

# TE OGH 2008/4/28 8ObA78/07i

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.04.2008

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Langer als Vorsitzende sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling und Dr. Glawischnig und die fachkundigen Laienrichter Mag. Dr. Wolfgang Höfle und AR Angelika Neuhauser als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei O\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Ernst Eypeltauer, Rechtsanwalt in Linz, gegen die beklagte Partei Angestelltenbetriebsrat der Landesnervenklinik W\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. German Storch und Mag. Rainer Storch, Rechtsanwälte in Linz, wegen Zustimmung zur Versetzung über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 26. September 2007, GZ 11 Ra 55/07y-11, mit dem das Urteil des Landesgerichts Linz als Arbeits- und Sozialgericht vom 26. April 2007, GZ 7 Cga 5/07a-7, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass sie zu lauten haben:

„Das Klagebegehren auf Erteilung der Zustimmung zur verschlechternden Versetzung von Maria L\*\*\*\*\* von der Funktion als Stationsleitung der Station D 103 an die D 101 als diplomierte psychiatrische Gesundheits- und Krankenschwester, wird abgewiesen.“

Die klagende Partei ist schuldig der beklagten Partei die mit 266,69 EUR (darin 44,45 EUR USt) bestimmten Kosten des Verfahrens vor dem Obersten Gerichtshof binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die klagende Partei ist Trägergesellschaft für OÖ Landeskrankenanstalten, also auch Betriebsinhaberin der Landesnervenklinik W\*\*\*\*\*. Maria L\*\*\*\*\* ist seit 1995 als Stationsleitung auf der Station D 103 in dieser Nervenklinik beschäftigt. Sie ist Beamtin nach dem öö Landesbeamten gesetz. Aus Gründen, die für das Revisionsverfahren nicht von Bedeutung sind, leitete die klagende Partei gegen Maria L\*\*\*\*\* Ende 2006 ein Disziplinarverfahren ein und beschloss ihre Versetzung auf die Station D 101 als „einfache“ diplomierte psychiatrische Gesundheits- und Krankenschwester. Dies bedeutete für Maria L\*\*\*\*\* die vom 7. 12. 2006 bis 8. 2. 2007 bereits befristet der Station D 101 dienstzugeteilt wurde, den Verlust der Chargenzulage in Höhe von 350 EUR brutto monatlich. Die beklagte Partei, die mit Schreiben vom 11. 12. 2006 von der geplanten Versetzung informiert und um Zustimmung zur Versetzung von Maria L\*\*\*\*\* ersucht wurde, verweigerte dies mit Schreiben vom 13. 12. 2006.

Die klagende Partei begeht die Erteilung der Zustimmung zur verschlechternden Versetzung von Maria L\*\*\*\*\*. Der

Betriebsrat habe der Versetzung nicht zugestimmt, obwohl Maria L\*\*\*\*\* ihre Dienstpflichten gröblich verletzt habe. Die Wiedergabe des detaillierten Vorbringens zur Dienstpflichtverletzung ist mangels Relevanz für das Revisionsverfahren entbehrlich.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung der Klage und wendete im Wesentlichen ein, dass Maria L\*\*\*\*\* ihre Dienstpflichten nicht verletzt habe. Offensichtlich wolle die klagende Partei die Versetzung als Disziplinarmaßnahme einsetzen. Dies sei jedoch ohne Zustimmung des Betriebsrats nicht möglich; eine ersatzweise Zustimmung durch das Gericht sei unzulässig. Im Übrigen müsse nach §§ 92 f öö Landesbeamten gesetz ein wichtiger dienstlicher Grund für eine Versetzung gegeben sein. Diese Kriterien seien auch bei Anwendung des § 101 ArbVG zu beachten. Die beklagte Partei beantragte die Abweisung der Klage und wendete im Wesentlichen ein, dass Maria L\*\*\*\*\* ihre Dienstpflichten nicht verletzt habe. Offensichtlich wolle die klagende Partei die Versetzung als Disziplinarmaßnahme einsetzen. Dies sei jedoch ohne Zustimmung des Betriebsrats nicht möglich; eine ersatzweise Zustimmung durch das Gericht sei unzulässig. Im Übrigen müsse nach Paragraphen 92, f öö Landesbeamten gesetz ein wichtiger dienstlicher Grund für eine Versetzung gegeben sein. Diese Kriterien seien auch bei Anwendung des Paragraph 101, ArbVG zu beachten.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Ausgehend von den - festgestellten, für das Revisionsverfahren aber nicht interessierenden - Dienstpflichtverletzungen der Maria L\*\*\*\*\* erachtete das Erstgericht das Begehren auf Zustimmung zu ihrer verschlechternden Versetzung nach § 101 ArbVG als berechtigt. Das Berufungsgericht bestätigte über Berufung der beklagten Partei das Ersturteil. Seine rechtliche Beurteilung lässt sich wie folgt zusammenfassen: Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Ausgehend von den - festgestellten, für das Revisionsverfahren aber nicht interessierenden - Dienstpflichtverletzungen der Maria L\*\*\*\*\* erachtete das Erstgericht das Begehren auf Zustimmung zu ihrer verschlechternden Versetzung nach Paragraph 101, ArbVG als berechtigt. Das Berufungsgericht bestätigte über Berufung der beklagten Partei das Ersturteil. Seine rechtliche Beurteilung lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Gemäß § 101 ArbVG bedürfe die Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz, wenn damit eine Verschlechterung der Entgelt- oder sonstigen Arbeitsbedingungen verbunden sei, zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrats. Erteile der Betriebsrat die Zustimmung nicht, könne sie durch Urteil des Gerichts ersetzt werden. Das Gericht habe die Zustimmung zu erteilen, wenn die Versetzung sachlich gerechtfertigt sei. Das Gericht habe eine Interessenabwägung zwischen der Verschlechterung der Entgeltbedingungen oder sonstigen Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers und den betrieblichen Interessen des Arbeitgebers an der Versetzung vorzunehmen. Es seien auch Konstellationen denkbar, in denen die Versetzung disziplinär erforderlich sei. Ausgehend von den betrieblichen Interessen an der konkreten Versetzung sei daher zu prüfen, ob sie nach dem betrieblichen Bedarf, dessen Gewicht und Dringlichkeit unter Abwägung der zur Verfügung stehenden bzw in Frage kommenden Alternativen und allfälligen sonstigen relevanten Umständen prognostisch tatsächlich dem Wohl des Betriebes diene und im Sinn eines notwendigen Interessenausgleichs mit dem Wohl der Arbeitnehmer, also insbesondere mit den Gesamtinteressen der Belegschaft, vereinbar sei. Aufgrund der festgestellten Verfehlungen der Maria L\*\*\*\*\* sei ihre Versetzung durch die Klägerin sachlich gerechtfertigt. Gegen dieses Urteil richtet sich die außerordentliche Revision der beklagten Partei, in der diese (unter anderem) die Frage der Anwendbarkeit des § 101 ArbVG auf Landesbeamte als erhebliche Rechtsfrage releviert. Gemäß Paragraph 101, ArbVG bedürfe die Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz, wenn damit eine Verschlechterung der Entgelt- oder sonstigen Arbeitsbedingungen verbunden sei, zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrats. Erteile der Betriebsrat die Zustimmung nicht, könne sie durch Urteil des Gerichts ersetzt werden. Das Gericht habe die Zustimmung zu erteilen, wenn die Versetzung sachlich gerechtfertigt sei. Das Gericht habe eine Interessenabwägung zwischen der Verschlechterung der Entgeltbedingungen oder sonstigen Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers und den betrieblichen Interessen des Arbeitgebers an der Versetzung vorzunehmen. Es seien auch Konstellationen denkbar, in denen die Versetzung disziplinär erforderlich sei. Ausgehend von den betrieblichen Interessen an der konkreten Versetzung sei daher zu prüfen, ob sie nach dem betrieblichen Bedarf, dessen Gewicht und Dringlichkeit unter Abwägung der zur Verfügung stehenden bzw in Frage kommenden Alternativen und allfälligen sonstigen relevanten Umständen prognostisch tatsächlich dem Wohl des Betriebes diene und im Sinn eines notwendigen Interessenausgleichs mit dem Wohl der Arbeitnehmer, also insbesondere mit den Gesamtinteressen der Belegschaft, vereinbar sei. Aufgrund der festgestellten Verfehlungen der Maria L\*\*\*\*\* sei ihre

