

TE OGH 2013/7/24 9ObA9/13h

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.07.2013

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Dr. Hopf als Vorsitzenden, die Hofräte Hon.-Prof. Dr. Kuras und Mag. Ziegelbauer sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Dr. Rolf Gleißner und Mag. Ernst Bassler als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei A***** T*****, vertreten durch Mag. Knirsch, Mag. Braun, Mag. Fellner, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien MA 2, 1082 Wien, Rathausstraße 4, vertreten durch Dr. Gustav Teicht, Dr. Gerhard Jöchl, Rechtsanwälte in Wien, wegen 4.968,04 EUR brutto sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 25. Oktober 2012, GZ 10 Ra 79/12d-17, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 14. November 2011, GZ 36 Cga 40/11d-13, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung zu lauten hat:

„Die beklagte Partei ist schuldig, dem Kläger 4.968,04 EUR brutto zuzüglich 8,38 % Zinsen aus 177,78 EUR seit 31.5.2011, 8,38 % Zinsen aus 177,78 EUR seit 30.4.2011, 8,38 % Zinsen aus 177,78 EUR seit 31.3.2011, 8,38 % Zinsen aus 177,78 EUR seit 28.2.2011, 8,38 % Zinsen aus 177,78 EUR seit 31.1.2011, 8,38 % Zinsen aus 177,78 EUR seit 31.12.2010, 8,38 % Zinsen aus 153,53 EUR seit 30.11.2010, 8,38 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 31.10.2010, 8,38 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 30.9.2010, 8,38 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 31.8.2010, 8,38 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 31.7.2010, 8,38 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 30.6.2010, 8,38 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 31.5.2010, 8,38 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 30.4.2010, 8,38 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 31.3.2010, 8,38 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 28.2.2010, 8,38 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 31.1.2010, 8,38 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 31.12.2009, 8,38 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 30.11.2009, 8,38 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 31.10.2009, 8,38 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 30.9.2009, 8,38 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 31.8.2009, 8,38 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 31.7.2009, 9,88 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 30.6.2009, 9,88 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 31.5.2009, 9,88 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 30.4.2009, 9,88 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 31.3.2009, 9,88 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 28.2.2009, 9,88 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 31.1.2009, 11,19 % Zinsen aus 140,07 EUR seit 31.12.2008, 11,19 % Zinsen aus 114,94 EUR seit 30.11.2008, 11,19 % Zinsen aus 102,82 EUR seit 31.10.2008, 11,19 % Zinsen aus 102,82 EUR seit 30.9.2008, 11,19 % Zinsen aus 102,82 EUR seit 31.8.2008 und 8,38 % Zinsen aus 102,82 EUR seit 30.7.2008 binnen 14 Tagen zu bezahlen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 2.108,54 EUR bestimmten Verfahrenskosten (darin enthalten 306,26 EUR USt und 281,53 EUR Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.170,32 EUR bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin enthalten 108,72 EUR USt und 518 EUR Barauslagen) sowie die mit 1.095,98 EUR

bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten 74,66 EUR USt und 648 EUR Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger war vom 9. 5. 1994 bis 31. 5. 2011 bei der Beklagten als Überwachungsorgan des ruhenden Verkehrs tätig. Auf das Dienstverhältnis finden die Bestimmungen des Gesetzes über das Dienstrecht der Vertragsbediensteten der Gemeinde Wien (Vertragsbedienstetenordnung 1995 - VBO 1995), LGBl 1995/50, Anwendung. Gemäß § 17 Abs 1 VBO 1995 gilt, sofern die VBO nichts anderes bestimmt, für die Vertragsbediensteten der Beklagten das Gesetz über das Besoldungsrecht der Beamten der Bundeshauptstadt Wien (Besoldungsordnung 1994 - BO 1994), LGBl 1994/55, sinngemäß mit den in § 17 VBO 1995 näher normierten Maßgaben. Der Kläger war vom 9. 5. 1994 bis 31. 5. 2011 bei der Beklagten als Überwachungsorgan des ruhenden Verkehrs tätig. Auf das Dienstverhältnis finden die Bestimmungen des Gesetzes über das Dienstrecht der Vertragsbediensteten der Gemeinde Wien (Vertragsbedienstetenordnung 1995 - VBO 1995), LGBl 1995/50, Anwendung. Gemäß Paragraph 17, Absatz eins, VBO 1995 gilt, sofern die VBO nichts anderes bestimmt, für die Vertragsbediensteten der Beklagten das Gesetz über das Besoldungsrecht der Beamten der Bundeshauptstadt Wien (Besoldungsordnung 1994 - BO 1994), LGBl 1994/55, sinngemäß mit den in Paragraph 17, VBO 1995 näher normierten Maßgaben.

Die für die im Verfahren strittige Frage der Einreihung des Klägers und Überstellung in eine höhere Verwendungsgruppe maßgeblichen Bestimmungen der BO 1994 lauten auszugsweise wie folgt:

„Erreichen eines höheren Gehalts

§ 15 (1) Der Beamte erreicht ein höheres Gehalt durch Vorrückung (§ 11), durch Überstellung in eine höhere Verwendungsgruppe (§ 18), der Beamte des Schemas II außerdem durch Beförderung (§ 17). Paragraph 15, (1) Der Beamte erreicht ein höheres Gehalt durch Vorrückung (Paragraph 11,), durch Überstellung in eine höhere Verwendungsgruppe (Paragraph 18,), der Beamte des Schemas römisch zwei außerdem durch Beförderung (Paragraph 17,).

