

# TE OGH 2001/4/12 8ObA21/01y

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.04.2001

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Petrag als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Langer und Dr. Neumayr sowie die fachkundigen Laienrichter OLWR Dr. Hans Lahner und Rudolf Grammer als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Georg S\*, Beleuchter, \*, vertreten durch Dr. Reinhard Kohlhofer, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei T\* GmbH, \*, vertreten durch Dr. Bernhard Hainz, Rechtsanwalt in Wien, wegen Feststellung (S 100.000,-), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 23. Oktober 2000, GZ 10 Ra 198/00m-24, mit dem über Berufung der beklagten Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 25. Februar 2000, GZ 29 Cga 141/99p-17, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 6.086,40 (darin S 1.104,40 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist seit 1981 (davon seit 1. 7. 1982 in einem ständigen Dienstverhältnis) bei der beklagten Partei als Beleuchter in der W\* V\* beschäftigt, wobei er in die Entlohnungsgruppe A, Entlohnungsklasse V, eingereiht ist. Nebenbei übt er die Tätigkeit als Beleuchter seit Jahren seit 1982 auch bei den S\* F\* aus, und zwar dort seit 1992 (1993?) in der Position eines Vorarbeiters. Seit 1996 ist er Mitglied des Betriebsrates für das technische Personal in der V\*. Der Kläger ist seit 1981 (davon seit 1. 7. 1982 in einem ständigen Dienstverhältnis) bei der beklagten Partei als Beleuchter in der W\* V\* beschäftigt, wobei er in die Entlohnungsgruppe A, Entlohnungsklasse römisch fünf, eingereiht ist. Nebenbei übt er die Tätigkeit als Beleuchter seit Jahren seit 1982 auch bei den S\* F\* aus, und zwar dort seit 1992 (1993?) in der Position eines Vorarbeiters. Seit 1996 ist er Mitglied des Betriebsrates für das technische Personal in der V\*.

Von September 1984 bis Oktober 1985 hat der Kläger einen Fernkurslehrgang über elektronische Bauelemente in der Fernsprechtechnik mit Erfolg absolviert, im Dezember 1996 einen 16-stündigen Erste-Hilfe-Kurs. Vom 9. - 13.6.1997 hat er an einem Seminar der AUVA über Arbeitssicherheit für Sicherheitsvertrauenspersonen teilgenommen. Vom 10. 11. 1997 bis 21. 11. 1997 hat der Kläger einen 76-stündigen BFI-Ausbildungskurs zum "Beleuchtermeister" mit ausgezeichnetem Erfolg absolviert, darüber hinaus hat er im Zeitraum 20. 9. 1998 bis 27. 10. 1998 einen Abendkurs für Elektronik besucht.

Mit Schreiben vom 11. 3. 1997 wurde dem Kläger mitgeteilt, dass er ab 1. 3. 1997 provisorisch zum

Vorarbeiter (Entlohnungsgruppe A, Entlohnungsklasse IV) ernannt werde. Ausdrücklich wird in diesem Schreiben auf die Bestimmung des § 18 des arbeitsrechtlichen Teiles des auf das Dienstverhältnis anzuwendenden Kollektivvertrags für das technische Personal im Gesamtbereich der Bundestheater Bezug genommen. Diese Bestimmung sieht Folgendes vor: Mit Schreiben vom 11. 3. 1997 wurde dem Kläger mitgeteilt, dass er ab 1. 3. 1997 provisorisch zum Vorarbeiter (Entlohnungsgruppe A, Entlohnungsklasse römisch IV) ernannt werde. Ausdrücklich wird in diesem Schreiben auf die Bestimmung des Paragraph 18, des arbeitsrechtlichen Teiles des auf das Dienstverhältnis anzuwendenden Kollektivvertrags für das technische Personal im Gesamtbereich der Bundestheater Bezug genommen. Diese Bestimmung sieht Folgendes vor:

"a) Die Ernennung auf einen gehobenen Posten (Gruppenmeister, Obermeister, Meister, Vorarbeiter) erfolgt zunächst dekretmäßig provisorisch für längstens 1 Jahr. (... ) Nach Ablauf der Zeit dieser provisorischen Funktionsbetrauung muss der Dienstgeber diese Betrauung in eine definitive dekretmäßige Ernennung umwandeln, oder den betreffenden Dienstnehmer in seine vor der provisorischen Betrauung innegehabte Entlohnungsklasse zurückversetzen.

b) Bei Rückversetzung hat der Dienstgeber gleichzeitig einen anderen Dienstnehmer mit dieser Funktion auf die gleiche Zeitspanne von einem Jahr, entsprechend lit a, provisorisch dekretmäßig zu ernennen. Nach Ablauf dieser Periode muss sich der Dienstgeber zwischen diesen beiden Dienstnehmern entscheiden und die definitive endgültige Funktionsbetrauung dekretmäßig durchführen. b) Bei Rückversetzung hat der Dienstgeber gleichzeitig einen anderen Dienstnehmer mit dieser Funktion auf die gleiche Zeitspanne von einem Jahr, entsprechend Litera a,, provisorisch dekretmäßig zu ernennen. Nach Ablauf dieser Periode muss sich der Dienstgeber zwischen diesen beiden Dienstnehmern entscheiden und die definitive endgültige Funktionsbetrauung dekretmäßig durchführen.

c) Bei der Ernennung auf einen gehobenen Posten sind erfolgreich abgeschlossene Kurse der Österreichischen Theatertechnischen Gesellschaft oder von dieser Gesellschaft entwickelte Kurse (zB für Bühnen und Beleuchtungsmeister ...) oder abgeschlossene Ausbildungen zum Meister bzw Werkmeister in öffentlich anerkannten Institutionen zu berücksichtigen, sofern die Ausbildung für den künftigen Aufgabenbereich von Bedeutung ist."