Versetzung durch die Klägerin sachlich gerechtfertigt. Gegen dieses Urteil richtet sich die außerordentliche Revision der beklagten Partei, in der diese (unter anderem) die Frage der Anwendbarkeit des Paragraph 101, ArbVG auf Landesbeamte als erhebliche Rechtsfrage releviert.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig, weil der Oberste Gerichtshof zwar die Anwendung des§ 101 ArbVG für Vertragsbedienstete der Länder bejaht hat (8 ObA 202/02t), die Frage der Anwendbarkeit dieser Gesetzesstelle auf „zugewiesene“ Landesbeamte aber bisher noch nicht an ihn herangetragen wurde.Die Revision ist zulässig, weil der Oberste Gerichtshof zwar die Anwendung des Paragraph 101, ArbVG für Vertragsbedienstete der Länder bejaht hat (8 ObA 202/02t), die Frage der Anwendbarkeit dieser Gesetzesstelle auf „zugewiesene“ Landesbeamte aber bisher noch nicht an ihn herangetragen wurde.

Sie ist im Ergebnis auch berechtigt.

Die Klägerin war seit 1995 Beamtin nach dem oö Landesbeamtengesetz und als Stationsleitung in einer Landes-Nervenklinik beschäftigt. Gemäß § 1 oö Landesbediensteten-Zuweisungsgesetz (LGBI Nr 81/2001) wurden Landesbedienstete, die am Tag vor Inkrafttreten dieses Landesgesetzes in einer Landeskrankenanstalt beschäftigt waren, unter Wahrung ihrer Rechte und Pflichten mit Inkrafttreten dieses Landesgesetzes als Landesbedienstete mit ihrem derzeitigen Dienstort der O\*\*\*\*\* AG (klagende Partei) zur dauernden Dienstleistung zugewiesen.Die Klägerin war seit 1995 Beamtin nach dem oö Landesbeamtengesetz und als Stationsleitung in einer Landes-Nervenklinik beschäftigt. Gemäß Paragraph eins, oö Landesbediensteten-Zuweisungsgesetz Landesgesetzblatt Nr 81 aus 2001,) wurden Landesbedienstete, die am Tag vor Inkrafttreten dieses Landesgesetzes in einer Landeskrankenanstalt beschäftigt waren, unter Wahrung ihrer Rechte und Pflichten mit Inkrafttreten dieses Landesgesetzes als Landesbedienstete mit ihrem derzeitigen Dienstort der O\*\*\*\*\* AG (klagende Partei) zur dauernden Dienstleistung zugewiesen.

