

# TE OGH 2017/2/28 9ObA70/16h

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.02.2017

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf als Vorsitzenden, die Hofrätin Hon.-Prof. Dr. Dehn und die Hofrätin Mag. Korn, sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Andreas Mörk und Dr. Klaus Mayr als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Ing. G\*\*\*\*\*, vertreten durch Nusterer & Mayer Rechtsanwälte OG in St. Pölten, gegen die beklagte Partei Stadtgemeinde \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Gerhard Taufner, Mag. Johann Huber, Dr. Melanie Haberer, Rechtsanwälte in Melk, wegen 24.333,47 EUR brutto sA und Feststellung (Streitwert 397.058,20 EUR), über den Rekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 27. Jänner 2016, GZ 7 Ra 20/15k-30, mit dem über Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts St. Pölten als Arbeits- und Sozialgericht vom 27. November 2014, GZ 27 Cga 49/14t-23, aufgehoben wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Der Kläger ist seit 2001 bei der Beklagten beschäftigt. Nach dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Dienstvertrag wurde der Kläger im Dienstzweig Nr 46 (gehobener Bau-, Vermessungs- und technischer Dienst) als provisorischer Leiter des Bauamtes in Vollbeschäftigung angestellt. Weiters heißt es im Vertrag: „Die Einstufung erfolgt in der Grundverwendungsgruppe 6. Der Dienstpostenplan der beklagten Stadtgemeinde weist den Dienstposten des Baudirektors als Funktionsdienstposten aus, wobei gemäß Verordnung des Gemeinderats vom 16. 12. 1997 eine Zuordnung zur Funktionsgruppe 9 erfolgt. Für die Dauer der Innehabung dieses Dienstpostens erhält der [Kläger] anstelle des Monatsentgelts nach der Grundverwendungsgruppe 6 das Monatsentgelt nach Funktionsgruppe 9.“ Der zunächst auf ein Jahr befristete Vertrag wurde in der Folge auf unbestimmte Zeit verlängert.

Mit Schreiben vom 19. 12. 2013 informierte der Bürgermeister die Mitglieder des Gemeinderats und den Kläger über die von ihm getroffene Personalmaßnahme der Abberufung des Klägers von seiner Funktionsverwendung als Leiter der Bauabteilung. In der Gemeinderatssitzung vom 30. 1. 2014 wurde diese Maßnahme vom Gemeinderat bestätigt und bis zur nächsten Gemeinderatssitzung verlängert. In dieser Sitzung vom 8. 4. 2014 wurde die Maßnahme, „Entbindung vom Aufgabengebiet Hochwasserschutz“ und „Abberufung vom Funktionsdienstposten Leiter des

Bauamtes“ unbefristet bestätigt. Mit Dienstauftrag vom 10. 4. 2014 wurde der Kläger mit Wirkung 8. 4. 2014 vom Funktionsdienstposten „Leiter des Bauamtes“ abberufen. Es wurde festgestellt, dass er ab diesem Zeitpunkt nur noch ein Monatsentgelt nach der Leistungsentlohnungsgruppe 7, Entlohnungsstufe 5 erhält. Die Personalvertretung wurde von der Maßnahme nur mündlich verständigt.

Der Kläger begehrt nun mit der vorliegenden Klage die Zahlung von 24.333,47 EUR brutto sA als Gehaltsdifferenz für den Zeitraum von April bis November 2014 sowie die Feststellung, dass die Versetzung, mit der er vom Funktionsdienstposten „Leiter des Bauamtes“ abberufen wurde, rechtsunwirksam sei und er weiterhin als Leiter des Bauamtes von der Beklagten zu beschäftigen und in Entsprechung der gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen gemäß dieser Funktion zu entlohnen sei. Die Abberufung von seinem Funktionsdienstposten, die ihm erst am 13. 5. 2014 zugestellt worden sei, entbehre jeder rechtlichen Grundlage. Eine einseitige Maßnahme ohne Vorliegen eines Gemeinderatsbeschlusses sei rechtswidrig. Im Dienstauftrag sei auch keine Funktionsbeschreibung des nunmehr zugewiesenen Arbeitsplatzes enthalten. Die Maßnahme sei auch von der Personalvertretung weder genehmigt worden noch sei diese überhaupt verständigt worden. Er habe seine Dienstpflichten immer ordnungsgemäß erfüllt; es gebe keine Gründe, die eine Abberufung rechtfertigten.