[...]

Überstellung

§ 18 (1) Überstellung ist die Ernennung des Beamten zum Beamten einer anderen Verwendungsgruppe Paragraph 18, (1) Überstellung ist die Ernennung des Beamten zum Beamten einer anderen Verwendungsgruppe.

[...]

Dienstbeschreibung

§ 39a Stellt eine besoldungsrechtliche Maßnahme nach diesem Gesetz, einer Anlage zu diesem Gesetz oder nach einer auf dieses Gesetz gegründeten Verordnung auf die Dienstleistung des Beamten ab, hat deren Bewertung im Rahmen einer Gesamtbeurteilung zu erfolgen, welche insbesondere die Art der erbrachten Leistungen, deren Qualität sowie die Quantität der erbrachten und zu erbringenden Leistungen zu umfassen hat. Dabei sind Zeiträume, in denen der Beamte durch Krankheit oder Unfall an der Dienstleistung verhindert war, ohne dass er die Verhinderung vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat, im Ausmaß von 13 Tagen bezogen auf einen einjährigen Beurteilungszeitraum außer Betracht zu lassen.“ Paragraph 39 a, Stellt eine besoldungsrechtliche Maßnahme nach diesem Gesetz, einer Anlage zu diesem Gesetz oder nach einer auf dieses Gesetz gegründeten Verordnung auf die Dienstleistung des Beamten ab, hat deren Bewertung im Rahmen einer Gesamtbeurteilung zu erfolgen, welche insbesondere die Art der erbrachten Leistungen, deren Qualität sowie die Quantität der erbrachten und zu erbringenden Leistungen zu umfassen hat. Dabei sind Zeiträume, in denen der Beamte durch Krankheit oder Unfall an der Dienstleistung verhindert war, ohne dass er die Verhinderung vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat, im Ausmaß von 13 Tagen bezogen auf einen einjährigen Beurteilungszeitraum außer Betracht zu lassen.“

Die Bestimmungen über die Verwendungsgruppen in Anlage 1 zur BO 1994, Schema II (für den Kläger gemäß § 17 Abs 1 Z 1 VBO 1995: Schema IV) lauten auszugsweise (idF ABI 2007/39 und unter Verwendung der Bezeichnung „Bedienstetengruppe“ statt „Beamtengruppe“ gemäß § 17 Abs 1 Z 1 VBO 1995): Die Bestimmungen über die Verwendungsgruppen in Anlage 1 zur BO 1994, Schema römisch zwei (für den Kläger gemäß Paragraph 17, Absatz eins,

Ziffer eins, VBO 1995: Schema römisch vier) lauten auszugsweise in der Fassung Amtsblatt 2007, /39 und unter Verwendung der Bezeichnung „Bedienstetengruppe“ statt „Beamtengruppe“ gemäß Paragraph 17, Absatz eins, Ziffer eins, VBO 1995):

„Allgemeine Bestimmungen

[...]

2. Soweit eine bestimmte Verwendungsdauer oder Dienstzeit Voraussetzung für die Einreihung in eine Bedienstetengruppe ist, handelt es sich um eine Mindestdauer der Verwendung bzw Dienstzeit.

3. Voraussetzung für die Einreihung in eine Bedienstetengruppe auf Grund einer bestimmten Verwendungsdauer (Dienstzeit) ist eine zumindest sehr gute Dienstleistung. [...]

Gruppenaufteilung

[...]

Schema II Schema römisch zwei

[...]

Verwendungsgruppe D

A Bedienstetengruppen des gesamten Magistrats

[...]

B Bedienstetengruppen des gesamten Magistrats mit Ausnahme jener, auf die das Wiener Stadtwerke-Zuweisungsgesetz Anwendung findet

[...]

Überwachungsorgane für den ruhenden Verkehr, nach fünfjähriger Verwendung als Überwachungsorgan für den ruhenden Verkehr der Verwendungsgruppe E1 oder als Überwachungsorgan für Kurzparkzonen der Verwendungsgruppe E1 [...]

Verwendungsgruppe E1

B Bedienstetengruppen des gesamten Magistrats mit Ausnahme jener, auf die das Wiener Stadtwerke-Zuweisungsgesetz Anwendung findet

Überwachungsorgane für den ruhenden Verkehr, nach dreijähriger Verwendung als Überwachungsorgan für den ruhenden Verkehr oder als Überwachungsorgan für Kurzparkzonen [...]

Verwendungsgruppe E

A Bedienstetengruppen des gesamten Magistrats

[...]

B Bedienstetengruppen des gesamten Magistrats mit Ausnahme jener, auf die das Wiener Stadtwerke-Zuweisungsgesetz Anwendung findet

[...]

Überwachungsorgane für den ruhenden Verkehr

[...]“

Der Kläger war zunächst in die Verwendungsgruppe E und ab 1. 1. 1999 in die Verwendungsgruppe E1 eingereiht. Er hatte jährlich „sehr gute“ Dienstbeschreibungen.

Die Zahl der Krankenstandstage des Klägers betrugen:

1995 58 Tage

1996 22 Tage

1997 53 Tage

1998	56 Tage
1999	27 Tage
2000	48 Tage
2001	62 Tage
2002	62 Tage
2003	50 Tage
2004	39 Tage
2005	57 Tage
2006	52 Tage
2007	89 Tage
2008	35 Tage
2009	89 Tage
2010	235 Tage und
2011	151 Tage.