Der Oberste Gerichtshof hat bereits in seiner Entscheidung 9 ObA 121/05t dargelegt, dass im Fall von Ausgliederungen im öffentlichen Bereich gestützt auf den Kompetenztatbestand „Arbeitsrecht“ gemäß Art 10 Z 11 B-VG der Bund im Bedarfsfall für ausgegliederte Unternehmungen auch eigenständige gesetzliche Regelungen der innerbetrieblichen Interessenvertretung schaffen kann, dem Landesgesetzgeber aber durch Art 21 B-VG diese Gestaltungsmöglichkeiten abgeschnitten sind. Jede Ausgliederung aus dem Dienststellenverband der Landesverwaltung beseitigt daher die Regelungsbefugnis des Landes für die innerbetriebliche Interessenvertretung im ausgegliederten Bereich. Dieser Rechtslage trägt das oö Landes-Personalvertretungsgesetz (LGBI Nr 72/1985) Rechnung, indem es in § 1 Abs 2 lit a Bedienstete, die in Betrieben tätig sind, ausdrücklich ausnimmt.Der Oberste Gerichtshof hat bereits in seiner Entscheidung 9 ObA 121/05t dargelegt, dass im Fall von Ausgliederungen im öffentlichen Bereich gestützt auf den Kompetenztatbestand „Arbeitsrecht“ gemäß Artikel 10, Ziffer 11, B-VG der Bund im Bedarfsfall für ausgegliederte Unternehmungen auch eigenständige gesetzliche Regelungen der innerbetrieblichen Interessenvertretung schaffen kann, dem Landesgesetzgeber aber durch Artikel 21, B-VG diese Gestaltungsmöglichkeiten abgeschnitten sind. Jede Ausgliederung aus dem Dienststellenverband der Landesverwaltung beseitigt daher die Regelungsbefugnis des Landes für die innerbetriebliche Interessenvertretung im ausgegliederten Bereich. Dieser Rechtslage trägt das oö Landes-Personalvertretungsgesetz Landesgesetzblatt Nr 72 aus 1985,) Rechnung, indem es in Paragraph eins, Absatz 2, Litera a, Bedienstete, die in Betrieben tätig sind, ausdrücklich ausnimmt.

Betriebe eines Unternehmens mit eigener Rechtspersönlichkeit fallen auch dann unter den Geltungsbereich des ArbVG, wenn sie im alleinigen oder mehrheitlichen Eigentum des Bundes (bzw wie hier: des Landes) stehen. Der weite Arbeitnehmerbegriff des § 36 ArbVG stellt grundsätzlich nur auf ein faktisches Beschäftigungsverhältnis ab, das durch persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit gekennzeichnet ist, sodass grundsätzlich auch in private Rechtsträger „ausgegliederte“ Beamte Arbeitnehmer im Sinn der Betriebsverfassung sind, wenn sie in einen Betrieb eingegliedert sind, der in den Geltungsbereich des II. Teils des ArbVG fällt (Germ/Spenling, „Versetzungsschutz im privaten Arbeitsrecht und im öffentlichen Dienstrecht - ein Vergleich“ in FS Bauer/Maier/Petrag, 200 mWN; 9 ObA 121/05t). Ausgehend davon hat der Oberste Gerichtshof in der zitierten Entscheidung das uneingeschränkte aktive und passive Wahlrecht von „zugewiesenen“ Landesbeamten ausdrücklich bejaht. Auf den Betrieb der gegenständlichen Landes-Nervenklinik finden grundsätzlich die Vorschriften des Arbeitsverfassungsgesetzes Anwendung. Es gelten daher für alle Arbeitnehmer einschließlich der öffentlich-rechtlichen Bediensteten die Vorschriften des II. Teils des ArbVG (RIS-Justiz

RS0121025 mwN; Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 36 Rz 8; Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preis/Schneller, ArbVG, 262). Strittig ist in diesem Zusammenhang allerdings, ob alle Bestimmungen des II. Teils des ArbVG uneingeschränkt auch auf zugewiesene Landes-Beamte angewendet werden können. Während etwa im Wesentlichen einhellig davon ausgegangen wird, dass der Kündigungsschutz des § 105 ArbVG auf Beamte nicht zur Anwendung gelangen kann (Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preis/Schneller, ArbVG, 262 mwN; Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz § 36 Rz 8), bestehen hinsichtlich der Anwendbarkeit des Versetzungsschutzes des § 101 ArbVG auf Beamte sehr unterschiedliche Auffassungen. Betriebe eines Unternehmens mit eigener Rechtspersönlichkeit fallen auch dann unter den Geltungsbereich des ArbVG, wenn sie im alleinigen oder mehrheitlichen Eigentum des Bundes (bzw wie hier: des Landes) stehen. Der weite Arbeitnehmerbegriff des Paragraph 36, ArbVG stellt grundsätzlich nur auf ein faktisches Beschäftigungsverhältnis ab, das durch persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit gekennzeichnet ist, sodass grundsätzlich auch in private Rechtsträger „ausgegliederte“ Beamte Arbeitnehmer im Sinn der Betriebsverfassung sind, wenn sie in einen Betrieb eingegliedert sind, der in den Geltungsbereich des römisch II. Teils des ArbVG fällt (Germ/Spenling, „Versetzungsschutz im privaten Arbeitsrecht und im öffentlichen Dienstrecht - ein Vergleich“ in FS Bauer/Maier/Petrag, 200 mwN; 9 ObA 121/05t). Ausgehend davon hat der Oberste Gerichtshof in der zitierten Entscheidung das uneingeschränkte aktive und passive Wahlrecht von „zugewiesenen“ Landesbeamten ausdrücklich bejaht. Auf den Betrieb der gegenständlichen Landes-Nervenklinik finden grundsätzlich die Vorschriften des Arbeitsverfassungsgesetzes Anwendung. Es gelten daher für alle Arbeitnehmer einschließlich der öffentlich-rechtlichen Bediensteten die Vorschriften des römisch II. Teils des ArbVG (RIS-Justiz RS0121025 mwN; Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG Paragraph 36, Rz 8; Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preis/Schneller, ArbVG, 262). Strittig ist in diesem Zusammenhang allerdings, ob alle Bestimmungen des römisch II. Teils des ArbVG uneingeschränkt auch auf zugewiesene Landes-Beamte angewendet werden können. Während etwa im Wesentlichen einhellig davon ausgegangen wird, dass der Kündigungsschutz des Paragraph 105, ArbVG auf Beamte nicht zur Anwendung gelangen kann (Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preis/Schneller, ArbVG, 262 mwN; Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz Paragraph 36, Rz 8), bestehen hinsichtlich der Anwendbarkeit des Versetzungsschutzes des Paragraph 101, ArbVG auf Beamte sehr unterschiedliche Auffassungen.