Im Bereich der beklagten Partei gab es im maßgeblichen Zeitraum eine bestimmte, beschränkte Anzahl von Planstellen für Vorarbeiter. Diesen obliegt die Verantwortung über ihr Arbeitsteam, speziell auch die Prüfung der Funktion und Sicherheit der installierten Beleuchtung. Im Falle der Verhinderung eines Vorarbeiters wird jeweils ein Facharbeiter im Dienstplan stellvertretend zum sogenannten "Differenzdienst" eingeteilt. Für die im Differenzdienst geleisteten Arbeitsstunden erhält der Facharbeiter das höhere Entgelt eines Vorarbeiters.

Zumindest im Bereich der Beleuchtung der V\* war es seit vielen Jahren übliche Praxis, dass nach Freiwerden einer Vorarbeiterstelle der dienstälteste Facharbeiter in diese Position nachrückte. Einer formellen Bewerbung bedurfte es nicht. Die Bestellung erfolgte jeweils zunächst provisorisch für ein Jahr, der so ernannte Kandidat ist allerdings praktisch immer anschließend auch definitiv bestellt worden. Von der im Kollektivvertrag vorgesehenen Möglichkeit, einen zweiten Bewerber zu beobachten und erst dann eine Entscheidung zu treffen, hat der Dienstgeber keinen Gebrauch gemacht.

Diese Praxis änderte sich mit der Bestellung von Friedrich R\* zum "Beleuchtungsinspektor", das ist der Leiter der gesamten Beleuchtung im Bereich der V\*. Als solcher war er im Einvernehmen mit dem technischen Leiter für die Bestellung eines Vorarbeiters entscheidungsbefugt.

Im März 1997 war eine Beleuchter-Vorarbeiterplanstelle vakant. Der damals dienstälteste Kläger wurde von seinen unmittelbaren Vorgesetzten als Kandidat vorgeschlagen und per 1. 3. 1997 für ein Jahr provisorisch auf diese Planstelle ernannt. Friedrich R\* gewann nach einer Beobachtungszeit von rund einem halben Jahr allerdings den Eindruck, dass der Kläger den Aufgaben eines Vorarbeiters - trotz ausgezeichneter theoretischer Kenntnisse - in der Praxis nicht immer ideal gewachsen war, sondern ein anderer Mitarbeiter womöglich besser entsprechen könnte.

Auf seine Empfehlung hin wurde die Bestellung des Klägers deshalb nach Ablauf des provisorischen Jahres nicht, so wie früher üblich, in eine definitive umgewandelt, sondern es wurde der Kläger mit Ablauf des Februar 1998 wieder in die Position des Facharbeiters rückversetzt. An seiner Stelle wurde der Mitarbeiter H\*, der eine um drei oder vier Jahre kürzere Dienstzeit als der Kläger aufweist und damals auch noch keine sogenannte Meisterprüfung abgelegt hatte, ab 1. 3. 1998 provisorisch zum Vorarbeiter bestellt. Eine Zustimmung des Betriebsrats zur Rückversetzung wurde vom Unternehmen nicht eingeholt. Der Kläger wurde aber auch danach, und zwar im Rahmen der "Differenzdienste", laufend faktisch als Vorarbeiter eingesetzt, 1998/99 insgesamt sogar an 153 Arbeitstagen. Genauso hatte aber auch

Herr H\* schon vor seiner Bestellung zum Vorarbeiter solche "Differenzdienste" versehen.

Zur Unterstützung der endgültigen Entscheidung hat Friedrich R\* schließlich im Jänner 1999 vergleichende Mitarbeiterbeurteilungen beider Kandidaten (sowie eines weiteren gerade provisorisch bestellten Vorarbeiters namens Z\*) durch ihre unmittelbaren Vorgesetzten eingeholt.

Zwei der Befragten, ein Gruppenmeister und ein provisorischer Meister, haben den Kläger und Herrn H\* nach dem Schulnotensystem ohne jegliche Differenzierung in allen zu beurteilenden Punkten exakt gleich bewertet, und zwar deshalb, weil sie in einer Gesamtschau beide für gleichwertig geeignet befanden. Obwohl sie tatsächlich unterschiedliche Stärken und Schwächen der beiden Personen wahrgenommen hatten, haben sie diese Kriterien, um den Gesamteindruck nicht in Frage zu stellen, in die Beurteilung nicht einfließen lassen.

Ein ebenfalls befragter Vorarbeiter, Wolfgang K\*, hat den Kläger hingegen in den Beurteilungskriterien "Organisation", "Teamführung", "Selbständigkeit", "Loyalität dem Vorgesetzten gegenüber", "Künstlerisches Verständnis" und "Reagieren in Ausnahmesituationen" jeweils um einen bis zwei Notengrade schlechter als Herrn H\* beurteilt. Diese Stellungnahme erfolgte speziell aus seiner Sicht als damaliger Ausbilder für Lichtregie und bezog sich auf den Einsatz der beiden Kandidaten in diesem Bereich. Im Jahre 1998 wurde in der V\* eine neue, der bisherigen technisch weit überlegene elektronische Lichtregelanlage in Betrieb genommen. Die für die Bedienung in Betracht kommenden Beleuchter, in erster Linie Vorarbeiter, aber auch einige Facharbeiter, wurden sukzessive in den komplizierten Betrieb dieser Anlage eingeschult. Der Kläger, dem auch die Arbeit an der alten Anlage nicht wirklich gelegen ist, hat Anfang Februar 1999 zunächst mündlich, über Wunsch der beklagten Partei auch schriftlich erklärt, dass er auf eine Einschulung an der neuen Maschine freiwillig verzichte. Herr H\* hingegen war nicht nur mit der alten Lichtregelanlage vertraut, er wurde auch an der neuen Anlage erfolgreich eingeschult und ist laufend zu ihrer Bedienung eingeteilt.

