

# TE OGH 2020/9/29 9ObA40/20b

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 29.09.2020

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf als Vorsitzenden, die Hofräatin des Obersten Gerichtshofs Dr. Fichtenau und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Hargassner sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Klaus Oblasser (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Wolfgang Jelinek (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Angestelltenbetriebsrat des \*\*\*\*\*Unfallkrankenhauses, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Norbert Moser, Rechtsanwalt in Klagenfurt, gegen die beklagte Partei A\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Anton Ehm und Mag. Thomas Mödлагl, Rechtsanwälte in Wien, wegen Feststellung gemäß § 54 Abs 1 ASGG, über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 23. April 2020, GZ 6 Ra 2/18p-16, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Die außerordentliche Revision der beklagten Partei wird gemäß§ 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

Die Beklagte ist Rechtsträgerin von sieben Unfallkrankenhäusern und vier Rehabilitationszentren im Bundesgebiet, so auch des Unfallkrankenhauses (UKH) \*\*\*\*\* und damit Arbeitgeberin der dort beschäftigten Arbeitnehmer.

Für Ärzte der Sozialversicherungsträger Österreichs ist die Dienstordnung B (DO. B) für die ÄrztInnen und Dentisten bei den Sozialversicherungsträgern Österreichs, ein Kollektivvertrag (vgl RS0054394 [T8]), anzuwenden. § 13 DO. B regelt die anrechenbare Dienstzeit für die Einstufung in das Gehaltsschema und bietet unter anderem die Grundlage für die Entlohnung der Ärzte in den Unfallkrankenhäusern der Beklagten. § 13 DO. B in der dem Klagebegehren zugrundeliegenden Fassung der 76. Änderung mit Wirksamkeitsbeginn 1. 1. 2004 lautet wie folgt:

„(1) Für die Einstufung in das Gehaltsschema (§ 40) sind nachstehende ... zurückgelegte Dienstzeiten anzurechnen:

1. Dienstzeiten beim Versicherungsträger;

2. ...

3. bis zum Höchstausmaß von zusammen fünf Jahren

a) die in anderen Dienstverhältnissen als angestellter Arzt zugebrachten Dienstzeiten, wenn die einzelnen Dienstverhältnisse mindestens sechs Monate ununterbrochen gedauert haben,

b) Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit als Arzt, wenn sie jeweils mindestens sechs Monate ununterbrochen gedauert haben,

c) die in einem Dienstverhältnis mit einem öffentlich-rechtlichen Dienstgeber als Arzt zugebrachte Dienstzeit, sofern sie mindestens je sechs Monate gedauert hat,

d) ...

4. .... "

Den vor dem 1. 1. 2003 eingetretenen Ärzten im UKH \*\*\*\*\* wurden noch alle Vordienstzeiten angerechnet, den nach diesem Stichtag eingetretenen Ärzten hingegen nur teilweise. Im UKH \*\*\*\*\* sind mindestens drei Ärzte beschäftigt, die seit dem 1. 1. 2003, also während der Geltung der aktuellen Fassung der DO. B eingetreten sind und nach wie vor im Dienst der Beklagten stehen. Diesen Ärzten wurden nicht alle Vordienstzeiten angerechnet. Sie wären in den Genuss einer weiteren Anrechnung von Vordienstzeiten gekommen, wenn sie diese – wie in § 13 Abs 1 Z 1 DO. B normiert – „beim Versicherungsträger“ bzw bei der Beklagten selbst erworben hätten.

Mit Feststellungsklage gemäß § 54 Abs 1 ASGG begehrte der klagende Betriebsrat die Feststellung, dass auch die bei anderen Dienstgebern im Bereich der Europäischen Union bzw des Europäischen Wirtschaftsraums als der Beklagten zurückgelegten berufseinschlägigen Vordienstzeiten für die Einstufung in das Gehaltsschema so zu berücksichtigen seien, wie wenn sie bei der Beklagten zurückgelegt worden wären.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt.

Das Berufungsgericht unterbrach zunächst das Verfahren bis zur Entscheidung des EuGH über das vom Oberlandesgericht Wien in der RS Krah gestellte Vorabentscheidungsersuchen nach Art 267 AEUV. Nach der Entscheidung des EuGH vom 10. 10. 2019, C-703/17, Krah, setzte es das Berufungsverfahren fort. Es gab der Berufung der Beklagten keine Folge und sprach aus, dass die Revision im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH und des Obersten Gerichtshofs nicht zulässig sei.