Grund für diese Krankenstände waren Erkältungen, fieberhafte Infekte, rheumatische Beschwerden, Bandscheibenprobleme und eine Nervenentzündung.

Die durchschnittlichen jährlichen Krankenstände bei der Beklagten betrugen im Jahr

1995	20,28 Tage
1996	17,91 Tage
1997	17,41 Tage
1998	18,60 Tage
1999	19,64 Tage
2000	19,26 Tage
2001	19,03 Tage
2002	19,67 Tage
2003	19,19 Tage
2004	19,38 Tage
2005	19,52 Tage
2006	19,51 Tage
2007	20,31 Tage
2008	20,40 Tage
2009	21,35 Tage
2010	21,35 Tage und
2011	20,04 Tage.

In dieser Statistik sind alle Mitarbeiter der Beklagten, insbesondere Innen- und Außendienstmitarbeiter enthalten, wobei jedoch nicht festgestellt werden kann, dass der Krankenstandsdurchschnitt von Außendienstmitarbeitern deutlich über dem der Innendienstmitarbeiter liegt.

Bei der Beklagten ist es üblich, dass eine Überstellung in eine höhere Verwendungsgruppe dann durchgeführt wird, wenn von der Dienststelle des Mitarbeiters ein Antrag gestellt wird und die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Überstellung - das ist im Fall des Klägers eine mindestens fünfjährige Dienstzugehörigkeit sowie mindestens sehr gute

Dienstbeschreibungen - erfüllt sind, und die Krankenstandstage nicht über dem Durchschnitt der Magistratsmitarbeiter liegen. Im Einzelfall kommt es auch vor, dass Mitarbeiter, deren Krankenstandstage knapp über dem Durchschnitt liegen, in eine höhere Verwendungsgruppe überstellt werden. Berücksichtigt werden von der Beklagten die letzten drei Jahre vor dem Tag, mit dem die Überstellung in die höhere Verwendungsgruppe erfolgen soll. Die für den Kläger zuständige Magistratsabteilung stellte keinen Antrag auf Überstellung des Klägers in eine höhere Verwendungsgruppe.

Der Kläger begehrt die Zahlung von Entgeltdifferenzen seit Juli 2008 mit dem wesentlichen Vorbringen, dass er bereits im Jahr 2004 sämtliche Voraussetzungen für eine Überstellung in die Verwendungsgruppe D erfüllt und insbesondere auch stets „sehr gute“ Dienstbeschreibungen erhalten habe. Die Anlage 1 zur BO 1994 räume der Beklagten keinen Ermessensspielraum bei der Überstellung ein. Auch liege im Fall des Klägers keine Beförderung vor, weil sich sein Tätigkeitsbereich auch bei Überstellung in die Verwendungsgruppe D nicht verändert hätte. Die Krankenstände des Klägers seien keine sachliche Rechtfertigung für das Unterbleiben der Überstellung, sodass die Ungleichbehandlung des Klägers auch gegen das arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot verstoße.

Die Beklagte wandte dagegen im Wesentlichen ein, dass die Überstellung in eine höhere Verwendungsgruppe nicht automatisch erfolge. Neben einer mindestens fünfjährigen Verwendung als Überwachungsorgan sei dafür auch eine sehr gute Dienstleistung erforderlich, an der es im konkreten Fall ungeachtet der sehr guten Dienstbeschreibungen fehle. Aufgrund der weit über dem Durchschnitt liegenden Krankenstände des Klägers habe die Beklagte davon ausgehen müssen, dass der Kläger zur Erfüllung seiner Dienstpflichten nicht in dem Ausmaß geeignet sei, das eine Überstellung in die nächsthöhere Verwendungsgruppe rechtfertigen könne.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Ein subjektives Recht eines Beamten auf Beförderung oder Überstellung in eine höhere Verwendungsgruppe bestehe nicht. Es sei sachlich gerechtfertigt, bei der Überstellung in eine andere Verwendungsgruppe auch auf quantitative Parameter wie etwa die Abwesenheit vom Dienst im Vergleich zu anderen Mitarbeitern abzustellen, sodass die Verweigerung der Überstellung des Klägers im Hinblick auf seine überdurchschnittlich hohen Krankenstände sachlich gerechtfertigt sei.

Das Berufungsgericht gab der vom Kläger gegen dieses Urteil erhobenen Berufung nicht Folge. Der Beklagten stehe bei der Überstellung eines Vertragsbediensteten, der als Überwachungsorgan für den ruhenden Verkehr tätig sei, von der Verwendungsgruppe E1 in die Verwendungsgruppe D ein Ermessensspielraum zu. Dies ergebe sich daraus, dass es sich bei der vorgeschriebenen Verwendungsdauer um einen Mindestzeitraum handle, sodass eine Überstellung nicht unmittelbar nach dessen Ablauf vorzunehmen sei. Darüber hinaus hänge die Überstellung von einer zumindest „sehr guten“ Dienstleistung ab. Der Beklagten stehe daher bei der Überstellung eines Vertragsbediensteten in eine höhere Verwendungsgruppe bei gleichbleibender Tätigkeit ein Gestaltungsrecht unter Beachtung der Vorgaben des Gesetzes zu, welches sie unter Beachtung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes allerdings nicht unsachlich ausüben dürfe. Ein Rechtsanspruch des Klägers auf Überstellung in eine höhere Verwendungsgruppe aufgrund einer bestimmten Verwendungsdauer bestehe nicht.