Der Obermeister Wolfgang W\* hat den Kläger in den Punkten "Teamführung" und "Selbständigkeit" schlechter beurteilt als den Kandidaten H\*, ebenso im Bereich "Reagieren in Ausnahmesituationen". Er war beim Ausfüllen des Beurteilungsbogens unter Zeitdruck. Friedrich R\* hat mit ihm die einzelnen Punkte diskutiert, die Entscheidung über die Benotung hat W\* jedoch letztlich selbst getroffen. Ohne die Diskussion mit dem Friedrich R\* hätte er beide Kandidaten gleich bewertet.

Friedrich R\* selbst hat dem Kläger in den Beurteilungspunkten "Teamführung", "Fachkenntnisse", "Selbständigkeit", "Künstlerisches Verständnis" und "Reagieren bei Ausnahmesituationen" schlechtere Noten erteilt als Herrn H\*. In einer zusätzlichen Erläuterung zur Beurteilung ging er dabei auch konkret auf die Stärken und Schwächen der beiden Kandidaten ein. Zwischen dem Kläger und Friedrich R\* bestand eine gewisse gegenseitige Antipathie, letzterer war allerdings auch bei den meisten anderen in der Beleuchtung Beschäftigten äußerst unbeliebt. Dass die persönliche Aversion wesentlicher Grund für die ungünstigere fachliche Beurteilung des Klägers durch R\* gewesen wäre, kann jedoch nicht festgestellt werden.

Keiner der Befragten ist bei irgendeinem der Beurteilungskriterien zu dem Ergebnis gelangt, dass der Kläger besser als Herr H\* zu bewerten wäre.

Die Ergebnisse der Mitarbeiterbeurteilungen, im Zusammenwirken mit dem erklärten Desinteresse des Klägers an einer Tätigkeit an der Lichtregelanlage, waren das Motiv für den entscheidungsbefugten Technischen Direktors, Ing. Klaus L\*, im Einvernehmen mit Friedrich R\* nicht den Kläger, sondern Herrn H\* ab 1. 3. 1999 ständig mit der Vorarbeiterstelle zu betrauen.

Die Tätigkeit des Klägers als Betriebsrat war kein maßgebliches Kriterium für diese Entscheidung. Unmittelbar aus der Betriebsratstätigkeit stammende offene Konflikte zwischen dem Kläger und seinen Vorgesetzten hat es nicht gegeben.

Friedrich R\* hat nach der Rückversetzung des Klägers zumindest in einem weiteren Fall, nämlich bei Besetzung einer Meisterplanstelle, von der kollektivvertraglichen Möglichkeit der zweimaligen provisorischen Bestellung und anschließenden Auswahl Gebrauch gemacht. In diesem Fall war es Franz S\*, der nach provisorischer Betrauung wieder rückversetzt wurde.

Seit Dezember 1999 wird der Kläger aufgrund seines Vorbringens im laufenden Verfahren nicht mehr zu den höher besoldeten Differenzdiensten eingeteilt; an seiner täglichen Arbeit hat sich nichts geändert.

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass seine am 31. 3. 1998 mit Wirksamkeit vom 1. 3. 1998 durch die beklagte

Partei ausgesprochene Rückversetzung zum Facharbeiter unwirksam sei; in eventu begehrt er die beklagte Partei schuldig zu erkennen, die vorläufige Funktionsbetrauung spätestens mit Wirksamkeit vom 1. 3. 1999 in eine definitive dekretmäßige Ernennung umzuwandeln.

Der Kläger brachte im Wesentlichen vor, dass er während seiner gesamten Dienstzeit verschiedene Fortbildungskurse absolviert habe. Unter anderem aufgrund dieses Engagements sei er mit Wirksamkeit vom 1. 3. 1997 zum Vorarbeiter ernannt worden. Er sei sowohl theoretisch als auch praktisch für die Funktion des Vorarbeiters geeignet gewesen. Die beklagte Partei sei daher verpflichtet gewesen, ihn schon nach Ablauf seiner provisorischen Funktionsbetrauung in dieser Position definitiv zu stellen.

Die Rückversetzung zum Facharbeiter mit Wirksamkeit vom 1. 3. 1998, die mit der Rückreihung in eine schlechter dotierte Entlohnungsklasse verbunden sei, sei ohne Angabe von Gründen, insbesondere ohne Hinweis auf eventuelle Unzulänglichkeiten, erfolgt. Sachliche Anhaltspunkte seien nicht erkennbar. Die Rückversetzung stelle sich somit als rechtswidrige "Degradierung" dar.

Trotz der erfolgten Rückversetzung habe der Kläger in der Zeit vom 1. 3. 1998 bis 1. 3. 1999 de facto die Arbeiten eines Vorarbeiters durchgeführt und hierfür auch im genannten Zeitraum an 153 Tagen Differenzgebühren erhalten. Dies zeige, dass er in der Lage sei, die Tätigkeit eines Vorarbeiters auszuüben. Seine Qualifikation werde nicht nur durch die von ihm besuchten Kurse untermauert, sondern auch durch die Tatsache, dass er bei den S\* F\* seit 1992 Vorarbeiter sei. Die beklagte Partei wäre daher verpflichtet gewesen, den Kläger nach Ablauf der provisorischen Funktionsbetrauung des Mitarbeiters H\* definitiv zum Vorarbeiter zu befördern, da er gegenüber diesem bei weitem besser qualifiziert sei. Er sei auch dienstälter als Herr H\*.

