

# TE OGH 1990/12/5 90bA266/90

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 05.12.1990

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof.Dr.Kuderna als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof.Dr.Gamerith und Dr.Maier sowie die fachkundigen Laienrichter Dr.Edith Söllner und Winfried Kmenta als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Gert E\*\*\*, Sozialversicherungsangestellter, Neu-Anif 57, vertreten durch Dr.Bernd Berger und Dr.Franz Gerald Hitzenbichler, Rechtsanwälte in Salzburg, wider die beklagte Partei S\*\*\* G\*\*\*, Salzburg, Faberstraße 19-23, vertreten durch Dr.Erich Meusburger, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen Rechtsgestaltung (S 150.000) und Unterlassung (S 150.000), in eventu Feststellung (S 300.000), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 10.Juli 1990, GZ 13 Ra 30/90-16, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 18.Jänner 1990, GZ 18 Cga 271/89-10, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagte Partei die mit S 12.247,20 (darin S 2.041,20 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist seit 19 Jahren Angestellter der Beklagten. Seit 1. Juni 1984 leitet er die Arbeitsgruppe "Entgeltfortzahlungsgesetz" und erledigt die ihm übertragenen schwierigen Aufgaben zur vollen Zufriedenheit seiner Vorgesetzten. Er ist derzeit in die Gehaltsgruppe D, Dienstklasse II der DO.A eingereiht. Der Verwaltungsausschuß der Beklagten beschloß am 13.Oktober 1989, die Stelle des Leiters der Personalabteilung in der Gehaltsgruppe F, Dienstklasse III, auszuschreiben. Die Besetzung dieses Postens sollte zum nächstmöglichen Zeitpunkt erfolgen und war zunächst für die Dauer von fünf Jahren befristet. Nach dem Beschluß des Verwaltungsausschusses konnten sich Verwaltungsangestellte mit praktischer Erfahrung in der Personalverwaltung und Personalplanung sowie guten Kenntnissen im Arbeits- und Sozialrecht vorzugsweise mit abgeschlossenem Universitätsstudium (Jus oder WU-Studienrichtung Personalwirtschaft) bewerben.

Auf Grund dieser Ausschreibung bewarben sich 15 bei der Beklagten angestellte Verwaltungsbedienstete und 7 betriebsfremde Personen. Der Verwaltungsausschuß beschloß am 3.November 1989, die Bewerber vorerst durch die Direktion je nach Eignung vorzuselektionieren und die geeignet erscheinenden Bewerber sodann aus Gründen der Objektivierung des Auswahlverfahrens nach sachgerechten Kriterien durch die Dr. Helmut N\*\*\*

Management-Beratungsgesellschaft mbH prüfen und beurteilen zu lassen. Mit Beschluß des Personalausschusses vom

17. November 1989 wurden von den insgesamt 22 Bewerbern nur 5 Bedienstete der Beklagten und 3 externe Bewerber zur Prüfung durch die Dr. Helmut N\*\*\* Management-Beratungsgesellschaft mbH zugelassen. Dieser Beschluß wurde am 28. November 1989 vom Verwaltungsausschuß bestätigt und zum eigenen Beschluß erhoben. Der Betriebsrat der Beklagten erhob sowohl gegen den Beschluß vom 17. November 1989 als auch vom 28. November 1989 Einspruch. Der Kläger gehörte zu jenen Bewerbern, die bereits bei der Vor-Auswahl ausgeschieden und nicht zur Prüfung durch die Dr. Helmut N\*\*\* Management-Beratungsgesellschaft mbH zugelassen wurden.

Die für die Bewerbung maßgebliche Bestimmung des § 36 Abs 4 DO.A lautet:

"Bei der Besetzung von Stellen der Gehaltsgruppen D bis G sowie III und IV ist den Angestellten des Versicherungsträgers Gelegenheit zur Bewerbung zu geben. Hierbei kommen die höhere Befähigung, die bessere Verwendbarkeit und erforderlichenfalls die Leistungseignung in Betracht. Das Dienstalter ist nur bei sonst gleichen Diensteseigenschaften maßgebend." Mit der vorliegenden Klage stellt der Kläger folgende Klagebegehren:

1. Die Vor-Auswahl (Vorselektionierung) von Bewerbern der beklagten Partei für den ausgeschriebenen Dienstposten des Leiters der OE 02- Personalabteilung, Gehaltsgruppe F, Dienstklasse III, durch die Direktion der beklagten Partei sowie die bezughabenden Beschlüsse des Verwaltungs- und Personalausschusses der beklagten Partei vom 3.11.1989, 17.11.1989 und 28.11.1989, auf Grund welcher nur acht, von der Direktion der beklagten Partei vor-ausgewählte Bewerber (Mag. Wilfried H\*\*\*, Dr. Markus K\*\*\*, Dr. Harald S\*\*\*, Heinrich R\*\*\*, Helmuth W\*\*\*, Dr. B\*\*\*, Dr. Alexander N\*\*\* und Wolfgang S\*\*\*) zur Prüfung, Beurteilung und engeren Wahl (drei Bewerber aus den acht vorselektionierten) zugelassen werden, sind rechtsunwirksam und nichtig;

1.1 in eventu:

Es wird festgestellt, daß der Kläger durch die Vor-Auswahl (Vorselektionierung) und Nichtzulassung zur Prüfung, Beurteilung und engeren Auswahl durch die Dr. Helmut N\*\*\* Management-Beratungsgesellschaft mbH rechtswidrig von der beklagten Partei gegenüber deren Dienstnehmern Mag. Wilfried H\*\*\*, Dr. Markus K\*\*\*, Dr. Harald S\*\*\*, Heinrich R\*\*\* und Helmuth W\*\*\*, ungleich behandelt ist;

2. Die beklagte Partei ist schuldig, jede weitere Ungleichbehandlung des Klägers gegenüber anderen Bediensteten der beklagten Partei, insbesondere die engere Wahl dreier Bewerber aus den acht vorselektionierten durch die Dr. Helmut N\*\*\* Management-Beratungsgesellschaft mbH und die Besetzung der ausgeschriebenen Dienststellen des Leiters der OE 02- Personalabteilung, Gehaltsgruppe F, Dienstklasse III, auf Grund einer Prüfung und Beurteilung und engeren Reihung der vorselektionierten oben unter Punkt 1. angeführten acht Bewerber zu unterlassen;

2.1 in eventu:

Die beklagte Partei ist schuldig, den Kläger zu einem einheitlichen, für alle für die von der beklagten Partei ausgeschriebene Dienststelle des Leiters der OE 02-Personalabteilung, Gehaltsgruppe F, Dienstklasse III, sich bewerbenden Dienstnehmern gleichen und einheitlichen Bewerbungs- und Prüfungsverfahren zuzulassen;

2.2 in eventu:

Den Kläger zur Prüfung, Beurteilung und engeren Auswahl durch die Dr. Helmut N\*\*\* Management-Beratungsgesellschaft mbH betreffend die ausgeschriebene Dienststelle, Leiter der OE 02-Personalabteilung, der beklagten Partei zuzulassen;

3. Eventualiter zu den Begehren 1. bis 2.1:

Es wird festgestellt, daß die beklagte Partei dem Kläger für jeden aus der Ungleichbehandlung und Nichtzulassung zur Prüfung, Beurteilung und engeren Auswahl durch die Dr. Helmut N\*\*\* Management-Beratungsgesellschaft mbH entstehenden Schaden, insbesondere für die Gehaltsdifferenz zwischen der Einreihung in die Dienstklasse D II und Dienstklasse F III, zu haften hat." Der Kläger brachte dazu im wesentlichen vor, daß die mit den Beschlüssen vom 17. November und 28. November 1989 getroffene Vor-Auswahl der Bewerber willkürlich und nach subjektiven Kriterien erfolgt sei. Die im voraus ausgeschiedenen Bewerber seien in einem "Kurzkomentar" pauschal und völlig unrichtig als Personen ohne praktische Erfahrung in der Personalleitung und Personalentwicklung beschrieben worden. Damit habe die Beklagte ihm gegenüber das arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot verletzt, weil er durch die Ausschreibung willkürlich gegenüber den anderen zur Prüfung durch die Dr. Helmut N\*\*\* Management-Beratungsgesellschaft mbH zugelassenen Bewerbern benachteiligt worden sei. Er sei zumindest ebenso intensiv mit

praktischen Problemen des Personalbereiches befaßt gewesen wie die in die engere Wahl gezogenen Bewerber. In der Arbeitsgruppe "EFZG" seien ihm mehrere Bedienstete unterstellt; die Beklagte habe ihm in der letzten Dienstbeschreibung vom 3. August 1987 bescheinigt, daß ihn die Führung des in der Arbeitsgruppe tätigen Personals für höhere Aufgaben empfehle.

