVm Art 7 der Verordnung 492/2011/EU berufen. Der Revision kommt damit keine Berechtigung zu, weshalb ihr der Erfolg zu versagen war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO iVm§ 2 Abs 1 ASGG.

#### **Textnummer**

E119756

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

ECLI:AT:OGH0002:2017:008OBA00034.17H.0928.000

#### **Im RIS seit**

10.11.2017

#### **Zuletzt aktualisiert am**

03.10.2018

**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)