Gemäß § 39a BO 1994 sei für die Beurteilung der Dienstleistung auch die Quantität der Arbeit zu berücksichtigen, wobei lediglich Krankenstände im Ausmaß von bis zu 13 Tagen jährlich außer Betracht zu bleiben hätten. Der Oberste Gerichtshof habe bereits ausgeführt, dass weit über dem Durchschnitt liegende Krankenstände die Vermutung begründen können, dass der Arbeitnehmer zur Erfüllung seiner Arbeitspflichten ungeeignet sei und die Berücksichtigung langer Krankenstände bei der negativen Entscheidung des Arbeitgebers über eine Beförderung jedenfalls dann nicht diskriminierend und insofern verpönt sei, wenn - wie auch hier - der Arbeitgeber auch im Rahmen der Tätigkeit des Arbeitnehmers nach der Beförderung mit langen Krankenständen rechnen müsse. Im konkreten Fall stelle daher die Beurteilung der Beklagten, dass aufgrund der langen Krankenstände des Klägers nicht von einer „zumindest sehr guten Dienstleistung“ iSd Pkt 3 der Anlage 1 zur BO 1994 ausgegangen werden könne, keine Überschreitung des vom Gesetzgeber eingeräumten Ermessens dar. Da es auch nicht um eine allfällige Kürzung des Entgeltfortzahlungsanspruchs des Klägers im Sinn einer verpönten „Anwesenheitsprämie“, sondern nur um eine ausschließlich gehaltsmäßige Beförderung des Dienstnehmers in eine höhere Verwendungsgruppe bei gleichbleibender Tätigkeit gehe, liege eine unsachliche Diskriminierung des Klägers im Sinn einer unsachlichen Benachteiligung hier nicht vor. Gemäß Paragraph 39 a, BO 1994 sei für die Beurteilung der Dienstleistung auch die Quantität der Arbeit zu berücksichtigen, wobei lediglich Krankenstände im Ausmaß von bis zu 13 Tagen jährlich außer Betracht zu bleiben hätten. Der Oberste Gerichtshof habe bereits ausgeführt, dass weit über dem Durchschnitt

liegende Krankenstände die Vermutung begründen können, dass der Arbeitnehmer zur Erfüllung seiner Arbeitspflichten ungeeignet sei und die Berücksichtigung langer Krankenstände bei der negativen Entscheidung des Arbeitgebers über eine Beförderung jedenfalls dann nicht diskriminierend und insofern verpönt sei, wenn - wie auch hier - der Arbeitgeber auch im Rahmen der Tätigkeit des Arbeitnehmers nach der Beförderung mit langen Krankenständen rechnen müsse. Im konkreten Fall stelle daher die Beurteilung der Beklagten, dass aufgrund der langen Krankenstände des Klägers nicht von einer „zumindest sehr guten Dienstleistung“ iSd Pkt 3 der Anlage 1 zur BO 1994 ausgegangen werden könne, keine Überschreitung des vom Gesetzgeber eingeräumten Ermessens dar. Da es auch nicht um eine allfällige Kürzung des Entgeltfortzahlungsanspruchs des Klägers im Sinn einer verpönten „Anwesenheitsprämie“, sondern nur um eine ausschließlich gehaltsmäßige Beförderung des Dienstnehmers in eine höhere Verwendungsgruppe bei gleichbleibender Tätigkeit gehe, liege eine unsachliche Diskriminierung des Klägers im Sinn einer unsachlichen Benachteiligung hier nicht vor.

Die ordentliche Revision sei zulässig, weil Rechtsprechung zur Frage der Überstellung eines der VBO 1995 unterliegenden Vertragsbediensteten in eine höhere Verwendungsgruppe bei gleichbleibender Tätigkeit fehle.

Gegen dieses Urteil richtet sich die von der Beklagten beantwortete Revision des Klägers.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig, sie ist auch berechtigt.

1. Grundsätzlich hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, mehrere Arbeitnehmer bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen innerhalb der gesetzlichen, kollektiven oder vertraglichen Bedingungen verschieden zu behandeln. Der auch für Vertragsbedienstete anwendbare (RIS-Justiz RS0031488; RS0031453) arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz schränkt das Ermessen des Arbeitgebers nicht ein (RIS-Justiz RS0016822). Er verpflichtet aber den Arbeitgeber, einzelne Arbeitnehmer nicht willkürlich, also ohne sachliche Rechtfertigung, schlechter zu behandeln als die übrigen (RIS-Justiz RS0060204). Insbesondere kann auch die Verweigerung der gleichen Einstufung eines Arbeitnehmers bei gleicher Tätigkeit ein Willkürakt des Arbeitgebers sein und den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verletzen (RIS-Justiz RS0016817). Bei der Handhabung dieses Ermessens im Zusammenhang mit der Überstellung eines Vertragsbediensteten in die nächsthöhere Verwendungsgruppe darf die Beklagte die gesetzlichen Bestimmungen und die von ihr angewandten Kriterien, die diesen entsprechen müssen, nicht im Einzelfall willkürlich und ohne sachlichen Grund verlassen und einem einzelnen Vertragsbediensteten etwas vorenthalten, was sie den anderen zubilligt (vgl. RIS-Justiz RS0016829; RS0016815; RS0028240).