Er habe in seiner mehr als zehnjährigen Tätigkeit im Betriebsrat der Beklagten ständig dem Personalausschuß angehört und sei dort mit Aufgaben der Personalentwicklung, Personalbeurteilung und Aufstellung von Dienstpostenplänen befaßt gewesen. Er habe neben seiner Tätigkeit, die genaue Kenntnisse des Arbeitsrechts voraussetze, auch in Prozessen vor dem Arbeits- und Sozialgericht praktische Erfahrungen gesammelt und sich auch dadurch eingehende Kenntnisse des Arbeits- und Sozialrechts erworben. Die Nichtzulassung zur Prüfung durch die Dr. Helmut N\*\*\* Management-Beratungsgesellschaft mbH verletze sohin nicht nur das Gleichbehandlungsgebot, sondern auch die Bestimmung des § 36 Abs 4 DO.A, zumal die Beklagte durch ihre Vorgangsweise gegen ihre eigene Norm verstoße, geeignete Bewerber durch die genannte Gesellschaft prüfen und beurteilen zu lassen.

Die Beklagte beantragte, die Klagebegehren abzuweisen. Die Vor-Auswahl der Bewerber sei nicht willkürlich, sondern objektiv nach den in der Stellenausschreibung enthaltenen Kriterien vom Direktorstellvertreter der Beklagten, Otto E\*\*\*, vorgenommen worden, wobei nur die in der Ausschreibung enthaltenen Voraussetzungen geprüft worden seien. Der vom Kläger erwähnte "Kurzkomentar" sei durch die Firma I\*\*\* & P\*\*\* erstellt worden.

Der Kläger sei wie die übrigen nicht in die engere Wahl Gezogenen nicht zur Prüfung zugelassen worden, weil er die erforderlichen Voraussetzungen für die ausgeschriebene Stelle nicht erfüllt habe. Er habe kein abgeschlossenes Universitätsstudium und keine praktischen Erfahrungen in der Personalverwaltung und Personalplanung. Seine Kenntnis arbeitsrechtlicher Bestimmungen erschöpfe sich im wesentlichen in der Kenntnis des EFZG. In seiner Arbeitsgruppe seien lediglich vier weitere Dienstnehmer beschäftigt. Seine Tätigkeit als Betriebsrat habe mit der Vor-Ausscheidung aus dem Kreis der Bewerber nichts zu tun; diese könne andererseits die für die ausgeschriebene Stelle erforderlichen Kenntnisse nicht ersetzen. Es liege daher weder ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz noch gegen das Benachteiligungsverbot vor. Die Bestimmung des § 36 Abs 4 DO.A sei nicht verletzt worden, da der Kläger Gelegenheit zur Bewerbung um die ausgeschriebene Stelle gehabt habe; er habe aber keinen Anspruch, den Posten auch tatsächlich zu erhalten.

Der Kläger brachte dazu ergänzend vor, daß die Beklagte mit ihrem Einwand zur Betriebsratstätigkeit des Klägers zum Ausdruck bringe, daß seine Tätigkeit als Betriebsrat keinesfalls die Bewerbungskriterien erfüllen könne. Damit habe sie aber das eigentliche Motiv für die willkürliche Schlechterstellung des Klägers, nämlich seine Tätigkeit als Betriebsrat, dokumentiert. Die geforderten Qualifikationskriterien lägen beim Kläger zumindest ebenso vor wie zB bei einer Mehrheit der zur Prüfung durch das Management-Büro zugelassenen Bewerber.

Das Erstgericht wies die Klagebegehren ab. Es vertrat die Rechtsauffassung, daß eine Bindung des Dienstgebers an den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Besetzung offener Stellen abzulehnen sei; der Dienstgeber habe diesbezüglich Handlungsfreiheit. Da ein Dienstnehmer keinen Rechtsanspruch auf die Erlangung eines angestrebten Dienstpostens habe, müsse der Dienstgeber auch bei allen Maßnahmen, die nur der Vor-Auswahl der Bewerber dienen, ebenfalls frei sein. Wohl dürften Mitglieder des Betriebsrats gemäß § 115 Abs 3 ArbVG hinsichtlich ihrer Aufstiegsmöglichkeiten nicht benachteiligt werden. Eine solche Benachteiligung setze aber Vorsatz des Dienstgebers voraus. Da die Beklagte in der Auswahl der Bewerber letztlich frei sei, könne ihr daraus kein Benachteiligungsvorsatz angelastet werden. Aus diesem Grunde sei auch das auf Schadenersatz gerichtete Begehren des Klägers abzuweisen.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 50.000 übersteige. Es billigte die Rechtsansicht des Erstgerichtes und führte ergänzend aus, daß dem privaten Dienstgeber bei der Einstellung von Dienstnehmern Dispositionsfreiheit zukomme. Der Gleichbehandlungsgrundsatz sei auf die Neubesetzung von Dienstposten nicht anzuwenden. Beschränkungen der Einstellungsfreiheit könnten sich daraus ergeben, daß sich der Betriebsinhaber selbst Schranken auferlege oder daß ihn positive gesetzliche Bestimmungen in seiner Einstellungsfreiheit beschränkten. Aber selbst dann, wenn der Betriebsinhaber von den selbst gesetzten Auswahlkriterien abweiche oder gegen ein gesetzliches Diskriminierungsverbot verstoße, erhalte der Dienstnehmer noch keinen durchsetzbaren Anspruch auf die zu besetzende Stelle, sondern bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen allenfalls nur einen Schadenersatzanspruch. Aus der Bestimmung des § 36 Abs 4 DO.A