Die Beklagte bestreitet. Dem Kläger sei aufgrund seines Dienstvertrags ausschließlich für die Dauer der Innehabung seines Dienstpostens als Bauamtsleiter anstelle des Monatsgehalts nach Grundverwendungsgruppe 6 das Monatsgehalt nach der Funktionsgruppe 9 gewährt worden. Die Personalmaßnahme des Bürgermeisters sei von § 42 NÖ GVBG gedeckt. Der Gemeinderat habe diese Personalmaßnahme bestätigt. Grund sei die Nicht- bzw Mindererfüllung der Funktionsaufgaben des Klägers gewesen. Er sei wesentlichen Aufgaben des Bauamtsleiters nicht nachgekommen. Mit Beendigung der Innehabung eines Funktionsdienstpostens sei der Kläger nur noch einfacher Mitarbeiter der Bauabteilung. Ihm stünde daher nur das Monatsgehalt nach der Entlohnungsstufe zu, die sich ergeben würde, wenn die Betreuung mit der Funktion nicht erfolgt sei. Es sei daher eine Einreihung in die Leistungsverwendungs-gruppe 7 vorzunehmen gewesen. Im Dienstvertrag sei eine Widerruflichkeit der Bestellung zum Leiter des Bauamtes vereinbart gewesen. Die Beklagte bestreitet. Dem Kläger sei aufgrund seines Dienstvertrags ausschließlich für die Dauer der Innehabung seines Dienstpostens als Bauamtsleiter anstelle des Monatsgehalts nach Grundverwendungsgruppe 6 das Monatsgehalt nach der Funktionsgruppe 9 gewährt worden. Die Personalmaßnahme des Bürgermeisters sei von Paragraph 42, NÖ GVBG gedeckt. Der Gemeinderat habe diese Personalmaßnahme bestätigt. Grund sei die Nicht- bzw Mindererfüllung der Funktionsaufgaben des Klägers gewesen. Er sei wesentlichen Aufgaben des Bauamtsleiters nicht nachgekommen. Mit Beendigung der Innehabung eines Funktionsdienstpostens sei der Kläger nur noch einfacher Mitarbeiter der Bauabteilung. Ihm stünde daher nur das Monatsgehalt nach der Entlohnungsstufe zu, die sich ergeben würde, wenn die Betreuung mit der Funktion nicht erfolgt sei. Es sei daher eine Einreihung in die Leistungsverwendungs-gruppe 7 vorzunehmen gewesen. Im Dienstvertrag sei eine Widerruflichkeit der Bestellung zum Leiter des Bauamtes vereinbart gewesen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Zu prüfen sei nur die Entscheidung des Gemeinderats, da die Abberufung von einem Funktionsdienstposten in dessen Zuständigkeit falle. Eine Versetzung sei nur im Rahmen des Dienstvertrags zulässig. Der Vertrag des Klägers sehe eine Tätigkeit als Leiter des Bauamtes vor. Die Abberufung und Beschäftigung des Klägers an einer Stelle ohne Leiterfunktion entspreche daher nicht dem Dienstvertrag. Auch aus § 11 Abs 2 NÖ GVBG ergebe sich nichts anderes, da eine Abberufung von einem Funktionsdienstposten nur dann zulässig sei, wenn eine Versetzung auf einen anderen Dienstposten möglich sei, was hier eben nicht der Fall sei. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Zu prüfen sei nur die Entscheidung des Gemeinderats, da die Abberufung von einem Funktionsdienstposten in dessen Zuständigkeit falle. Eine Versetzung sei nur im Rahmen des Dienstvertrags zulässig. Der Vertrag des Klägers sehe eine Tätigkeit als Leiter des Bauamtes vor. Die Abberufung und Beschäftigung des Klägers an einer Stelle ohne Leiterfunktion entspreche daher nicht dem Dienstvertrag. Auch aus Paragraph 11, Absatz 2, NÖ GVBG ergebe sich nichts anderes, da eine Abberufung von einem Funktionsdienstposten nur dann zulässig sei, wenn eine Versetzung auf einen anderen Dienstposten möglich sei, was hier eben nicht der Fall sei.