1. Grundsätzlich hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, mehrere Arbeitnehmer bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen innerhalb der gesetzlichen, kollektiven oder vertraglichen Bedingungen verschieden zu behandeln. Der auch für Vertragsbedienstete anwendbare (RIS-Justiz RS0031488; RS0031453) arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz schränkt das Ermessen des Arbeitgebers nicht ein (RIS-Justiz RS0016822). Er verpflichtet aber den Arbeitgeber, einzelne Arbeitnehmer nicht willkürlich, also ohne sachliche Rechtfertigung, schlechter zu behandeln als die übrigen (RIS-Justiz RS0060204). Insbesondere kann auch die Verweigerung der gleichen Einstufung eines Arbeitnehmers bei gleicher Tätigkeit ein Willkürakt des Arbeitgebers sein und den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verletzen (RIS-Justiz RS0016817). Bei der Handhabung dieses Ermessens im Zusammenhang mit der Überstellung eines Vertragsbediensteten in die nächsthöhere Verwendungsgruppe darf die Beklagte die gesetzlichen Bestimmungen und die von ihr angewandten Kriterien, die diesen entsprechen müssen, nicht im Einzelfall willkürlich und ohne sachlichen Grund verlassen und einem einzelnen Vertragsbediensteten etwas vorenthalten, was sie den anderen zubilligt (vergleiche RIS-Justiz RS0016829; RS0016815; RS0028240).

2. Die Einstufung eines Überwachungsorgans für den ruhenden Verkehr stellt nach den Bestimmungen in der Anlage 1 zur BO 1994 nicht auf Unterschiede in der Tätigkeit ab (vgl. RIS-Justiz RS0082007), denn diese ist in den Verwendungsgruppen E, E1 und D dieselbe. Für die - von einer Beförderung im Sinn des § 17 BO 1994 zu unterscheidende - Überstellung in die jeweils nächsthöhere Verwendungsgruppe ist vielmehr ausschließlich das Verstreichen einer - beim Kläger unstrittig vorliegenden - bestimmten (Mindest-)verwendungsdauer sowie das Vorliegen einer zumindest sehr guten Dienstleistung erforderlich.

2. Die Einstufung eines Überwachungsorgans für den ruhenden Verkehr stellt nach den Bestimmungen in der Anlage 1 zur BO 1994 nicht auf Unterschiede in der Tätigkeit ab (vergleiche RIS-Justiz RS0082007), denn diese ist in den Verwendungsgruppen E, E1 und D dieselbe. Für die - von einer Beförderung im Sinn des Paragraph 17, BO 1994 zu unterscheidende - Überstellung in die jeweils nächsthöhere

Verwendungsgruppe ist vielmehr ausschließlich das Verstreichen einer - beim Kläger unstrittig vorliegenden - bestimmten (Mindest-)verwendungsdauer sowie das Vorliegen einer zumindest sehr guten Dienstleistung erforderlich.

3.1 Zutreffend hat das Berufungsgericht für die Beurteilung der Frage des Vorliegens einer zumindest „sehr guten“ Dienstleistung § 39a BO (iVm § 17 VBO 1995) herangezogen. Seine Rechtsansicht, dass die Überstellung eines Vertragsbediensteten in eine andere Verwendungsgruppe innerhalb des Systems der BO 1994 eine besoldungsrechtliche Maßnahme iSd § 39a BO 1994 darstellt (Blaha/Hutterer, Dienst- und Besoldungsrecht der Wiener Gemeindebediensteten², 469), wird von den Parteien nicht in Frage gestellt. Die für die Überstellung in eine andere Verwendungsgruppe erforderliche zumindest „sehr gute“ Dienstleistung ist gemäß § 39a BO 1994 im Rahmen einer Gesamtbeurteilung vorzunehmen. Soweit § 39a Satz 1 BO 1994 dafür nicht nur auf die Beurteilung der Qualität der erbrachten Dienstleistungen, sondern auch der Quantität der erbrachten und zu erbringenden Dienstleistungen abstellt. 3.1 Zutreffend hat das Berufungsgericht für die Beurteilung der Frage des Vorliegens einer zumindest „sehr guten“ Dienstleistung Paragraph 39 a, BO in Verbindung mit Paragraph 17, VBO 1995) herangezogen. Seine Rechtsansicht, dass die Überstellung eines Vertragsbediensteten in eine andere Verwendungsgruppe innerhalb des Systems der BO 1994 eine besoldungsrechtliche Maßnahme iSd Paragraph 39 a, BO 1994 darstellt (Blaha/Hutterer, Dienst- und Besoldungsrecht der Wiener Gemeindebediensteten², 469), wird von den Parteien nicht in Frage gestellt. Die für die Überstellung in eine andere Verwendungsgruppe erforderliche zumindest „sehr gute“ Dienstleistung ist gemäß Paragraph 39 a, BO 1994 im Rahmen einer Gesamtbeurteilung vorzunehmen. Soweit Paragraph 39 a, Satz 1 BO 1994 dafür nicht nur auf die Beurteilung der Qualität der erbrachten Dienstleistungen, sondern auch der Quantität der erbrachten und zu erbringenden Dienstleistungen abstellt.