ergebe sich nur, daß dem Angestellten Gelegenheit zur Bewerbung geboten werden soll, wobei die als Auswahlkriterien aufgezählten Voraussetzungen nur "in Betracht kämen". Die Beklagte habe sich dadurch keine strenge Bindung auferlegt. Hinsichtlich des ua erhobenen Einwands des Klägers, das Motiv für die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung sei seine Tätigkeit im Betriebsrat gewesen, fehle es schon an konkreten Behauptungen. Er habe überdies damit nur auf das Vorbringen der Beklagten erwidert, daß seine Tätigkeit im Betriebsrat die Voraussetzungen für die Stellenbewerbung nicht ersetzen könne. Damit habe die Beklagte aber kein Motiv für eine willkürliche Schlechterstellung dokumentiert. Ein konkretes Vorbringen, warum die Betriebsrats-tätigkeit des Klägers Motiv für die behauptete Diskriminierung sein solle, sei damit nicht erstattet worden.

Voraussetzung eines Schadenersatzanspruches sei, daß die vom Kläger behauptete Diskriminierung durch willkürliche Vor-Ausscheidung aus dem Kreis der Stellenbewerber Ursache dafür gewesen wäre, daß er den angestrebten Dienstposten nicht erhalten habe, daß also die Diskriminierung für den Schaden kausal gewesen sei. Eine solche Kausalität habe der Kläger aber gar nicht behauptet, da er nicht vorgebracht habe, daß er im Sinne der Kriterien des § 36 Abs 4 DO.A der bestqualifizierte Bewerber gewesen wäre und er daher bei Einhaltung dieser Kriterien die Stelle eines Leiters der Personalabteilung auf jeden Fall erhalten hätte müssen. Aus diesem Grunde erweise sich auch das auf Schadenshaftung der Beklagten gerichtete Eventualbegehren als unschlüssig.

Gegen dieses Urteil richtet sich die aus den Gründen der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erhobene Revision des Klägers mit dem Antrag auf Abänderung der angefochtenen Entscheidung im Sinne des Klagebegehrens. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Die Beklagte beantragte in ihrer Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht berechtigt.

Der Revisionsgrund der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt nicht vor (§ 510 Abs 3 ZPO). Im übrigen ist der Rechtsrüge des Revisionswerbers entgegenzuhalten:

Nach Lehre und Rechtsprechung trifft den Dienstgeber gegenüber seinen Dienstnehmern eine Gleichbehandlungspflicht; es ist dem Dienstgeber verwehrt, einzelne Dienstnehmer willkürlich oder aus sachfremden Gründen schlechter zu behandeln als die übrigen (vgl Spielbüchler in Floretta-Spielbüchler-Strasser, Arbeitsrecht3 I 239 ff; Schwarz-Löschnig, Arbeitsrecht4 270 ff;

DRdA 1986/6 [Mayer-Maly]; DRdA 1986/7 [W. Schwarz]; DRdA 1985/16 [Binder]; Arb. 9.574 uva). Dieser zunächst für Dienstgeber des öffentlichen Rechts entwickelte (Spielbüchler aaO 241) und insbesondere für Leistungen des Dienstgebers mit Entgeltcharakter ausgebildete Grundsatz erfährt schon eine Einschränkung bei den Gestaltungsrechten des Dienstgebers (vgl etwa Schwarz-Löschnigg aaO 273; Binder, Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz, DRdA 1983, 156 ff, 167 f) und insbesondere bei der Einstellung von Dienstnehmern. Wie Mayer-Maly (Individualarbeitsrecht2 I, 145 f; Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, DRdA 1980, 261 ff, 272) ausführt, habe der Dienstgeber bei der Einstellung von Dienstnehmern keine Gleichbehandlungspflicht. Von mehreren gleichqualifizierten Bewerbern könne er nach Belieben einige auswählen und andere ablehnen; er könne sich auch für schlechter qualifizierte entscheiden. Nach Bydlinski (FS Strasser (1983) 54 ff, 57) lasse sich über die Sachlichkeit oder Unsachlichkeit der Begünstigung einzelner Dienstnehmer oder über die Frage, bei welchem Bewerber die "sachbezogenen Gründe" am stärksten durchgreifen, in vielen Fällen trefflich und mit großem Aufwand streiten. Demgegenüber werde schon das Eigeninteresse des Dienstgebers an geeigneten Mitarbeitern im allgemeinen für im großen und ganzen zureichend sachliche Überlegungen sorgen.