Der gegen dieses Urteil erhobenen Berufung der Beklagten gab das Berufungsgericht Folge, hob das Urteil auf und verwies die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung zurück an das Erstgericht. Bei der Abberufung des Klägers von seiner Stelle als Leiter des Bauamtes handle es sich um eine Verwendungsänderung und damit um eine funktionelle Versetzung. § 4 Abs 1 NÖ GVBG sehe vor, dass ein Vertragsbediensteter versetzt werden könne, wenn dies im Interesse des Dienstes notwendig sei. Damit sei eine Versetzung aber unabhängig davon

möglich, ob sie durch den Inhalt des Dienstvertrags gedeckt sei. Vorausgesetzt sei aber die – vom Erstgericht nicht geprüfte – Notwendigkeit der Versetzung im Interesse des Dienstes. Da es sich im konkreten Fall um einen Funktionsdienstposten handle, sei zusätzlich § 11 Abs 2 NÖ GVBG zu beachten. Diese Regelung sehe vor, dass der Gemeinderat Vertragsbedienstete mit Dienstauftrag mit einem Funktionsdienstposten betrauen bzw von einem solchen abberufen könne. Es handle sich um eine lex specialis gegenüber § 4 Abs 1 NÖ GVBG, weshalb die Abberufung auch in diesem Fall nicht vom Inhalt des Dienstvertrags gedeckt sein müsse. Nach dem Gesetz sei sie an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft. Der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) habe jedoch zu einer vergleichbaren Regelung der NÖ GBDO 1979 solche Abberufungen als unwirksam angesehen, wenn sie aus unsachlichen Motiven, also willkürlich, vorgenommen würden. Auf die dienst- und besoldungsrechtliche Qualität der neuen Verwendung komme es dagegen nicht an. Diese Rechtsprechung sei auch auf den vorliegenden Fall zu übertragen. Damit sei bei Nichtvorliegen von Willkür die Abberufung des Klägers auch dann rechtswirksam, wenn die Voraussetzungen des § 4 Abs 1 NÖ GVBG nicht erfüllt seien. Dies könne aber nach den Feststellungen derzeit noch nicht beurteilt werden. Das Verfahren sei daher entsprechend zu ergänzen. Da die Personalvertretung, wenn auch nur mündlich, verständigt worden sei, sei von der Zustimmungsfiktion des § 25 Abs 3 NÖ Gemeinde-Personalvertretungsgesetz auszugehen. Der gegen dieses Urteil erhobenen Berufung der Beklagten gab das Berufungsgericht Folge, hob das Urteil auf und verwies die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung zurück an das Erstgericht. Bei der Abberufung des Klägers von seiner Stelle als Leiter des Bauamtes handle es sich um eine Verwendungsänderung und damit um eine funktionelle Versetzung. Paragraph 4, Absatz eins, NÖ GVBG sehe vor, dass ein Vertragsbediensteter versetzt werden könne, wenn dies im Interesse des Dienstes notwendig sei. Damit sei eine Versetzung aber unabhängig davon möglich, ob sie durch den Inhalt des Dienstvertrags gedeckt sei. Vorausgesetzt sei aber die – vom Erstgericht nicht geprüfte – Notwendigkeit der Versetzung im Interesse des Dienstes. Da es sich im konkreten Fall um einen Funktionsdienstposten handle, sei zusätzlich Paragraph 11, Absatz 2, NÖ GVBG zu beachten. Diese Regelung sehe vor, dass der Gemeinderat Vertragsbedienstete mit Dienstauftrag mit einem Funktionsdienstposten betrauen bzw von einem solchen abberufen könne. Es handle sich um eine lex specialis gegenüber Paragraph 4, Absatz eins, NÖ GVBG, weshalb die Abberufung auch in diesem Fall nicht vom Inhalt des Dienstvertrags gedeckt sein müsse. Nach dem Gesetz sei sie an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft. Der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) habe jedoch zu einer vergleichbaren Regelung der NÖ GBDO 1979 solche Abberufungen als unwirksam angesehen, wenn sie aus unsachlichen Motiven, also willkürlich, vorgenommen würden. Auf die dienst- und besoldungsrechtliche Qualität der neuen Verwendung komme es dagegen nicht an. Diese Rechtsprechung sei auch auf den vorliegenden Fall zu übertragen. Damit sei bei Nichtvorliegen von Willkür die Abberufung des Klägers auch dann rechtswirksam, wenn die Voraussetzungen des Paragraph 4, Absatz eins, NÖ GVBG nicht erfüllt seien. Dies könne aber nach den Feststellungen derzeit noch nicht beurteilt werden. Das Verfahren sei daher entsprechend zu ergänzen. Da die Personalvertretung, wenn auch nur mündlich, verständigt worden sei, sei von der Zustimmungsfiktion des Paragraph 25, Absatz 3, NÖ Gemeinde-Personalvertretungsgesetz auszugehen.