3.2 § 39a BO 1994 trägt, worauf schon das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen hat, die Überschrift „Dienstbeschreibung“. Daraus folgt, dass es sich bei der nach den in dieser Bestimmung dargestellten Kriterien vorzunehmenden Gesamtbeurteilung der Dienstleistung eines Vertragsbediensteten um eine Dienstbeschreibung im Sinn dieser Bestimmung handelt. Nähere Regelungen, wann und auf welche Weise eine Dienstbeschreibung zu erstellen ist, enthält die Bestimmung nicht. Aus ihr ergibt sich jedoch, dass eine Dienstbeschreibung etwa dann zu erstellen ist, wenn - wie im konkreten Fall - eine besoldungsrechtliche Maßnahme auf die Dienstleistung des Vertragsbediensteten abstellt. Dass Dienstbeschreibungen - wie etwa auch im Fall des Klägers - auch jährlich erfolgen können, ergibt sich aus § 39a Satz 2 BO 1994, der für die Berücksichtigung von Krankenstandszeiten auf einen „einjährigen Beurteilungszeitraum“ abstellt. Dass die jährlichen Dienstbeschreibungen des Klägers auf einer anderen rechtlichen Grundlage als auf § 39a BO 1994 (iVm § 17 VBO 1995) beruhen, ist weder ersichtlich noch wurde dies von der Beklagten behauptet. 3.2 Paragraph 39 a, BO 1994 trägt, worauf schon das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen hat, die Überschrift „Dienstbeschreibung“. Daraus folgt, dass es sich bei der nach den in dieser Bestimmung dargestellten Kriterien vorzunehmenden Gesamtbeurteilung der Dienstleistung eines Vertragsbediensteten um eine Dienstbeschreibung im Sinn dieser Bestimmung handelt. Nähere Regelungen, wann und auf welche Weise eine Dienstbeschreibung zu erstellen ist, enthält die Bestimmung nicht. Aus ihr ergibt sich jedoch, dass eine Dienstbeschreibung etwa dann zu erstellen ist, wenn - wie im konkreten Fall - eine besoldungsrechtliche Maßnahme auf die Dienstleistung des Vertragsbediensteten abstellt. Dass Dienstbeschreibungen - wie etwa auch im Fall des Klägers - auch jährlich erfolgen können, ergibt sich aus Paragraph 39 a, Satz 2 BO 1994, der für die Berücksichtigung von Krankenstandszeiten auf einen „einjährigen Beurteilungszeitraum“ abstellt. Dass die jährlichen Dienstbeschreibungen des Klägers auf einer anderen rechtlichen Grundlage als auf Paragraph 39 a, BO 1994 in Verbindung mit Paragraph 17, VBO 1995) beruhen, ist weder ersichtlich noch wurde dies von der Beklagten behauptet.

3.3 Der Kläger hatte nach den Feststellungen jährlich „sehr gute“ Dienstbeschreibungen. Wendet man die in § 39a BO 1994 aufgestellten Kriterien auf diese an, so folgt daraus zunächst, dass es sich dabei um eine (jährliche) Gesamtbeurteilung seiner Dienstleistung handelt. Darüber hinaus ergibt sich aus dieser Bestimmung, dass auch bei diesen Dienstbeschreibungen nicht nur die Qualität, sondern auch die Quantität der vom Kläger erbrachten Dienstleistungen zu berücksichtigen war und von der Beklagten auch berücksichtigt wurde. 3.3 Der Kläger hatte nach den Feststellungen jährlich „sehr gute“ Dienstbeschreibungen. Wendet man die in Paragraph 39 a, BO 1994 aufgestellten Kriterien auf diese an, so folgt daraus zunächst, dass es sich dabei um eine (jährliche) Gesamtbeurteilung

seiner Dienstleistung handelt. Darüber hinaus ergibt sich aus dieser Bestimmung, dass auch bei diesen Dienstbeschreibungen nicht nur die Qualität, sondern auch die Quantität der vom Kläger erbrachten Dienstleistungen zu berücksichtigen war und von der Beklagten auch berücksichtigt wurde.

3.4 Die Auslegung der Begriffe der „Qualität“ und „Quantität“ der Arbeit iSd § 39a BO 1994 hat auch unter Bedachtnahme auf Satz 2 dieser Bestimmung zu erfolgen, der sich unzweifelhaft auf die nach Satz 1 vorzunehmende Dienstbeschreibung bezieht (arg: „Dabei sind Zeiträume ...“). Aus § 39a Satz 2 BO 1994 ergibt sich, dass Krankenstände im Ausmaß von 13 Tagen bezogen auf den bereits genannten einjährigen Beurteilungszeitraum sowohl bei der Beurteilung der Qualität als auch der Quantität der Dienstleistung des Vertragsbediensteten außer Betracht zu lassen sind. Durch diese Regelung gibt der Landesgesetzgeber zu erkennen, dass er dem Kriterium des Ausmaßes von Krankenständen für die Beurteilung der Dienstleistung eines Vertragsbediensteten im Rahmen einer gemäß § 39a BO 1994 zu verfassenden Dienstbeschreibung Beachtlichkeit zuerkennt. Diesen Standpunkt vertritt die Beklagte auch im Verfahren. Sie hat gegen die Arbeitsleistung des Klägers lediglich die hohe Zahl seiner Krankenstandstage eingewendet: Dass die Qualität oder Quantität (im Sinn der Leistung einer bestimmten Arbeitsmenge, wie etwa im Fall des Überwachungsorgans für den ruhenden Verkehr das Abgehen eines bestimmten zugewiesenen Bezirks oder bestimmter Straßenzüge etc) der vom Kläger erbrachten Arbeitsleistungen in anderer Weise zu beanstanden wären, hat sie nicht behauptet.