Die für Bundesbeamte zuständige Berufungskommission nach § 41a BDG vertrat zur Rechtslage vor Inkrafttreten des § 17a Abs 9a des Poststrukturgesetzes (PTSG) in ständiger Spruchpraxis die Auffassung, dass - ungeachtet der Art des Dienstverhältnisses (Beamte, Vertragsbedienstete oder sonstige privatrechtlich Bedienstete) - bei Unternehmen nach dem Poststrukturgesetz die Zustimmung des Personalvertretungsorgans Voraussetzung für eine „verschlechternde Versetzung“ sei. Bei nicht rechtmäßiger Verweigerung der Zustimmung des Betriebsrats habe das Gericht auf Klage des Betriebsinhabers die sachliche Rechtfertigung der Versetzung gemäß § 101 ArbVG zu überprüfen und im Fall einer stattgebenden Entscheidung rechtsgestaltend zu entscheiden (siehe näheres bei Germ in RdA 2003, 88 f). Auch der Verwaltungsgerichtshof befasste sich in seiner Entscheidung vom 26. 1. 2005, ZI 2004/12/0084, mit der Anwendung von § 101 ArbVG auf einen zugewiesenen Landesbeamten. Unter Hinweis auf Gorcik (Betriebsverfassungsrechtlicher Versetzungsschutz für ausgegliederte Beamte, RdW 2003, 204) sowie die zitierte Rechtsprechung der Berufungskommission führte der Verwaltungsgerichtshof aus, dass die Einholung einer Zustimmungserklärung des Betriebsrats im Sinn des § 101 ArbVG als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für eine bescheidmäßig zu verfügende Personalmaßnahme zu deuten sei. Die für Bundesbeamte zuständige Berufungskommission nach Paragraph 41 a, BDG vertrat zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Paragraph 17 a, Absatz 9 a, des Poststrukturgesetzes (PTSG) in ständiger Spruchpraxis die Auffassung, dass - ungeachtet der Art des Dienstverhältnisses (Beamte, Vertragsbedienstete oder sonstige privatrechtlich Bedienstete) - bei Unternehmen nach dem Poststrukturgesetz die Zustimmung des Personalvertretungsorgans Voraussetzung für eine „verschlechternde Versetzung“ sei. Bei nicht rechtmäßiger Verweigerung der Zustimmung des Betriebsrats habe das Gericht auf Klage des Betriebsinhabers die sachliche Rechtfertigung der Versetzung gemäß Paragraph 101, ArbVG zu überprüfen und im Fall einer stattgebenden Entscheidung rechtsgestaltend zu entscheiden (siehe näheres bei Germ in RdA 2003, 88 f). Auch der Verwaltungsgerichtshof befasste sich in seiner Entscheidung vom 26. 1. 2005, ZI 2004/12/0084, mit der Anwendung von Paragraph 101, ArbVG auf einen zugewiesenen Landesbeamten. Unter Hinweis auf Gorcik (Betriebsverfassungsrechtlicher Versetzungsschutz für ausgegliederte Beamte, RdW 2003, 204) sowie die zitierte

Rechtsprechung der Berufungskommission führte der Verwaltungsgerichtshof aus, dass die Einholung einer Zustimmungserklärung des Betriebsrats im Sinn des Paragraph 101, ArbVG als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für eine bescheidmäßig zu verfügende Personalmaßnahme zu deuten sei.