Den Rekurs an den Obersten Gerichtshof ließ das Berufungsgericht zu, weil Rechtsprechung zur Auslegung der § 4 Abs 1 und § 11 Abs 2 NÖ GVBG und zum Verhältnis dieser Bestimmungen zueinander fehle. Den Rekurs an den Obersten Gerichtshof ließ das Berufungsgericht zu, weil Rechtsprechung zur Auslegung der Paragraph 4, Absatz eins und Paragraph 11, Absatz 2, NÖ GVBG und zum Verhältnis dieser Bestimmungen zueinander fehle.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs des Klägers mit dem Antrag, die Entscheidung dahingehend abzuändern, dass das Ersturteil wiederhergestellt wird. In eventu wird die Aufhebung und Zurückverweisung an das Berufungsgericht, in eventu die Aufhebung und die Zurückverweisung in die erste Instanz beantragt.

Die Beklagte beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist aus den vom Berufungsgericht genannten Gründen zulässig, er ist aber nicht berechtigt.

1.1. § 3 Abs 1 lit d NÖ GVBG sieht vor, dass der Dienstvertrag Bestimmungen darüber zu enthalten hat, welchem Dienstzweig und welcher Entlohnungsgruppe der Vertragsbedienstete angehören soll. Die Umschreibung der Tätigkeit, für die der Vertragsbedienstete aufgenommen wurde, erfolgt daher seit Einführung dieser Bestimmung nicht mehr durch die Angabe der Beschäftigungsart, sondern nur durch die Bezeichnung des jeweiligen Dienstzweigs und der Grundverwendungsgruppe (vgl Motivbericht des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung zur Änderung des

NÖ GVBG 1976 II/1-1005/314-95, 4). In der von ihren Regelungen vergleichbaren NÖ GBDO 1976 ist in § 28 Abs 3 zur Bedeutung dieser Einordnung ausdrücklich festgehalten, dass der Umfang der Dienstobliegenheiten nach den besonderen, für die einzelnen Dienstzweige geltenden Vorschriften, oder wenn diese nicht ausreichen, nach der Natur und dem Wesen des Dienstes zu beurteilen ist. 1.1. Paragraph 3, Absatz eins, Litera d, NÖ GVBG sieht vor, dass der Dienstvertrag Bestimmungen darüber zu enthalten hat, welchem Dienstzweig und welcher Entlohnungsgruppe der Vertragsbedienstete angehören soll. Die Umschreibung der Tätigkeit, für die der Vertragsbedienstete aufgenommen wurde, erfolgt daher seit Einführung dieser Bestimmung nicht mehr durch die Angabe der Beschäftigungsart, sondern nur durch die Bezeichnung des jeweiligen Dienstzweigs und der Grundverwendungsgruppe vergleiche Motivbericht des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung zur Änderung des NÖ GVBG 1976 II/1-1005/314-95, 4). In der von ihren Regelungen vergleichbaren NÖ GBDO 1976 ist in Paragraph 28, Absatz 3, zur Bedeutung dieser Einordnung ausdrücklich festgehalten, dass der Umfang der Dienstobliegenheiten nach den besonderen, für die einzelnen Dienstzweige geltenden Vorschriften, oder wenn diese nicht ausreichen, nach der Natur und dem Wesen des Dienstes zu beurteilen ist.

1.2. Nach seinem Dienstvertrag wurde der Kläger für den Dienstzweig 46 (gehobener Bau-, Vermessungs- und technischer Dienst) in der Grundverwendungsgruppe 6 aufgenommen. Dieser Dienstzweig und die Verwendungsgruppe umschreiben daher den Tätigkeitsbereich, zu dem sich der Kläger vertraglich verpflichtet hat.