3.4 Die Auslegung der Begriffe der „Qualität“ und „Quantität“ der Arbeit iSd Paragraph 39 a, BO 1994 hat auch unter Bedachtnahme auf Satz 2 dieser Bestimmung zu erfolgen, der sich unzweifelhaft auf die nach Satz 1 vorzunehmende Dienstbeschreibung bezieht (arg: „Dabei sind Zeiträume ...“). Aus Paragraph 39 a, Satz 2 BO 1994 ergibt sich, dass Krankenstände im Ausmaß von 13 Tagen bezogen auf den bereits genannten einjährigen Beurteilungszeitraum sowohl bei der Beurteilung der Qualität als auch der Quantität der Dienstleistung des Vertragsbediensteten außer Betracht zu lassen sind. Durch diese Regelung gibt der Landesgesetzgeber zu erkennen, dass er dem Kriterium des Ausmaßes von Krankenständen für die Beurteilung der Dienstleistung eines Vertragsbediensteten im Rahmen einer gemäß Paragraph 39 a, BO 1994 zu verfassenden Dienstbeschreibung Beachtlichkeit zuerkennt. Diesen Standpunkt vertritt die Beklagte auch im Verfahren. Sie hat gegen die Arbeitsleistung des Klägers lediglich die hohe Zahl seiner Krankenstandstage eingewendet: Dass die Qualität oder Quantität (im Sinn der Leistung einer bestimmten Arbeitsmenge, wie etwa im Fall des Überwachungsorgans für den ruhenden Verkehr das Abgehen eines bestimmten zugewiesenen Bezirks oder bestimmter Straßenzüge etc) der vom Kläger erbrachten Arbeitsleistungen in anderer Weise zu beanstanden wären, hat sie nicht behauptet.

3.5 Damit kommt aber den unstrittig seit dem Jahr 2004 - in dem erstmals eine Überstellung des Klägers in die Verwendungsgruppe D möglich gewesen wäre - vorliegenden jährlichen „sehr guten“ Dienstbeschreibungen erhebliche Bedeutung zu, denn der Kläger wies bereits seit dem Jahr 1995 - und in der Folge fast in jedem Jahr - über dem Durchschnitt liegende Krankenstände auf. Infolge der Dienstbeschreibungen ist nach den dargelegten Grundsätzen zumindest seit 2004 von einer „sehr guten“ Dienstleistung des Klägers iSd § 39a BO 1994 iVm Pkt 3 der Allgemeinen Bestimmungen zur Anlage 1 zur BO 1994 auszugehen.

3.5 Damit kommt aber den unstrittig seit dem Jahr 2004 - in dem erstmals eine Überstellung des Klägers in die Verwendungsgruppe D möglich gewesen wäre - vorliegenden jährlichen „sehr guten“ Dienstbeschreibungen erhebliche Bedeutung zu, denn der Kläger wies bereits seit dem Jahr 1995 - und in der Folge fast in jedem Jahr - über dem Durchschnitt liegende Krankenstände auf. Infolge der Dienstbeschreibungen ist nach den dargelegten Grundsätzen zumindest seit 2004 von einer „sehr guten“ Dienstleistung des Klägers iSd Paragraph 39 a, BO 1994 in Verbindung mit Pkt 3 der Allgemeinen Bestimmungen zur Anlage 1 zur BO 1994 auszugehen.

4. Damit lagen aber bereits seit 2004 sämtliche gesetzlichen Voraussetzungen für eine Überstellung des Klägers in die Verwendungsgruppe D vor. § 39a BO 1994 bietet keine Grundlage für die Rechtsansicht der Beklagten, dass die überhöhten Krankenstände des Klägers bei den jährlich vorgenommenen Dienstbeschreibungen anders zu behandeln wären als für die Beurteilung der Überstellung des Klägers in die Verwendungsgruppe D. Für die Beklagte ist daher auch nichts daraus zu gewinnen, dass sie nicht nur den Kläger, sondern alle Vertragsbediensteten, die überhöhte Krankenstände aufweisen, in der Frage der Überstellung gleich behandelt: Maßgeblich ist vielmehr, dass der Kläger gegenüber allen anderen Vertragsbediensteten der Beklagten, deren jährliche Dienstbeschreibungen wie seine auf „sehr gut“ lauten, in sachlich nicht gerechtfertigter Weise dadurch ungleich behandelt wird, dass er - anders als alle Vertragsbediensteten, die keine überhöhten Krankenstände aufweisen - nur infolge überhöhter Krankenstände nicht in die nächsthöhere Verwendungsgruppe überstellt wurde, obwohl dieser Umstand für seine jährlichen