Goricnik (aaO) räumt ein, dass die grundsätzliche Anwendbarkeit der Befugnisse der Arbeitnehmerschaft nach dem dritten Hauptstück des II. Teils des ArbVG in Widerspruch zu Vorschriften des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses geraten könne, sodass Bestimmungen des ArbVG im Einzelfall nicht, oder nur eingeschränkt anwendbar seien, gelangt in der Folge aber zur Auffassung, dass gegen das Nebeneinander vom dienstrechlichem und betriebsverfassungsrechtlichem Versetzungsschutz im Sinn des § 101 ArbVG keine Bedenken bestehen. Das Vorliegen eines „gespaltenen Dienstverhältnisses“ (einerseits liege ein formelles Dienstverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaft, andererseits ein Zuweisungsverhältnis zum ausgegliederten Unternehmen vor) gebiete geradezu die Existenz des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes auf der betrieblichen (Verwendungs-)Ebene, da gegenüber dem ausgegliederten Unternehmen als (faktischem) Beschäftigter mangels eines personalvertretungsrechtlichen Schutzes ansonsten überhaupt keine kollektive Interessenvertretung in Bezug auf Versetzung gegeben wäre. § 101 ArbVG knüpfe an den faktischen Arbeitsplatzwechsel an. Das diesbezügliche betriebsverfassungsrechtliche Mitwirkungsrecht des Betriebsrats habe grundsätzlich nichts mit dienstrechlichen Erwägungen zu tun. Schlussendlich seien auch die Normzwecke unterschiedlich, nämlich ein individuelles Willkürverbot einerseits und das Gebot einer Belegschafts- und Individualinteressen erfassenden umfassenden Abwägung mit betrieblichen Interessen andererseits. Dies entspricht im Wesentlichen auch dem Standpunkt von Alvorado-Dupuy (in Kropf, Ausgliederung aus dem öffentlichen Recht, 129). Goricnik (aaO) räumt ein, dass die grundsätzliche Anwendbarkeit der Befugnisse der Arbeitnehmerschaft nach dem dritten Hauptstück des römisch II. Teils des ArbVG in Widerspruch zu Vorschriften des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses geraten könne, sodass Bestimmungen des ArbVG im Einzelfall nicht, oder nur eingeschränkt anwendbar seien, gelangt in der Folge aber zur Auffassung, dass gegen das Nebeneinander vom dienstrechlichem und betriebsverfassungsrechtlichem Versetzungsschutz im Sinn des Paragraph 101, ArbVG keine Bedenken bestehen. Das Vorliegen eines „gespaltenen Dienstverhältnisses“ (einerseits liege ein formelles Dienstverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaft, andererseits ein Zuweisungsverhältnis zum ausgegliederten Unternehmen vor) gebiete geradezu die Existenz des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsschutzes auf der betrieblichen (Verwendungs-)Ebene, da gegenüber dem ausgegliederten Unternehmen als (faktischem) Beschäftigter mangels eines personalvertretungsrechtlichen Schutzes ansonsten überhaupt keine kollektive Interessenvertretung in Bezug auf Versetzung gegeben wäre. Paragraph 101, ArbVG knüpfe an den faktischen Arbeitsplatzwechsel an. Das diesbezügliche betriebsverfassungsrechtliche Mitwirkungsrecht des Betriebsrats habe grundsätzlich nichts mit dienstrechlichen Erwägungen zu tun. Schlussendlich seien auch die Normzwecke unterschiedlich, nämlich ein individuelles Willkürverbot einerseits und das Gebot einer Belegschafts- und Individualinteressen erfassenden umfassenden Abwägung mit betrieblichen Interessen andererseits. Dies entspricht im Wesentlichen auch dem Standpunkt von Alvorado-Dupuy (in Kropf, Ausgliederung aus dem öffentlichen Recht, 129).

Ein Teil der Lehre hat Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit von gesetzlichen Regelungen, die zu einem Nebeneinander von Versetzungsschutz nach dem BDG und § 101 ArbVG führen könnten, angemeldet. So führt Mayer (Versetzung von Beamten nach kollektivem Arbeitsrecht?, ecolex 2003, 436) aus, dass das im PBVG iVm mit dem ArbVG vorgesehene Zustimmungserfordernis der Personalvertretungsorgane zur Versetzung von Beamten verfassungswidrig sei, weil eine solche Mitwirkung den Inhalt eines verwaltungsbehördlichen Bescheids vom Willensakt eines außerhalb der Verwaltung stehenden Organs abhängig mache; dieser Willensakt unterliege keiner Determinierung und sei keiner Überprüfung zugänglich. Dies widerspreche Art 18 Abs 1 B-VG und dem verfassungsrechtlichen Rechtsschutzsystem. Auch könne ein Bescheid eines verfassungsrechtlich obersten Organs nicht an das Vorliegen einer gerichtlichen Zustimmung gebunden sein, was dem Art 94 B-VG widerspreche. Ein Teil der Lehre hat Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit von gesetzlichen Regelungen, die zu einem Nebeneinander von Versetzungsschutz nach dem BDG und Paragraph 101, ArbVG führen könnten, angemeldet. So führt Mayer (Versetzung von Beamten nach kollektivem Arbeitsrecht?, ecolex 2003, 436) aus, dass das im PBVG in Verbindung mit dem ArbVG vorgesehene Zustimmungserfordernis der Personalvertretungsorgane zur Versetzung von Beamten verfassungswidrig sei, weil eine solche Mitwirkung den Inhalt eines verwaltungsbehördlichen Bescheids vom Willensakt eines außerhalb der Verwaltung stehenden Organs abhängig mache; dieser Willensakt unterliege keiner Determinierung und sei keiner

Überprüfung zugänglich. Dies widerspreche Artikel 18, Absatz eins, B-VG und dem verfassungsrechtlichen Rechtsschutzsystem. Auch könne ein Bescheid eines verfassungsrechtlich obersten Organs nicht an das Vorliegen einer gerichtlichen Zustimmung gebunden sein, was dem Artikel 94, B-VG widerspreche.