Für die Verweigerung der definitiven Bestellung zum Vorarbeiter sei insbesondere auch die Funktion des Klägers im Betriebsrat ausschlaggebend gewesen, seine Definitivernennung sei damit aus unsachlichen Motiven verweigert worden. Ein Betriebsratsmitglied dürfe aber aufgrund dieser Tätigkeit bei Aufstiegschancen nicht benachteiligt werden.

Für die Rückversetzung in die Position des Facharbeiters fehle es im Übrigen an der erforderlichen Zustimmung des Betriebsrats.

Die beklagte Partei bestritt das Klagebegehren und wandte ein, dass die in § 18 des anzuwendenden Kollektivvertrags vorgesehene Vorgangsweise im Fall des Klägers eingehalten worden sei. Nach Ablauf eines Jahres sei festgestanden, dass der Kläger in der Ausübung seiner Funktion nicht hinreichend überzeugen habe können, weshalb er rückversetzt und ein zweiter Kandidat, Herr H\*, für die gleiche Frist provisorisch ernannt worden sei. Dieser habe insgesamt eine bessere praktische Eignung bewiesen, weshalb die Entscheidung letztlich zu seinen Gunsten und zum Nachteil des Klägers ausfallen habe müssen. Nicht er, sondern der Mitarbeiter H\* habe aufgrund der besseren Beurteilung seiner Leistung einen Rechtsanspruch auf die definitive Beförderung zum Vorarbeiter. Die beklagte Partei bestritt das Klagebegehren und wandte ein, dass die in Paragraph 18, des anzuwendenden Kollektivvertrags vorgesehene Vorgangsweise im Fall des Klägers eingehalten worden sei. Nach Ablauf eines Jahres sei festgestanden, dass der Kläger in der Ausübung seiner Funktion nicht hinreichend überzeugen habe können, weshalb er rückversetzt und ein zweiter Kandidat, Herr H\*, für die gleiche Frist provisorisch ernannt worden sei. Dieser habe insgesamt eine bessere praktische Eignung bewiesen, weshalb die Entscheidung letztlich zu seinen Gunsten und zum Nachteil des Klägers ausfallen habe müssen. Nicht er, sondern der Mitarbeiter H\* habe aufgrund der besseren Beurteilung seiner Leistung einen Rechtsanspruch auf die definitive Beförderung zum Vorarbeiter.

Das Erstgericht wies sowohl Haupt- als auch Eventualbegehren ab und legte seiner Entscheidung die eingangs zusammengefasst angeführten Feststellungen zugrunde. In seiner rechtlichen Beurteilung ging es auf die drei vom Kläger herangezogenen Anspruchsgrundlagen ein, nämlich auf die fehlende Zustimmung des Betriebsrats zur Rückversetzung in die Facharbeiterposition, weiters auf die Sittenwidrigkeit einer aus unsachlichen Motiven erfolgten Rückversetzung und schließlich auf einen kollektivvertraglichen Anspruch, als besser qualifizierter Kandidat zumindest ab 1. 3. 1999 mit dem gehobenen Posten ständig betraut zu werden.

Eine Änderung in der Einstufung vom Vorarbeiter zum Facharbeiter sei zwar grundsätzlich eine verschlechternde Einreihung. Der gegenständliche Fall sei aber von der in § 101 ArbVG nicht berücksichtigten Besonderheit gekennzeichnet, dass die - als Beförderung jedenfalls nicht zustimmungspflichtige - Einreihung in die höherwertige Position von vornherein nur befristet und mit ausdrücklichem Vorbehalt eines Widerrufs erfolgt sei. Die Rückversetzung sei somit nicht auf einen "anderen" Arbeitsplatz im Sinne des § 101 ArbVG (nämlich einen, dessen

Bedingungen vom Inhalt des Arbeitsvertrages bisher noch nicht umfasst gewesen seien) erfolgt, sondern gerade auf den ursprünglichen, vereinbarten Arbeitsplatz. Die Gültigkeit der ursprünglichen Vereinbarung sei durch die befristete Änderung für deren Wirksamkeitsdauer nur verdrängt, nicht aufgehoben worden. In diesem Fall bedürfe die Rückversetzung des Klägers in die Position des Facharbeiters zu ihrer Wirksamkeit keiner Zustimmung des Betriebsrats, zumal aus objektiven und nicht bloß willkürlich vom Dienstgeber herbeigeführten Gründen eine ohne dauernden Rechtsanspruch provisorisch zusätzlich hinzugekommene Funktion einschließlich der damit verbundenen höheren Entlohnung wieder weg falle. In der Gesamtschau sei die voraus definierte befristete Verbesserung mit anschließender Wiederherstellung des vorherigen Zustandes für den Dienstnehmer noch günstiger als die einzige Alternative, nämlich das gänzliche Unterbleiben der Verbesserung. Eine Änderung in der Einstufung vom Vorarbeiter zum Facharbeiter sei zwar grundsätzlich eine verschlechternde Einreihung. Der gegenständliche Fall sei aber von der in Paragraph 101, ArbVG nicht berücksichtigten Besonderheit gekennzeichnet, dass die - als Beförderung jedenfalls nicht zustimmungspflichtige - Einreihung in die höherwertige Position von vornherein nur befristet und mit ausdrücklichem Vorbehalt eines Widerrufs erfolgt sei. Die Rückversetzung sei somit nicht auf einen "anderen" Arbeitsplatz im Sinne des Paragraph 101, ArbVG (nämlich einen, dessen Bedingungen vom Inhalt des Arbeitsvertrages bisher noch nicht umfasst gewesen seien) erfolgt, sondern gerade auf den ursprünglichen, vereinbarten Arbeitsplatz. Die Gültigkeit der ursprünglichen Vereinbarung sei durch die befristete Änderung für deren Wirksamkeitsdauer nur verdrängt, nicht aufgehoben worden. In diesem Fall bedürfe die Rückversetzung des Klägers in die Position des Facharbeiters zu ihrer Wirksamkeit keiner Zustimmung des Betriebsrats, zumal aus objektiven und nicht bloß willkürlich vom Dienstgeber herbeigeführten Gründen eine ohne dauernden Rechtsanspruch provisorisch zusätzlich hinzugekommene Funktion einschließlich der damit verbundenen höheren Entlohnung wieder weg falle. In der Gesamtschau sei die voraus definierte befristete Verbesserung mit anschließender Wiederherstellung des vorherigen Zustandes für den Dienstnehmer noch günstiger als die einzige Alternative, nämlich das gänzliche Unterbleiben der Verbesserung.