2.1. Zusätzlich wurde er mit dem Funktionsdienstposten des Leiters des Bauamtes betraut. § 11 Abs 2 NÖ GVBG sieht vor, dass der Gemeinderat Vertragsbedienstete mit Dienstauftrag mit einem Funktionsdienstposten betrauen bzw von einem Funktionsdienstposten abberufen kann. Nach dem Motivenbericht des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung tritt mit einer Betrauung mit einem Funktionsdienstposten keine Änderung der dienstrechtlichen Stellung ein (Mотивenbericht des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung zur Änderung des NÖ GVBG 1976 II/1-1005/314-95, 6). 2.1. Zusätzlich wurde er mit dem Funktionsdienstposten des Leiters des Bauamtes betraut. Paragraph 11, Absatz 2, NÖ GVBG sieht vor, dass der Gemeinderat Vertragsbedienstete mit Dienstauftrag mit einem Funktionsdienstposten betrauen bzw von einem Funktionsdienstposten abberufen kann. Nach dem Motivenbericht des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung tritt mit einer Betrauung mit einem Funktionsdienstposten keine Änderung der dienstrechtlichen Stellung ein (Mотивenbericht des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung zur Änderung des NÖ GVBG 1976 II/1-1005/314-95, 6).

Durch die Betrauung mit einem Funktionsdienstposten wird dem Vertragsbediensteten eine bestimmte Tätigkeit innerhalb des vereinbarten Dienstzweigs zugewiesen, die für die Dauer ihrer Ausübung aufgrund der damit verbundenen Verantwortung mit einer höheren Entlohnung entsprechend der Funktionsgruppe verbunden ist. Damit wird aber die dienstvertraglich vereinbarte Leistung nicht auf diese Tätigkeit beschränkt. Schon allgemein gilt, dass aus der bloßen Tatsache einer längeren Verwendung des Dienstnehmers an einem bestimmten Arbeitsplatz für sich allein noch nicht ohne weiteres geschlossen werden kann, dass sich der Aufgabenkreis des Dienstnehmers auf diese Tätigkeit beschränkt hätte (RIS-Justiz RS0029509). Gerade bei unkündbaren (definitiven) bzw nur erschwert kündbaren Dienstverhältnissen legt die Rechtsprechung den Umfang der Arbeitspflicht des Dienstnehmers weiter aus. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass der kündigungsgeschützte Dienstnehmer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bzw der Definitivstellung redlicherweise nicht damit habe rechnen können, er werde auch im Fall einer Änderung der Umstände, keine Änderungen hinnehmen müssen und allenfalls ein arbeitsloses Einkommen beziehen (9 ObA 51/07a mWN; vgl auch 9 ObA 21/08s). Durch die Betrauung mit einem Funktionsdienstposten wird dem Vertragsbediensteten eine bestimmte Tätigkeit innerhalb des vereinbarten Dienstzweigs zugewiesen, die für die Dauer ihrer Ausübung aufgrund der damit verbundenen Verantwortung mit einer höheren Entlohnung entsprechend der Funktionsgruppe verbunden ist. Damit wird aber die dienstvertraglich vereinbarte Leistung nicht auf diese Tätigkeit beschränkt. Schon allgemein gilt, dass aus der bloßen Tatsache einer längeren Verwendung des Dienstnehmers an einem bestimmten Arbeitsplatz für sich allein noch nicht ohne weiteres geschlossen werden kann, dass sich der Aufgabenkreis des Dienstnehmers auf diese Tätigkeit beschränkt hätte (RIS-Justiz RS0029509). Gerade bei unkündbaren (definitiven) bzw nur erschwert kündbaren Dienstverhältnissen legt die Rechtsprechung den Umfang der Arbeitspflicht des Dienstnehmers weiter aus. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass der kündigungsgeschützte Dienstnehmer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bzw der Definitivstellung redlicherweise nicht damit habe rechnen können, er werde auch im Fall einer Änderung der Umstände, keine Änderungen hinnehmen müssen und allenfalls ein arbeitsloses Einkommen beziehen (9 ObA 51/07a mWN; vergleiche auch 9 ObA 21/08s).

2.2. Auch aufgrund seines Dienstvertrags konnte der Kläger nicht von einer Anstellung nur für den Funktionsdienstposten und einer dauernden Verwendung auf diesem Funktionsdienstposten ausgehen. Der Dienstvertrag nennt nämlich nicht nur ausdrücklich den Dienstzweig und die Grundverwendungsgruppe, sondern verweist auch darauf, dass der Kläger das Entgelt nach der Funktionsgruppe nur für die Dauer der Innehabung dieses Funktionsdienstpostens erhält. Daraus ergibt sich einerseits die Grundverwendung laut Dienstvertrag und die (möglicherweise auch nur vorübergehend) höhere Verwendung mit Funktionszulage.