Auch Schwarz (Rechtsprobleme der Ausgliederungen unter besonderer Betonung des öffentlichen Bereichs, RdA 2002, 351) spricht sich gegen die kumulative Anwendung des öffentlich-rechtlichen und des privatrechtlichen Versetzungsschutzes aus. Diese würde eine sachlich nicht begründete Ungleichbehandlung von Sachverhalten (Versetzungen) bedeuten. Da auch Fälle möglicher Normenkonkurrenz verfassungskonform interpretiert werden müssten, komme bei einer Versetzung immer nur entweder der öffentlich-rechtliche oder der privatrechtliche Versetzungsschutz in Betracht. Nacheinander wegen einer bestimmten Versetzung den Verwaltungsgerichtshof und das Arbeitsgericht anzurufen, stehe nicht nur mit dem Gleichheitssatz, sondern auch mit dem Recht auf den gesetzlichen Richter in Widerspruch. Gerhartl (Mitwirkungsrechte der Belegschaftsvertretung bei Versetzung von Beamten. Kann der Betriebsrat eines ausgegliederten Betriebs die Versetzung von Beamten blockieren? ASoK 2006, 343) weist darauf hin, dass bei Anwendung des § 101 ArbVG unabhängig von der Entscheidung (über die Klage auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats) des Gerichts die Konstruktion, dass ein Beschluss zu seiner Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Gerichts bedürfe, wohl als mit Art 94 B-VG unvereinbar angesehen werden müsse. Es handle sich bei der Entscheidung des Gerichts weder um eine Vorfrage noch um eine Tatbestandsvoraussetzung, sondern die Versetzung müsse als Rechtssache, für deren Erledigung die (subsidiär) gemeinsame Zuständigkeit eines Gerichts und einer Verwaltungsbehörde gegeben sei, qualifiziert werden. Eine Anwendung des § 101 ArbVG solle auf Fälle beschränkt bleiben, in denen gerade keine Versetzung im Sinn der §§ 38 oder 40 BDG vorliege und das BDG die Zulässigkeit der Maßnahme nicht an Kriterien binde, die einer sachlichen Rechtfertigung im Sinn des § 101 ArbVG gleichzuhalten seien. Gahleitner (in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preis/Schneller, ArbVG 262) weist darauf hin, dass im Fall von Widersprüchen zwischen den im ArbVG vorgesehenen Mitwirkungsrechten für Arbeitnehmer und den im öffentlichen Dienstrecht vorgesehenen Regelungsmechanismen im Einzelfall ermittelt werden müsse, welche Bestimmungen anzuwenden sind. Auch Schwarz (Rechtsprobleme der Ausgliederungen unter besonderer Betonung des öffentlichen Bereichs, RdA 2002, 351) spricht sich gegen die kumulative Anwendung des öffentlich-rechtlichen und des privatrechtlichen Versetzungsschutzes aus. Diese würde eine sachlich nicht begründete Ungleichbehandlung von Sachverhalten (Versetzungen) bedeuten. Da auch Fälle möglicher Normenkonkurrenz verfassungskonform interpretiert werden müssten, komme bei einer Versetzung immer nur entweder der öffentlich-rechtliche oder der privatrechtliche Versetzungsschutz in Betracht. Nacheinander wegen einer bestimmten Versetzung den Verwaltungsgerichtshof und das Arbeitsgericht anzurufen, stehe nicht nur mit dem Gleichheitssatz, sondern auch mit dem Recht auf den gesetzlichen Richter in Widerspruch. Gerhartl (Mitwirkungsrechte der Belegschaftsvertretung bei Versetzung von Beamten. Kann der Betriebsrat eines ausgegliederten Betriebs die Versetzung von Beamten blockieren? ASoK 2006, 343) weist darauf hin, dass bei Anwendung des Paragraph 101, ArbVG unabhängig von der Entscheidung (über die Klage auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats) des Gerichts die Konstruktion, dass ein Beschluss zu seiner Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Gerichts bedürfe, wohl als mit Artikel 94, B-VG unvereinbar angesehen werden müsse. Es handle sich bei der Entscheidung des Gerichts weder um eine Vorfrage noch um eine Tatbestandsvoraussetzung, sondern die Versetzung müsse als Rechtssache, für deren Erledigung die (subsidiär) gemeinsame Zuständigkeit eines Gerichts und einer Verwaltungsbehörde gegeben sei, qualifiziert werden. Eine Anwendung des Paragraph 101, ArbVG solle auf Fälle beschränkt bleiben, in denen gerade keine Versetzung im Sinn der Paragraphen 38, oder 40 BDG vorliege und das BDG die Zulässigkeit der Maßnahme nicht an Kriterien binde, die einer sachlichen Rechtfertigung im Sinn des Paragraph 101, ArbVG gleichzuhalten seien. Gahleitner (in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preis/Schneller, ArbVG 262) weist darauf hin, dass im Fall von Widersprüchen zwischen den im ArbVG vorgesehenen Mitwirkungsrechten für Arbeitnehmer und den im öffentlichen Dienstrecht vorgesehenen Regelungsmechanismen im Einzelfall ermittelt werden müsse, welche Bestimmungen anzuwenden sind.

Dies weist nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs auf den richtigen Lösungsansatz hin. Im vorliegenden Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass die Gesetzgebungskompetenz zur Regelung des Betriebsverfassungsrechts beim Bund liegt, während die Dienstrechtskompetenz dem Land zugeordnet ist. Nach den allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen für die Auslegung der Kompetenzbestimmungen haben die Gesetzgeber der gegenbeteiligten Gebietskörperschaften auf die von der jeweiligen anderen Gebietskörperschaft wahrzunehmenden Interessen Rücksicht zu nehmen (vgl zum Berücksichtigungsprinzip: Walter/Mayer, B-VG9, Rz 298,