Dienstbeschreibungen nach den Verfahrensergebnissen keine Rolle gespielt hat. Schließlich ist dem Argument der Beklagten, dass das Vorliegen von weit über dem Durchschnitt liegenden Krankenständen sogar zur Kündigung gemäß § 42 Abs 2 Z 2 VBO 1995 berechtigen kann, weil sie die Vermutung begründen können, dass der Arbeitnehmer zur Erfüllung seiner Dienstpflichten gesundheitlich ungeeignet ist (vgl 9 ObA 130/08w; RIS-Justiz RS0081880; zu § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG vgl RIS-Justiz RS0051801), entgegenzuhalten, dass Gegenstand auch der hier durchgeführten jährlichen Dienstbeschreibungen gerade die Beurteilung der Eignung des Klägers war, die von der Beklagten als „sehr gut“ qualifiziert wurde. Es geht hier nicht um die Beendigung des Dienstverhältnisses, sondern um das Entgelt während aufrechten Dienstverhältnisses. 4. Damit lagen aber bereits seit 2004 sämtliche gesetzlichen Voraussetzungen für eine Überstellung des Klägers in die Verwendungsgruppe D vor. Paragraph 39 a, BO 1994 bietet keine Grundlage für die Rechtsansicht der Beklagten, dass die überhöhten Krankenstände des Klägers bei den jährlich vorgenommenen Dienstbeschreibungen anders zu behandeln wären als für die Beurteilung der Überstellung des Klägers in die Verwendungsgruppe D. Für die Beklagte ist daher auch nichts daraus zu gewinnen, dass sie nicht nur den Kläger, sondern alle Vertragsbediensteten, die überhöhte Krankenstände aufweisen, in der Frage der Überstellung gleich behandelt: Maßgeblich ist vielmehr, dass der Kläger gegenüber allen anderen Vertragsbediensteten der Beklagten, deren jährliche Dienstbeschreibungen wie seine auf „sehr gut“ lauten, in sachlich nicht gerechtfertigter Weise dadurch ungleich behandelt wird, dass er - anders als alle Vertragsbediensteten, die keine überhöhten Krankenstände aufweisen - nur infolge überhöhter Krankenstände nicht in die nächsthöhere Verwendungsgruppe überstellt wurde, obwohl dieser Umstand für seine jährlichen Dienstbeschreibungen nach den Verfahrensergebnissen keine Rolle gespielt hat. Schließlich ist dem Argument der Beklagten, dass das Vorliegen von weit über dem Durchschnitt liegenden Krankenständen sogar zur Kündigung gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer 2, VBO 1995 berechtigen kann, weil sie die Vermutung begründen können, dass der Arbeitnehmer zur Erfüllung seiner Dienstpflichten gesundheitlich ungeeignet ist (vergleiche 9 ObA 130/08w; RIS-Justiz RS0081880; zu Paragraph 105, Absatz 3, Ziffer 2, ArbVG vergleiche RIS-Justiz RS0051801), entgegenzuhalten, dass Gegenstand auch der hier durchgeführten jährlichen Dienstbeschreibungen gerade die Beurteilung der Eignung des Klägers war, die von der Beklagten als „sehr gut“ qualifiziert wurde. Es geht hier nicht um die Beendigung des Dienstverhältnisses, sondern um das Entgelt während aufrechten Dienstverhältnisses.

5. Zusammengefasst verstieß daher die Entscheidung der Beklagten, eine Überstellung des Klägers in die Verwendungsgruppe D, die mit keiner Änderung der Arbeitstätigkeit oder Verantwortung verbunden gewesen wäre, ausschließlich deshalb nicht vorzunehmen, weil der Kläger zu hohe Krankenstandszeiten aufwies, und obwohl er sowohl die gesetzlich vorgesehene Mindestverwendungsdauer absolviert als auch stets sehr gute Dienstbeschreibungen vorzuweisen hatte, gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Der Kläger wurde bei der Überstellung in eine höhere Verwendungsgruppe durch das Anlasten von Zeiten gerechtfertigter Abwesenheit vom Dienst ohne sachliche Rechtfertigung schlechter behandelt als die übrigen Arbeitnehmer (RIS-Justiz RS0060204 ua). Das - der Höhe nach unstrittige - Klagebegehren erweist sich bereits aus diesem Grund als berechtigt, sodass es einer Auseinandersetzung mit der - vom Kläger erst im Rechtsmittelverfahren - geltend gemachten mittelbaren Diskriminierung bei der Festsetzung des Entgelts aufgrund des Alters gemäß § 4a Abs 1 Z 2 VBO 1995 nicht bedarf. 5. Zusammengefasst verstieß daher die Entscheidung der Beklagten, eine Überstellung des Klägers in die Verwendungsgruppe D, die mit keiner Änderung der Arbeitstätigkeit oder Verantwortung verbunden gewesen wäre, ausschließlich deshalb nicht vorzunehmen, weil der Kläger zu hohe Krankenstandszeiten aufwies, und obwohl er sowohl die gesetzlich vorgesehene Mindestverwendungsdauer absolviert als auch stets sehr gute Dienstbeschreibungen vorzuweisen hatte, gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Der Kläger wurde bei der Überstellung in eine höhere Verwendungsgruppe durch das Anlasten von Zeiten gerechtfertigter Abwesenheit vom Dienst ohne sachliche Rechtfertigung schlechter behandelt als die übrigen Arbeitnehmer (RIS-Justiz RS0060204 ua). Das - der Höhe nach unstrittige - Klagebegehren erweist sich bereits aus diesem Grund als berechtigt, sodass es einer Auseinandersetzung mit der - vom Kläger erst im Rechtsmittelverfahren - geltend gemachten mittelbaren Diskriminierung bei der Festsetzung des Entgelts aufgrund des Alters gemäß Paragraph 4 a, Absatz eins, Ziffer 2, VBO 1995 nicht bedarf.

Der Revision war daher Folge zu geben und die Entscheidungen der Vorinstanzen im klagestattgebenden Sinn abzuändern.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41, 50 ZPO. Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 41, 50, ZPO.

Schlagworte

Arbeitsrecht

Textnummer

E105043

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2013:009OBA00009.13H.0724.000

Im RIS seit

05.09.2013

Zuletzt aktualisiert am

07.02.2014

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