2.3. Bei einer Abberufung des Klägers von diesem Funktionsdienstposten unter gleichzeitiger Betrauung mit einer Tätigkeit, die dem vereinbarten Dienstzweig und der Verwendungsgruppe entspricht, handelt es sich daher um keine vertragsändernde Versetzung. Dem wesentlichen Argument des Klägers im Rekurs, dass die vorliegende Versetzung nicht von seinem Dienstvertrag gedeckt ist, ist daher nicht zu folgen.

3. § 4 Abs 1 letzter Satz NÖ GVBG sieht vor, dass der Vertragsbedienstete, wenn es im Interesse des Dienstes notwendig ist, auf einen anderen Dienstposten versetzt werden kann. Paragraph 4, Absatz eins, letzter Satz NÖ GVBG sieht vor, dass der Vertragsbedienstete, wenn es im Interesse des Dienstes notwendig ist, auf einen anderen Dienstposten versetzt werden kann.

Richtig hat das Berufungsgericht darauf verwiesen, dass das NÖ GVBG anders als etwa § 6 Abs 1 VBG keine Einschränkung auf eine örtliche Versetzung beinhaltet. Sie erfasst daher auch die mit einer Änderung der Tätigkeit verbundene („funktionelle“) Versetzung. Dass im konkreten Fall eine funktionelle Versetzung vorliegt, ist unstrittig. Richtig hat das Berufungsgericht darauf verwiesen, dass das NÖ GVBG anders als etwa Paragraph 6, Absatz eins, VBG keine Einschränkung auf eine örtliche Versetzung beinhaltet. Sie erfasst daher auch die mit einer Änderung der Tätigkeit verbundene („funktionelle“) Versetzung. Dass im konkreten Fall eine funktionelle Versetzung vorliegt, ist unstrittig.

Die Zulässigkeit der Versetzung setzt nach § 4 Abs 1 letzter Satz NÖ GVBG ihre Notwendigkeit im Interesse des Dienstes voraus. Dagegen spricht § 11 Abs 2 leg cit davon, dass der Gemeinderat den Vertragsbediensteten mit Dienstauftrag mit einem Funktionsdienstposten betrauen bzw von einem solchen abberufen kann, ohne dass weitere Voraussetzungen genannt sind. Die Zulässigkeit der Versetzung setzt nach Paragraph 4, Absatz eins, letzter Satz NÖ GVBG ihre Notwendigkeit im Interesse des Dienstes voraus. Dagegen spricht Paragraph 11, Absatz 2, leg cit davon, dass der Gemeinderat den Vertragsbediensteten mit Dienstauftrag mit einem Funktionsdienstposten betrauen bzw von einem solchen abberufen kann, ohne dass weitere Voraussetzungen genannt sind.