Das Berufungsgericht vertrat in Anlehnung an die Judikatur des EuGH in den Rechtssachen Köbler (C-224/01), Salk (C-514/12), Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-24/17) und Krah sowie des Obersten Gerichtshofs zu einer früheren Fassung des § 13 DO. B (9 ObA 98/16a) die Rechtsauffassung, dass die Kollektivvertragsbestimmung des § 13 Abs 1 DO. B idgF gegen Art 45 Abs 1 AEUV verstöße, weil sie geeignet sei, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu beeinträchtigen. Nicht nur Wanderarbeitnehmer mit einer Berufserfahrung von mehr als fünf Jahren könnten durch die dann anzuwendende Hälfteanrechnung davon abgehalten werden, ihren Herkunftsmitgliedstaat zu verlassen, um sich auf eine Stelle bei der Beklagten zu bewerben. Diese Bestimmung wirke sich auch nachteilig auf Arbeitnehmer der Beklagten aus, die überlegen, eine vergleichbare Tätigkeit in einem anderen Mitgliedsstaat anzunehmen und anschließend wieder zur Beklagten zurück zu kehren. Eine Behinderung der Arbeitnehmerfreizügigkeit könne zwar dann gerechtfertigt sein, wenn die Regelung eines der im AEUV genannten legitimen Ziele verfolge oder sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werde, keiner dieser Fälle liege hier aber vor. Dem Argument der Beklagten, es handle sich bei § 13 DO. B um eine Art „Treueprämie“, habe der EuGH bereits mehrfach eine Absage erteilt. Auch die vorliegende Regelung bewirke nicht nur eine Honorierung der Treue, sondern führe auch zu einer Abschottung des Arbeitsmarkts, weshalb sie in Anbetracht der damit verbundenen Beeinträchtigungen nicht geeignet sei, die Verwirklichung des genannten Ziels zu rechtfertigen. Ein Verstoß gegen unmittelbar anzuwendendes Unionsrecht ziehe die Unwirksamkeit der davon betroffenen Bestimmungen im Kollektivvertrag nach sich. Das Feststellungsbegehren des klagenden Betriebsrats sei daher berechtigt.

Die Beklagte begründet die Zulässigkeit ihrer außerordentlichen Revision damit, dass den vom Berufungsgericht genannten Entscheidungen, auf die es die Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch § 13 DO. B in der hier geltenden Fassung (kurz: idgF) stütze, kein mit dem vorliegenden Fall vergleichbarer Sachverhalt zugrundeliege. Tatsächlich handle es sich bei § 13 DO. B idgF – im Gegensatz zu dessen Vorgängerbestimmung – um eine Treueprämie. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass es sich bei der DO. B idgF um ein nationales Regelungswerk handle, das grundsätzlich geeignet sei, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu beeinträchtigen, wäre die angesprochene Regelung zulässig, weil sie eines der im Vertrag genannten legitimen Ziele verfolge, ferner durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sei, und überdies geeignet sei, die Verwirklichung dieser Ziele zu gewährleisten und auch nicht über das hinausgehe, was zu ihrer Erreichung erforderlich sei.

Diesen Überlegungen wird nicht beigegetreten. Die außerordentliche Revision ist mangels Vorliegens einer Rechtsfrage von der Qualität des § 502 Abs 1 ZPO nicht zulässig.

### **Rechtliche Beurteilung**

1 . Vorweg: Von der gegenständlichen Rechtssache sind unstrittig mindestens drei Arbeitnehmer der Beklagten betroffen. Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 54 Abs 1 ASGG wird in der außerordentlichen Revision der Beklagten zu Recht nicht (mehr) in Zweifel gezogen.

2. Hängt die Entscheidung – wie hier – von der Lösung einer Frage des Unionsrechts ab, ist die Anrufung des Obersten Gerichtshofs zur Nachprüfung dessen Anwendung auf den Einzelfall auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH nur dann zulässig, wenn der zweiten Instanz bei der Lösung dieser Frage eine klare Fehlbeurteilung unterlief (1 Ob 55/20z [Pkt 1]; RS0117100). Dies ist hier nicht der Fall. Dass zu lösende Fragen in einer Vielzahl von Fällen auftreten können, bewirkt noch nicht ihre Erheblichkeit im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO (RS0042816).