VfSlg 10.292). Dies ist im Rahmen des Grundsatzes der verfassungskonformen Interpretation (RIS-JustizRS0108717; RIS-Justiz RS0102497) zu berücksichtigen. § 101 ArbVG geht im Wesentlichen von einem Gestaltungsspielraum des Dienstgebers aus, auf den dann die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats einwirken. Unter Zugrundelegung der obigen Überlegungen bedeutet dies aber im Ergebnis, dass es dem für das Dienstrecht zuständigen Gesetzgeber auch zusteht, die Voraussetzungen für und die Verpflichtung zur Versetzung so zu regeln, dass ein weiterer Spielraum für Mitwirkungsrechte des Betriebsrats nicht besteht. Dass dagegen keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen, ergibt sich etwa aus der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs in der Rechtssache G 34/06. Der Verfassungsgerichtshof wies einen Individualantrag gemäß Art 140 B-VG auf Aufhebung des § 17a Abs 9 Poststrukturgesetz ab, der damit begründet worden war, dass diese Bestimmung das Mitwirkungsrecht des Personalvertretungsorgans bei Versetzungen oder versetzungsgleichen Verwendungsänderungen eines zugewiesenen Beamten empfindlich eingeschränkt habe, weil dieses Organ - im Gegensatz zur bis dahin geltenden Rechtslage - nur mehr „mitzuwirken“ habe. In seiner Entscheidungsbegründung wies der Verfassungsgerichtshof insbesondere auch darauf hin, dass die wesensmäßige Verschiedenheit des grundsätzlich auf Lebensdauer angelegten öffentlich-rechtlichen Beamtendienstverhältnisses zu einer Gebietskörperschaft im Gegensatz zu einem auf privatrechtlichem Arbeitsvertrag beruhenden Rechtsverhältnis zu berücksichtigen sei. Dies weist nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs auf den richtigen Lösungsansatz hin. Im vorliegenden Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass die Gesetzgebungskompetenz zur Regelung des Betriebsverfassungsrechts beim Bund liegt, während die Dienstrechtskompetenz dem Land zugeordnet ist. Nach den allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen für die Auslegung der Kompetenzbestimmungen haben die Gesetzgeber der gegenbeteiligten Gebietskörperschaften auf die von der jeweiligen anderen Gebietskörperschaft wahrzunehmenden Interessen Rücksicht zu nehmen vergleiche zum Berücksichtigungsprinzip: Walter/Mayer, B-VG9, Rz 298, VfSlg 10.292). Dies ist im Rahmen des Grundsatzes der verfassungskonformen Interpretation (RIS-Justiz RS0108717; RIS-Justiz RS0102497) zu berücksichtigen. Paragraph 101, ArbVG geht im Wesentlichen von einem Gestaltungsspielraum des Dienstgebers aus, auf den dann die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats einwirken. Unter Zugrundelegung der obigen Überlegungen bedeutet dies aber im Ergebnis, dass es dem für das Dienstrecht zuständigen Gesetzgeber auch zusteht, die Voraussetzungen für und die Verpflichtung zur Versetzung so zu regeln, dass ein weiterer Spielraum für Mitwirkungsrechte des Betriebsrats nicht besteht. Dass dagegen keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen, ergibt sich etwa aus der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs in der Rechtssache G 34/06. Der Verfassungsgerichtshof wies einen Individualantrag gemäß Artikel 140, B-VG auf Aufhebung des Paragraph 17 a, Absatz 9, Poststrukturgesetz ab, der damit begründet worden war, dass diese Bestimmung das Mitwirkungsrecht des Personalvertretungsorgans bei Versetzungen oder versetzungsgleichen Verwendungsänderungen eines zugewiesenen Beamten empfindlich eingeschränkt habe, weil dieses Organ - im Gegensatz zur bis dahin geltenden Rechtslage - nur mehr „mitzuwirken“ habe. In seiner Entscheidungsbegründung wies der Verfassungsgerichtshof insbesondere auch darauf hin, dass die wesensmäßige Verschiedenheit des grundsätzlich auf Lebensdauer angelegten öffentlich-rechtlichen Beamtendienstverhältnisses zu einer Gebietskörperschaft im Gegensatz zu einem auf privatrechtlichem Arbeitsvertrag beruhenden Rechtsverhältnis zu berücksichtigen sei.

Im hier zu beurteilenden Fall gelangt § 92 oö Landesbeamtengesetz (oö LBG) zur Anwendung. Nach dessen Abs 1 liegt eine Versetzung vor, wenn der Beamte nicht nur vorübergehend (§ 91) einer anderen Dienststelle zur Dienstleistung zugewiesen wird. Nach § 92 Abs 2 oö LBG ist eine Versetzung - abgesehen von provisorischen Dienstverhältnissen - nur zulässig, wenn ein wichtiges dienstliches Interesse daran besteht. Nach Abs 3 leg cit ist bei einer Versetzung an einen anderen Dienstort von Amts wegen auf die persönlichen, familiären und sozialen Verhältnisse des Beamten Bedacht zu nehmen. Eine Versetzung ist unzulässig, wenn sie für den Beamten einen wesentlichen wirtschaftlichen Nachteil bedeuten würde und ein anderer geeigneter Beamter, bei dem dies nicht der Fall ist, zur Verfügung steht. Die Versetzung ist nach Abs 5 leg cit mit Bescheid zu verfügen. In § 93 oö LBG werden Verwendungsänderungen mit bestimmten Verschlechterungen den Versetzungen gleichgehalten. § 1 Abs 4 des oö Landesbediensteten-Zuweisungsgesetzes nimmt ausdrücklich auf § 92 Abs 2 oö LBG Bezug und definiert die wichtigen dienstlichen Interessen. Damit kommt aber klar zum Ausdruck, dass der Landesgesetzgeber hier einen weiteren Spielraum für die Beurteilung der Versetzung auch für zugewiesene Beamte nicht eröffnen wollte und damit ein Spielraum, der Anknüpfungspunkt für ein Mitwirkungsrecht der Belegschaft im Sinn des § 101 ArbVG hinsichtlich der inhaltlichen Berechtigung der Versetzung sein könnte, nicht verbleibt. Im hier zu beurteilenden Fall gelangt Paragraph 92, oö Landesbeamtengesetz (oö LBG) zur Anwendung. Nach dessen Absatz eins, liegt eine Versetzung vor, wenn der Beamte