Die Rückversetzung sei auch nicht als sittenwidrig anzusehen, weil die vom Kläger vorgebrachten Motive, nämlich eine Absicht, ihn wegen seiner Betriebsratstätigkeit am Fortkommen zu behindern oder eine Schikane aus reiner Antipathie des Vorgesetzten, für die Rückversetzung (bzw die definitive Ernennung des anderen Kandidaten) nicht maßgeblich gewesen seien.

Auch aus dem Kollektivvertrag selbst könne der Kläger keinen Anspruch auf seine definitive Beförderung ableiten. Die Eignung des Klägers sei nicht gleichwertig mit denen des ihm vorgezogenen Kandidaten gewesen, sodass die im Kollektivvertrag normierte Zweifelsregel, wonach bei gleicher Eignung das höhere Dienstalter den Ausschlag zu geben habe, nicht zur Anwendung komme.

Die gegen dieses Urteil erhobene Berufung des Klägers blieb erfolglos. In rechtlicher Hinsicht führte das Berufungsgericht zusammengefasst aus:

Eine befristete Betrauung mit einer höherwertigen Funktion trage in sich bereits den Keim einer künftigen Verschlechterung der Position des Arbeitnehmers, sodass sich die Frage stelle, inwieweit hier allenfalls ein Zustimmungserfordernis des Betriebsrates bestehe.

Nach der höchstgerichtlichen Judikatur sei in einem derartigen Fall einer provisorischen Beförderung und anschließender Rückversetzung zu prüfen, ob die beiden Maßnahmen zeitlich und sachlich so zusammenhängen, dass sie als eine Einheit und die Rückversetzung nur als eine Folge der Beendigung des Provisoriums gewertet werden müsse. Jedenfalls bei einer Rückversetzung von einem nicht dauernden Arbeitsplatz (höchstens 13 Wochen) auf den vorangegangenen dauernden Arbeitsplatz entfalle das Zustimmungserfordernis des Betriebsrats.

Auch im konkreten Fall liege die wesentliche Funktion der Befristung darin, einen Dauersachverhalt als Einheit zusammenzufassen. Durch die Setzung einer Frist würden jene Akte, die ohne Frist als Versetzung und Rückversetzung anzusehen seien, zu einer einheitlichen Versetzung zusammengefasst: Insofern sei die befristete Versetzung als Gesamttakt zu qualifizieren. Wenn sich der Gesamttakt für den Arbeitnehmer als Verbesserung erweise, bestehe ein Zustimmungserfordernis des Betriebsrates nicht. Dieses Zustimmungserfordernis sei nur dann zu bejahen, wenn sich die befristete Versetzung in ihrer Gesamtheit als Verschlechterung darstelle.

Allenfalls könne aber die Dauer des Provisoriums (im gegenständlichen Fall ein Jahr) als zu lang angesehen werden, sodass nicht mehr von einem Gesamttakt bzw von einer Einheit ausgegangen werden könne. Gerade für die Erprobung von Mitarbeitern auf leitenden Posten, wie es auch der eines Vorarbeiters darstellt, erscheine jedoch eine

Erprobungszeit von einem Jahr als nicht unsachlich lang, sodass sich dadurch keine Änderung in der Beurteilung ergebe.

Daraus folge, dass die Betrauung des Klägers mit der vor dem Provisorium ausgeübten Tätigkeit eines Facharbeiters nicht der Zustimmung des Betriebsrates bedürft habe, da darin insgesamt betrachtet keine Verschlechterung gelegen sei.

Soweit sich der Kläger darauf berufe, die Versetzung widerspreche dem Benachteiligungsverbot des § 115 Abs 3 ArbVG, müsse eine Klage entweder auf jene Leistung gerichtet sein, die dem Betriebsratsmitglied in benachteiligender Weise gegenüber den anderen Arbeitnehmern nicht gewährt worden sei, oder auf die Unterlassung der konkret zur Diskussion stehenden Benachteiligung oder Beschränkung. Eine Feststellungsklage sei nur dann zulässig, wenn das Betriebsratsmitglied keine Leistungs-(Unterlassungs-)klage erheben könnte, dennoch aber Interesse an einer alsbaldigen Feststellung der Rechtslage habe. Aus den Diskriminierungsverboten der §§ 115 Abs 3 und 37 Abs 1 ArbVG ergebe sich jedoch kein Anspruch des übergangenen Dienstnehmers auf Dienstvertragsänderung im Sinne einer Beförderung. Soweit sich der Kläger darauf berufe, die Versetzung widerspreche dem Benachteiligungsverbot des Paragraph 115, Absatz 3, ArbVG, müsse eine Klage entweder auf jene Leistung gerichtet sein, die dem Betriebsratsmitglied in benachteiligender Weise gegenüber den anderen Arbeitnehmern nicht gewährt worden sei, oder auf die Unterlassung der konkret zur Diskussion stehenden Benachteiligung oder Beschränkung. Eine Feststellungsklage sei nur dann zulässig, wenn das Betriebsratsmitglied keine Leistungs-(Unterlassungs-)klage erheben könnte, dennoch aber Interesse an einer alsbaldigen Feststellung der Rechtslage habe. Aus den Diskriminierungsverboten der Paragraphen 115, Absatz 3 und 37 Absatz eins, ArbVG ergebe sich jedoch kein Anspruch des übergangenen Dienstnehmers auf Dienstvertragsänderung im Sinne einer Beförderung.