Dem Berufungsgericht ist darin zuzustimmen, dass es sich bei § 11 Abs 2 NÖ GVBG um eine lex specialis handelt, die die Möglichkeit der Versetzung für Vertragsbedienstete für Funktionsdienstposten erweitert, nicht nur, wie die Revision meint, eine Zuständigkeit des Gemeinderats normiert. Durch die Regelungen über die Funktionsdienstposten sollte eine Angleichung an das Gemeindebeamtendienstrecht erreicht werden (vgl Motivenbericht des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung II/1-1005/314-95, 1f). In der NÖ GBDO 1976 sollte mit den Funktionsdienstposten für Leiterpositionen ein Leistungsanreiz geboten werden, indem für die Dauer der Innehabung des Funktionsdienstpostens aufgrund der qualifizierten Verwendung eine höhere Entlohnung vorgesehen wurde, die bei Entzug des Funktionsdienstpostens wieder entfallen sollte. Zugleich wurde festgehalten, dass Maßnahmen wie Versetzungen (innerhalb desselben Dienstzweigs) und Funktionsdauer nicht bescheidmäßig auszusprechen und jederzeit rückgängig gemacht werden könnten (Mотивenbericht der Niederösterreichischen Landesregierung II/1-1003/600-95-1, 2, 8). Dementsprechend erachtet der VwGH eine Abberufung von einem Funktionsdienstposten nach dem NÖ GBDO nur dann als unwirksam, wenn sie aus unsachlichen Motiven, also – im Sinn der verfassungsgerichtlichen Terminologie – willkürlich, vorgenommen wurde. Auf die dienst- und besoldungsrechtliche „Qualität“ der neuen Verwendung komme es dagegen nicht an (VwGH 99/12/0355 ua). Dem Berufungsgericht ist darin zuzustimmen, dass es sich bei Paragraph 11, Absatz 2, NÖ GVBG um eine lex specialis handelt, die die Möglichkeit der Versetzung für Vertragsbedienstete für Funktionsdienstposten erweitert, nicht nur, wie die Revision meint, eine Zuständigkeit des Gemeinderats normiert. Durch die Regelungen über die Funktionsdienstposten sollte eine Angleichung an das Gemeindebeamtendienstrecht erreicht werden (vergleiche Motivenbericht des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung II/1-1005/314-95, 1f). In der NÖ GBDO 1976 sollte mit den Funktionsdienstposten für Leiterpositionen ein Leistungsanreiz geboten werden, indem für die Dauer der Innehabung des Funktionsdienstpostens aufgrund der qualifizierten Verwendung eine höhere Entlohnung vorgesehen wurde, die bei Entzug des Funktionsdienstpostens wieder entfallen sollte. Zugleich wurde festgehalten, dass Maßnahmen wie

Versetzungen (innerhalb desselben Dienstzweigs) und Funktionsdauer nicht bescheidmäßig auszusprechen und jederzeit rückgängig gemacht werden könnten (Motivenbericht der Niederösterreichischen Landesregierung II/1-1003/600-95-1, 2, 8). Dementsprechend erachtet der VwGH eine Abberufung von einem Funktionsdienstposten nach dem NÖ GBDO nur dann als unwirksam, wenn sie aus unsachlichen Motiven, also – im Sinn der verfassungsgerichtlichen Terminologie – willkürlich, vorgenommen wurde. Auf die dienst- und besoldungsrechtliche „Qualität“ der neuen Verwendung komme es dagegen nicht an (VwGH 99/12/0355 ua).

Daraus dass der Landesgesetzgeber die Möglichkeit der Abberufung von einem Funktionsdienstposten aus der NÖ GBDO in das NÖ GVBG übernommen hat, ohne dabei auf die nach § 4 Abs 1 NÖ GVBG vorausgesetzte Notwendigkeit im Interesse des Dienstes zu verweisen, ist zu schließen, dass er die nach dem Gemeindebeamtendienstrecht mögliche, nur durch die Grenze der Willkür gebundene Flexibilität bei der Bestellung und Abberufung für Funktionsdienstposten auch für die Vertragsbediensteten übernehmen wollte. Daraus dass der Landesgesetzgeber die Möglichkeit der Abberufung von einem Funktionsdienstposten aus der NÖ GBDO in das NÖ GVBG übernommen hat, ohne dabei auf die nach Paragraph 4, Absatz eins, NÖ GVBG vorausgesetzte Notwendigkeit im Interesse des Dienstes zu verweisen, ist zu schließen, dass er die nach dem Gemeindebeamtendienstrecht mögliche, nur durch die Grenze der Willkür gebundene Flexibilität bei der Bestellung und Abberufung für Funktionsdienstposten auch für die Vertragsbediensteten übernehmen wollte.

Auch bei Gemeindevertragsbediensteten ist daher die Abberufung von einem Funktionsdienstposten nur dann unzulässig, wenn sie willkürlich erfolgt.

4. Zu Recht hat daher das Berufungsgericht die erstinstanzliche Entscheidung zur vom Erstgericht noch nicht behandelten Frage, inwieweit die Abberufung des Klägers aus unsachlichen Gründen erfolgt ist, aufgehoben. Dem Rekurs des Klägers gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts war daher nicht Folge zu geben.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf Paragraph 52, ZPO.

#### **Schlagworte**

1 Generalabonnement, 11 Arbeitsrechtssachen

#### **Textnummer**

E117600

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

ECLI:AT:OGH0002:2017:009OBA00070.16H.0228.000

#### **Im RIS seit**

04.04.2017

#### **Zuletzt aktualisiert am**

19.01.2018

**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)