3. Nach Art 45 Abs 1 AEUV ist innerhalb der Union die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet. Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zählt mit der Niederlassungsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit, der Warenverkehrsfreiheit und der Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs zu den Grundfreiheiten der Gemeinschaft (10 ObS 181/10f). Die Freizügigkeit gehört zu den fundamentalen Grundsätzen der Gemeinschaft (EuGH 10. 9. 2014, C-270/13, Haralambidis, Rn 42, uva).

4 . Die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts wonach § 13 DO. B idgF geeignet sei, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer weniger attraktiv zu machen, steht im Einklang mit der vom Berufungsgericht ausführlich dargelegten Rechtsprechung des EuGH zum Grundsatz der Freizügigkeit. Zusammengefasst sollen sämtliche Bestimmungen des AEUV über die Freizügigkeit den Angehörigen der Mitgliedstaaten die Ausübung beruflicher Tätigkeiten aller Art im Gebiet der Union erleichtern und stehen Maßnahmen entgegen, die sie benachteiligen könnten, wenn sie eine unselbständige Erwerbstätigkeit im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats ausüben wollen. Jede Beeinträchtigung dieser Freiheit, mag sie auch unbedeutend sein, ist verboten (EuGH Rs Salk, C-514/12, Rn 32, 34; Rs Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-24/17, Rn 77; Rs Krah, C-703/17, Rn 40 f).

5. Dass das Berufungsgericht bei seiner Beurteilung von der ständigen Rechtsprechung des EuGH abgewichen wäre, zeigt die außerordentliche Revision somit nicht auf. Damit bleibt noch die Prüfung zur Rechtfertigung der Behinderung, die die Beklagte allein auf die Betriebstreue stützt. Regelungen, wie jene des § 13 DO. B, sind nur dann zulässig, wenn mit ihnen eines der im AEUV genannten legitimen Ziele verfolgt wird oder wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind. Darüber hinaus muss in einem derartigen Fall ihre Anwendung geeignet sein, die Verwirklichung des in Rede stehenden Ziels zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was zu seiner Erreichung erforderlich ist (EuGH Rs Salk, Rn 36; Rs Österreichischer Gewerkschaftsbund, Rn 84; Rs Krah, Rn 35).

6. Der EuGH hat sich schon mehrmals mit der Honorierung der Betriebstreue als allfälligen Rechtfertigungsgrund einer Behinderung der Arbeitnehmerfreizügigkeit beschäftigt und dabei die Bindung der Arbeitnehmer an ihren Arbeitgeber als ein mögliches Ziel zur Rechtfertigung einer mit einer solchen Regelung verbundenen Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht von vornherein abgelehnt (vgl Windisch-Graetz, Auswirkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf das Arbeitsrecht, in Kozak [Hrsg], EuGH und Arbeitsrecht [2015], 115 [124]). In diesem Zusammenhang prüfte der EuGH allerdings stets, ob es sich um eine „echte“ Treueprämie eines Arbeitgebers handelt oder die Honorierung der Treue allenfalls nur einen möglichen Nebenaspekt darstellt. So hat der EuGH eine „Treueprämie“, die die Tätigkeit für eine „große Zahl von Arbeitgebern“ (C-15/96, Schöning-Kougebetopoulou, Rn 27), einer „Vielzahl rechtlich eigenständiger Arbeitgeber“ (C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Rn 49) bzw einer „Vielzahl potenzieller, dem Land Salzburg zuzurechnender Arbeitgeber“ (Salk, Rn 38 ff) berücksichtigt, nicht als geeigneten Rechtfertigungsgrund zur Verwirklichung des Ziels der Bindung an den Arbeitgeber angesehen. Bereits (und insbesondere) in der Rs Köbler (Rn 83 ff) hat der EuGH im Zusammenhang mit der dort zu beurteilenden Dienstalterszulage im Hinblick auf das Ziel der Bindung der Arbeitnehmer an ihre Arbeitgeber darauf hingewiesen, dass zum einen alle Professoren an öffentlich österreichischen Universitäten zwar Arbeitnehmer eines einzigen Arbeitgebers seien, nämlich des österreichischen Staats, jedoch bei verschiedenen Universitäten beschäftigt seien. Auf dem Arbeitsmarkt für Universitätsprofessoren stünden die einzelnen österreichischen Universitäten aber nicht nur mit den Universitäten anderer Mitgliedstaaten, sondern auch untereinander in einem Wettbewerb. In letzterem Rahmen

sei die im dortigen Ausgangsverfahren in Rede stehenden Maßnahme nicht geeignet, die Treue eines Professors gegenüber der österreichischen Universität, bei der er beschäftigt sei, zu fördern. Vielmehr bewirke die dort in Rede stehende besondere Dienstalterszulage daher nicht nur eine Honorierung der Treue des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, sondern führe auch – nach Resch, Vordienstzeitenanrechnung und Arbeitnehmerfreizügigkeit, ZESAR 2014, 160 f sogar vorrangig – zu einer Abschottung des Arbeitsmarkts für Universitätsprofessoren in Österreich und widerspreche daher dem Wesen der Freizügigkeit.