Die vom Berufungswerber gestellten Klagebegehren seien nicht berechtigt. Das Eventualbegehren sei eindeutig auf die Beförderung gerichtet; einen solchen Anspruch gewähre aber § 115 Abs 3 ArbVG nicht. Auch das Feststellungsbegehren des Klägers bestehe mangels rechtlichen Interesses nicht zu Recht, da der Kläger bereits eine Leistungsklage auf Schadenersatz hinsichtlich der Entlohnung, die ihm aufgrund der Nichtbeförderung entgangen sei, erheben hätte können. Die vom Berufungswerber gestellten Klagebegehren seien nicht berechtigt. Das Eventualbegehren sei eindeutig auf die Beförderung gerichtet; einen solchen Anspruch gewähre aber Paragraph 115, Absatz 3, ArbVG nicht. Auch das Feststellungsbegehren des Klägers bestehe mangels rechtlichen Interesses nicht zu Recht, da der Kläger bereits eine Leistungsklage auf Schadenersatz hinsichtlich der Entlohnung, die ihm aufgrund der Nichtbeförderung entgangen sei, erheben hätte können.

Letztlich sei zu prüfen, ob die provisorische Bestellung des Klägers als Vorarbeiter und die Rückversetzung auf seinen bisherigen Arbeitsplatz als Facharbeiter gegen arbeitsvertragliche Schranken verstoßen haben. Auch hier könne der Kläger, selbst bei einem angenommenen Verstoß gegen den Arbeitsvertrag und damit auch gegen die Bestimmungen des anzuwendenden Kollektivvertrages, der Inhalt dieses Arbeitsvertrages sei, keinen Anspruch auf Beförderung und Einnahme der höherwertigen Stellung ableiten. Auch ein Begehren auf Unzulässigkeit der Versetzung komme nicht in Betracht, weil die Rechts-(un-)wirksamkeit von Rechtshandlungen nicht feststellungsfähig sei.

Eine sachliche Auseinandersetzung mit der Frage, ob der Kläger gleich qualifiziert sei wie der ihm vorgezogene Mitarbeiter, sei daher nicht erforderlich.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Klägers aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das Berufungsurteil im Sinne einer Klagsstattgebung abzuändern. Hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Die beklagte Partei beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision des Klägers ist zulässig (§ 46 Abs 3 Z 2 ASGG), jedoch nicht berechtigt. Die Revision des Klägers ist zulässig (Paragraph 46, Absatz 3, Ziffer 2, ASGG), jedoch nicht berechtigt.

#### **1. Zum Zustimmungsrecht des Betriebsrats:**

Eine verschlechternde Versetzung iSd § 101 ArbVG, die bei jeder Verschlechterung von Bestimmungsmerkmalen des Arbeitsverhältnisses anzunehmen ist (8 ObA 2057/96z = RdW 1997, 356 = ZAS 1997/13, Spitzl; 9 ObA 198/00h = ecolo 2001/58), ist ohne Zustimmung des Betriebsrats, die allenfalls durch gerichtliche Entscheidung ersetzt werden kann,

rechtsunwirksam, gleichgültig ob nur eine direktionale oder eine vertragsändernde Versetzung vorliegt, und gleichgültig, ob der betroffene Arbeitnehmer hierzu seine Zustimmung erteilt hat oder nicht (8 ObA 2053/96m = SZ 70/21 = DRdA 1997, 406 = infas 1997, A 88; 9 ObA 198/00h = ecolex 2001/58; Mazal, Mitbestimmung bei befristeter Beförderung, ecolex 1995, 354 f). Ein provisorischer Charakter einer Versetzung hat dann keinen Einfluss auf die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats, wenn eine gewisse Zeitdauer der Verwendung überschritten wird (siehe die beiden zum BRG ergangenen Entscheidungen 4 Ob 91/70 = JBl 1971, 582, Strasser und 4 Ob 64/73 = ZAS 1975/1, Fischer = DRdA 1975, 140, Hengstler) und daher von einer ‚dauernden Versetzung‘ iSd § 101 ArbVG gesprochen werden kann (9 ObA 145/94 = DRdA 1995/33, Klein = Arb 11.249 = ARD 4604/22/94). Eine verschlechternde Versetzung iSd Paragraph 101, ArbVG, die bei jeder Verschlechterung von Bestimmungsmerkmalen des Arbeitsverhältnisses anzunehmen ist (8 ObA 2057/96z = RdW 1997, 356 = ZAS 1997/13, Spitzl; 9 ObA 198/00h = ecolex 2001/58), ist ohne Zustimmung des Betriebsrats, die allenfalls durch gerichtliche Entscheidung ersetzt werden kann, rechtsunwirksam, gleichgültig ob nur eine direktionale oder eine vertragsändernde Versetzung vorliegt, und gleichgültig, ob der betroffene Arbeitnehmer hierzu seine Zustimmung erteilt hat oder nicht (8 ObA 2053/96m = SZ 70/21 = DRdA 1997, 406 = infas 1997, A 88; 9 ObA 198/00h = ecolex 2001/58; Mazal, Mitbestimmung bei befristeter Beförderung, ecolex 1995, 354 f). Ein provisorischer Charakter einer Versetzung hat dann keinen Einfluss auf die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats, wenn eine gewisse Zeitdauer der Verwendung überschritten wird (siehe die beiden zum BRG ergangenen Entscheidungen 4 Ob 91/70 = JBl 1971, 582, Strasser und 4 Ob 64/73 = ZAS 1975/1, Fischer = DRdA 1975, 140, Hengstler) und daher von einer ‚dauernden Versetzung‘ iSd Paragraph 101, ArbVG gesprochen werden kann (9 ObA 145/94 = DRdA 1995/33, Klein = Arb 11.249 = ARD 4604/22/94).