nicht nur vorübergehend (Paragraph 91,) einer anderen Dienststelle zur Dienstleistung zugewiesen wird. Nach Paragraph 92, Absatz 2, öö LBG ist eine Versetzung - abgesehen von provisorischen Dienstverhältnissen - nur zulässig, wenn ein wichtiges dienstliches Interesse daran besteht. Nach Absatz 3, leg cit ist bei einer Versetzung an einen anderen Dienstort von Amts wegen auf die persönlichen, familiären und sozialen Verhältnisse des Beamten Bedacht zu nehmen. Eine Versetzung ist unzulässig, wenn sie für den Beamten einen wesentlichen wirtschaftlichen Nachteil bedeuten würde und ein anderer geeigneter Beamter, bei dem dies nicht der Fall ist, zur Verfügung steht. Die Versetzung ist nach Absatz 5, leg cit mit Bescheid zu verfügen. In Paragraph 93, öö LBG werden Verwendungsänderungen mit bestimmten Verschlechterungen den Versetzungen gleichgehalten. Paragraph eins, Absatz 4, des öö Landesbediensteten-Zuweisungsgesetzes nimmt ausdrücklich auf Paragraph 92, Absatz 2, öö LBG Bezug und definiert die wichtigen dienstlichen Interessen. Damit kommt aber klar zum Ausdruck, dass der Landesgesetzgeber hier einen weiteren Spielraum für die Beurteilung der Versetzung auch für zugewiesene Beamte nicht eröffnen wollte und damit ein Spielraum, der Anknüpfungspunkt für ein Mitwirkungsrecht der Belegschaft im Sinn des Paragraph 101, ArbVG hinsichtlich der inhaltlichen Berechtigung der Versetzung sein könnte, nicht verbleibt.

Dem Bedürfnis nach Mitwirkung der Belegschaftsvertretung bei der Versetzung wird dadurch ausreichend Rechnung getragen, dass dem Betriebsrat jedenfalls die allgemeinen Interventions-, Informations- und Beratungsrechte (vor allem §§ 90, 92, 98 ArbVG) sowie die formellen Rechte auf Verständigung und Beratung nach § 101 ArbVG zukommen. Im Übrigen räumt auch das für nicht zugewiesene Landesbeamte geltende öö Landes-Personalvertretungsgesetz der Personalvertretung bei Versetzungen letztlich nur eine Mitwirkungsbefugnis im Sinn von Beratungs- und Anhörungsrechten ein (§ 8 Abs 1 lit d und § 10 öö L-PVG). Dem Bedürfnis nach Mitwirkung der Belegschaftsvertretung bei der Versetzung wird dadurch ausreichend Rechnung getragen, dass dem Betriebsrat jedenfalls die allgemeinen Interventions-, Informations- und Beratungsrechte (vor allem Paragraphen 90., 92, 98 ArbVG) sowie die formellen Rechte auf Verständigung und Beratung nach Paragraph 101, ArbVG zukommen. Im Übrigen räumt auch das für nicht zugewiesene Landesbeamte geltende öö Landes-Personalvertretungsgesetz der Personalvertretung bei Versetzungen letztlich nur eine Mitwirkungsbefugnis im Sinn von Beratungs- und Anhörungsrechten ein (Paragraph 8, Absatz eins, Litera d und Paragraph 10, öö L-PVG).

Von einem Rechtsschutzdefizit im Falle der Nichtanwendung des § 101 ArbVG auf die zugewiesenen Landesbeamten kann auch im Zusammenhang mit der Prüfung der inhaltlichen Voraussetzungen der Versetzung oder Verwendungsänderung nicht gesprochen werden. Ist doch die im Verfahren über die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats vom Gericht zu prüfende sachliche Rechtfertigung der Versetzung, den nach § 92 öö LBG normierten Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Versetzung - deren bescheidmäßige Verfügung im Verwaltungsweg bekämpft werden kann - ähnlich. Von einem Rechtsschutzdefizit im Falle der Nichtanwendung des Paragraph 101, ArbVG auf die zugewiesenen Landesbeamten kann auch im Zusammenhang mit der Prüfung der inhaltlichen Voraussetzungen der Versetzung oder Verwendungsänderung nicht gesprochen werden. Ist doch die im Verfahren über die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats vom Gericht zu prüfende sachliche Rechtfertigung der Versetzung, den nach Paragraph 92, öö LBG normierten Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Versetzung - deren bescheidmäßige Verfügung im Verwaltungsweg bekämpft werden kann - ähnlich.

Mangels Anwendbarkeit des § 101 ArbVG erweist sich das Klagebegehren Mangels Anwendbarkeit des Paragraph 101, ArbVG erweist sich das Klagebegehren

somit als nicht berechtigt.

Der Revision ist daher Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 58 Abs 1 ASGG iVm §§ 41, 50 ZPO. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 58, Absatz eins, ASGG in Verbindung mit Paragraphen 41., 50 ZPO.

### **Anmerkung**

E875008ObA78.071

### **Schlagworte**

Kennung Xpubl - XbeitrDiese Entscheidung wurde veröffentlicht inecolex 2008/322 S 850 - eclex 2008,850 = wbl 2008,593/283 - wbl2008/283 = Gorcik, wbl 2009,66 = ZAS-Judikatur 2008/146 (Reiner) =DRDA 2008,526 = infas 2008,183/A75 - infas 2008 A75 = ARD 5959/7/2009= ZAS 2009/22 S 127 (Schrank, tabellarische Aufzählung) -

ZAS2009,127 (Schrank, tabellarische Aufzählung) = RdW 2009/178 S 224 -RdW 2009,224 = Arb 12.745 = DRdA

2009,518/49 (Burger) - DRdA 2009/49(Burger)XPUBLEND

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2008:008OBA00078.07I.0428.000

**Zuletzt aktualisiert am**

27.01.2010

**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)