7 . Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall durch das Berufungsgericht ist entgegen der Auffassung der Beklagten nicht zu beanstanden. Mit der Behauptung, dass die Anzahl der von der Beklagten als Rechtsträgerin betriebenen Unfallkrankenhäuser und Rehabilitationszentren nicht an die Anzahl der in den genannten Verfahren zugrundeliegenden „Arbeitgeber“ bzw zuordenbaren „Dienststellen“ heranreiche, zeigt die außerordentliche Revision keine vom Obersten Gerichtshof aufzugreifende Fehlbeurteilung des Berufungsgerichts auf. Zum einen betreibt der beklagte Sozialversicherungsträger immerhin sieben Unfallkrankenhäuser und vier Rehabilitationszentren in Österreich, weshalb das Argument des Berufungsgerichts, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass zwischen diesen Einrichtungen (Betrieben, Standorten) durchaus ein Wettbewerb um qualifiziertes Personal bestehet, nicht unvertretbar ist. Zum anderen führt nicht nur eine Tätigkeit in einem Unfallkrankenhaus (oder Rehabilitationszentrum) der Beklagten, sondern jede Tätigkeit einer Ärztin bzw eines Arztes bei der Beklagten zu einer Vollanrechnung dieser (Vor-)Dienstzeiten, was zumindest in einem gewissen Ausmaß ebenfalls zu einer Abschottung des Arbeitsmarktes für bei einer solchen auf die Unfallheilbehandlung spezialisierten Einrichtung tätige Ärzte führt. Jedenfalls bewirkt § 13 DO. B nicht allein die Honorierung der Treue der Arbeitnehmer, sondern führt auch zu einer Begünstigung der Mobilität innerhalb der der Beklagten zugehörigen Betriebe. Im System der DO. B wird die Betriebstreue aber primär über die Vorrückungen abgegolten und nicht über die Einstufung in das Gehaltssystem des § 40 DO. B. Eine „Treueprämie“, die die Tätigkeit für mehrere Arbeitgeber bzw "Dienststellen", „Betriebe“, „Standorte“ berücksichtigt, ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH keine „echte“ Treueprämie und daher als Rechtfertigungsgrund ungeeignet (Potz, Arbeitnehmerfreizügigkeit und Entgeltsysteme – verlangt das Unionsrecht die Gleichbehandlung von Vordienstzeiten und Dienstzeiten?, JAS 2020, 102). Nach Windisch-Graetz (aaO 124) müsste das Interesse eines Arbeitgebers, bestimmte Arbeitnehmer zu halten, konkret in Bezug auf eine bestimmte Dienststelle und die dort konkret ausgeübte Tätigkeit begründet werden. Dies ist hier nicht der Fall.

8. Gründe, weshalb die primär auf die Entscheidung9 ObA 98/16a gestützte Rechtsmeinung des Berufungsgerichts zum Vorliegen eines ausreichenden Migrationstatbestands unvertretbar sein soll, werden in der außerordentlichen Revision der Beklagten nicht aufgezeigt.

9. Dass den Sozialpartnern im Rahmen der ihnen nach Art 28 der Grundrechtecharta gewährten Befugnis, Tarifverträge auszuhandeln und zu schließen, kein größerer Gestaltungsspielraum zukommt als den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und sie in gleicher Weise wie diese an das Unionsrecht gebunden sind, hat der Senat bereits in der Entscheidung 9 ObA 98/16a (Pkt I.2. mwN) erläutert.

Mangels Geltendmachung einer Rechtsfrage von der Qualität des§ 502 Abs 1 ZPO ist die außerordentliche Revision der Beklagten zurückzuweisen. Einer weiteren Begründung bedarf diese Zurückweisung nicht (§ 510 Abs 3 Satz 3 ZPO).

#### **Textnummer**

E129788

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

ECLI:AT:OGH0002:2020:009OBA00040.20B.0929.000

#### **Im RIS seit**

23.11.2020

#### **Zuletzt aktualisiert am**

17.06.2021

**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)