Einen gewissen Anhaltspunkt für die notwendige Dauer bildet der in § 101 ArbVG genannte Zeitraum von 13 Wochen. Allerdings bezieht sich dieser Zeitraum nach dem Gesetz nur auf verschlechternde und nicht auf verbessernde Versetzungen. Einen gewissen Anhaltspunkt für die notwendige Dauer bildet der in Paragraph 101, ArbVG genannte Zeitraum von 13 Wochen. Allerdings bezieht sich dieser Zeitraum nach dem Gesetz nur auf verschlechternde und nicht auf verbessernde Versetzungen.

Bei vorübergehenden verbessernden Versetzungen ist zu beachten, dass bereits eine nur befristete oder provisorische Betrauung mit der (gegenüber der ursprünglichen) höherwertigen Funktion den Keim einer künftigen Verschlechterung der Position des Arbeitnehmers in sich trägt. In diesem Sinn sind die eigentliche Versetzung (auf einen höherwertigen Posten) und die anschließende Rückversetzung als Einheit zu sehen, weil ansonsten dem Betriebsrat eine dem Gesetz nicht zu entnehmende mittelbare Sperrmöglichkeit des Betriebsrats gegen Beförderungen gegeben würde (Fischer, ZAS 1975, 17 [18]). Führt die Rückreihung zur früheren Tätigkeit zurück, kann sich nur die Frage stellen, ob der Umstand, dass vom Dienstgeber nur eine provisorische Beförderung gewählt wurde, eine sachliche Rechtfertigung findet und nicht nur dazu dient, die Zustimmungsrechte des Betriebsrats zu umgehen.

Im Gegensatz zu verschlechternden Versetzungen wird bei verbessernden - auch im Interesse des Arbeitnehmers - eine längere Frist als die für verschlechternde Versetzungen in § 101 ArbVG vorgesehene 13-Wochen-Frist eher zu akzeptieren sein, sofern sie eine sachliche Rechtfertigung findet, etwa aus Gründen der Erprobung oder wegen (Karenz-)Urlaubsvertretung (Fischer, ZAS 1975, 17 [19]). Die Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung darf aber nicht im Belieben des Dienstgebers stehen, sondern es müssen objektive Anhaltspunkte für die Frist gegeben sein. Diese können normativer Natur sein (zB Aufrücken eines Dienstnehmers für die Dauer der Karenzierung des zu vertretenden Dienstnehmers) oder auf faktischen Gegebenheiten beruhen (Dauer des Urlaubs oder des Krankenstandes eines Dienstnehmers). Mit zunehmendem Qualifikationserfordernis der "neuen" Position wird die für die Einarbeitung notwendige Zeit zunehmen, sodass auch die zur Erprobung zur Verfügung stehende Zeit länger sein kann. Anhaltspunkte für die Sachlichkeit der Bemessung können sich auch aus anderen normativen Maßstäben wie einer Betriebsvereinbarung, aber auch einem Kollektivvertrag ergeben (siehe Fischer, ZAS 1975, 17 [19]). Im Gegensatz zu verschlechternden Versetzungen wird bei verbessernden - auch im Interesse des Arbeitnehmers - eine längere Frist als die für verschlechternde Versetzungen in Paragraph 101, ArbVG vorgesehene 13-Wochen-Frist eher zu akzeptieren sein, sofern sie eine sachliche Rechtfertigung findet, etwa aus Gründen der Erprobung oder wegen (Karenz-)Urlaubsvertretung (Fischer, ZAS 1975, 17 [19]). Die Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung darf aber nicht im Belieben des Dienstgebers stehen, sondern es müssen objektive Anhaltspunkte für die Frist gegeben sein. Diese können normativer Natur sein (zB Aufrücken eines Dienstnehmers für die Dauer der Karenzierung des zu vertretenden Dienstnehmers) oder auf faktischen Gegebenheiten beruhen (Dauer des Urlaubs oder des Krankenstandes eines

Dienstnehmers). Mit zunehmendem Qualifikationserfordernis der "neuen" Position wird die für die Einarbeitung notwendige Zeit zunehmen, sodass auch die zur Erprobung zur Verfügung stehende Zeit länger sein kann. Anhaltspunkte für die Sachlichkeit der Bemessung können sich auch aus anderen normativen Maßstäben wie einer Betriebsvereinbarung, aber auch einem Kollektivvertrag ergeben (siehe Fischer, ZAS 1975, 17 [19]).

Dem Berufungsgericht ist darin zu folgen, dass im konkreten Fall die nach dem Kollektivvertrag zulässige einjährige Frist für eine Erprobung in einer qualifizierten Position als von ihrer Länge her sachlich gerechtfertigt angesehen werden kann. Somit liegt in der der provisorischen Höherreihung folgenden Rückversetzung keine "dauernde Versetzung" iSd § 101 ArbVG, weil den Bezugspunkt für die Beurteilung nach wie vor die frühere (vor der befristeten Höherreihung ausgeübte) Tätigkeit bildet; ein Zustimmungserfordernis des Betriebsrats ist daher nicht gegeben. Dem Berufungsgericht ist darin zu folgen, dass im konkreten Fall die nach dem Kollektivvertrag zulässige einjährige Frist für eine Erprobung in einer qualifizierten Position als von ihrer Länge her sachlich gerechtfertigt angesehen werden kann. Somit liegt in der der provisorischen Höherreihung folgenden Rückversetzung keine "dauernde Versetzung" iSd Paragraph 101, ArbVG, weil den Bezugspunkt für die Beurteilung nach wie vor die frühere (vor der befristeten Höherreihung ausgeübte) Tätigkeit bildet; ein Zustimmungserfordernis des Betriebsrats ist daher nicht gegeben.

Zu diesem Ergebnis gelangt man auch, wenn man - wie das Berufungsgericht - der Meinung von Mazal (ecolex 1995, 354 ff) folgt, der für das Mitwirkungsrecht des Betriebsrats nicht zwischen dauernden und provisorischen (bzw befristeten) Versetzungen unterscheidet, sondern darauf abstellt, ob die als Gesamtakt zu qualifizierende befristete Versetzung auf eine höherwertige Position insgesamt den Status des Arbeitnehmers verbessert oder verschlechtert: Erweist sich der Gesamtakt für den Arbeitnehmer als Verbesserung oder zumindest nicht als Verschlechterung, besteht ein Zustimmungsrecht des Betriebsrats nicht. Nur dann, wenn sich die befristete Versetzung in ihrer Gesamtheit als verschlechternd darstellt, ist das Zustimmungsrecht zu bejahen (Mazal aaO 357).

Im vorliegenden Fall liegt im Hinblick darauf, dass der Kläger vorübergehend in einer höherwertigen Position eingesetzt war und nach einem Jahr wieder an seine ursprüngliche Stelle zurückversetzt wurde, in der Gesamtheit betrachtet keine verschlechternde Versetzung vor.

## 2. Zum Benachteiligungsverbot für Mitglieder des Betriebsrats und zum Anspruch auf Beförderung:

Der private Dienstgeber ist nicht gehalten, sich bei der Beförderung von Dienstnehmern ausschließlich von sachlichen Gesichtspunkten leiten zu lassen. Soweit Ausnahmen davon bestehen, etwa auf Grund einer Bindung an den Gleichheitssatz oder wegen des Benachteiligungsverbots für Betriebsratsmitglieder (§ 115 Abs 3 ArbVG; siehe dazu etwa Cerny in Cerny/Haas-Laßnigg/Schwarz, Arbeitsverfassungsrecht, Bd 3, § 115 Erl 6), ist zu bedenken, dass keine Pflicht des Dienstgebers zur Beförderung im Sinne eines Kontrahierungszwangs besteht, weshalb dem Arbeitnehmer auch kein durchsetzbarer Anspruch auf Beförderung in dem Sinne zusteht, dass er Anspruch auf diejenige Stelle hätte, die ihm auf Grund einer Verletzung des Benachteiligungsverbotes versagt geblieben ist. Vielmehr ist der durch Diskriminierung übergangene Arbeitnehmer auf Schadenersatzansprüche verwiesen (9 ObA 266/90 = SZ 63/218 = WBI 1991, 167 = ZAS 1992/1, P.Bydlinski; 8 ObA 251/95; 9 ObA 17/99m). Auf eine Schadenersatzleistung sind aber weder Haupt- noch Eventualbegehren des Klägers gerichtet, obwohl der Kläger in der Lage gewesen wäre, die nach seiner Rückstufung aufgetretenen Entlohnungsdifferenzen geltend zu machen, gegebenenfalls in Form eines entsprechenden Feststellungsbegehrens. Der private Dienstgeber ist nicht gehalten, sich bei der Beförderung von Dienstnehmern ausschließlich von sachlichen Gesichtspunkten leiten zu lassen. Soweit Ausnahmen davon bestehen, etwa auf Grund einer Bindung an den Gleichheitssatz oder wegen des Benachteiligungsverbots für Betriebsratsmitglieder (Paragraph 115, Absatz 3, ArbVG; siehe dazu etwa Cerny in Cerny/Haas-Laßnigg/Schwarz, Arbeitsverfassungsrecht, Bd 3, Paragraph 115, Erl 6), ist zu bedenken, dass keine Pflicht des Dienstgebers zur Beförderung im Sinne eines Kontrahierungszwangs besteht, weshalb dem Arbeitnehmer auch kein durchsetzbarer Anspruch auf Beförderung in dem Sinne zusteht, dass er Anspruch auf diejenige Stelle hätte, die ihm auf Grund einer Verletzung des Benachteiligungsverbotes versagt geblieben ist. Vielmehr ist der durch Diskriminierung übergangene Arbeitnehmer auf Schadenersatzansprüche verwiesen (9 ObA 266/90 = SZ 63/218 = WBI 1991, 167 = ZAS 1992/1, P.Bydlinski; 8 ObA 251/95; 9 ObA 17/99m). Auf eine Schadenersatzleistung sind aber weder Haupt- noch Eventualbegehren des Klägers gerichtet, obwohl der Kläger in der Lage gewesen wäre, die nach seiner Rückstufung aufgetretenen Entlohnungsdifferenzen geltend zu machen, gegebenenfalls in Form eines entsprechenden Feststellungsbegehrens.

Nach den von den Vorinstanzen getroffenen, für den Obersten Gerichtshof bindenden Feststellungen über die bessere Qualifikation des zum Vorarbeiter beförderten Arbeitnehmers ist im Übrigen eine unsachliche diskriminierende Benachteiligung des Klägers nicht erkennbar.

Der Revision ist daher ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 50, 41 ZPO. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraphen 50,, 41 ZPO.

**Textnummer**

E61950

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2001:E61950

**Im RIS seit**

12.05.2001

**Zuletzt aktualisiert am**

25.05.2022

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)