Auch Binder (aaO 164 f) weist darauf hin, daß das Arbeitsrecht vom Gedanken getragen sei, dem Unternehmer in einer der marktwirtschaftlichen Ordnung und den betriebswirtschaftlichen Erfordernissen entsprechenden Weise die Einstellungsfreiheit im weitestmöglichen Umfang zu gewährleisten. Es stehe dem Dienstnehmer nur ein Anspruch darauf zu, nicht aus vom Gesetzgeber verpönten Gründen übergangen werden zu können. Das Recht auf prinzipiengetreues Vorgehen sei aber nicht durchsetzbar. Gelingen es dem Bewerber, nachzuweisen, daß er aus einem gesetzlich verpönten Grund nicht eingestellt werde, habe er lediglich einen Schadenersatzanspruch.

Auch wenn sich diese Überlegungen grundsätzlich auf die Neueinstellung von Dienstnehmern beziehen, bei der noch das vinculum iuris fehlt, passen sie im Ergebnis auch auf einen der Disposition des Dienstgebers unterliegenden und

auf die Abänderung des Dienstvertrages gerichteten Beförderungsanspruch. Wie Berger (Die Benachteiligung von Arbeitnehmern beim beruflichen Aufstieg, RdW 1985, 182 ff) zutreffend ausführt, ist davon auszugehen, daß der private Dienstgeber nach geltendem Recht nicht gehalten ist, sich bei der Beförderung von Dienstnehmern ausschließlich von sachlichen Gesichtspunkten leiten zu lassen. Ausnahmsweise könne aber, wenn sich der Dienstgeber etwa zur Höherstufung der Dienstnehmer nach bestimmten Gattungsmerkmalen (Aufstieg nach Dienstalter, Bewährungsaufstieg etc) entschlief, eine trotz Vorliegens der als maßgeblich erkennbaren Gattungsmerkmale erfolgende Schlechterbehandlung von Dienstnehmern gegen den Gleichheitssatz verstoßen.

Richtig ist, daß Sozialversicherungsträger als Körperschaften öffentlichen Rechts (vgl Grillberger, Österreichisches Sozialrecht 84 ff) nicht schlechthin einem privaten Dienstgeber gleichgestellt werden. Dies ändert jedoch nichts daran, daß auch die von ihnen abgeschlossenen Dienstverträge privatrechtlicher Natur sind, so daß es hinsichtlich eines allfälligen Beförderungsanspruches der Angestellten in erster Linie, abgesehen von Selbstbindungen, ebenfalls auf die gesetzlichen, kollektivvertraglichen (DO.A) oder einzelvertraglichen Regelungen ankommt. Die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Beförderungen ist zwar unter gewissen Voraussetzungen möglich, sie führt aber insbesondere in Fällen wie diesen, wo es um unvermeidliche Auswahlentscheidungen geht, nicht zu einem Kontrahierungszwang des Dienstgebers (vgl Koziol in ZAS 1984, 144 ff), der in einem solchen Fall für denselben Posten einen zweiten Dienstnehmer zu bestellen hätte, wogegen er sinnvollerweise nur einen beschäftigen kann. Den auf Unwirksamkeit der Vor-Auswahl, Feststellung der Ungleichbehandlung des Klägers, Unterlassung weiterer Ungleichbehandlung des Klägers und Zulassung zu einem einheitlichen Prüfungsverfahren gerichteten Begehren steht somit schon entgegen, daß es grundsätzlich weder eine Pflicht des Dienstgebers zur Beförderung im Sinne eines Kontrahierungszwangs gibt noch daß aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ein Anspruch auf Beförderung abgeleitet werden kann, und sich auch aus den Diskriminierungsverboten der §§ 115 Abs 3 und 37 Abs 1 ArbVG kein Anspruch des übergangenen Dienstnehmers auf Dienstvertragsänderung im Sinne einer Beförderung ergibt (Koziol aaO; Bydlinski aaO, 56 f; Spielbüchler aaO 243; Berger aaO 183 f; vgl auch § 2 a Abs 5 Gleichbehandlungsg idF der Novelle BGBl 1990/410).

Soweit der Revisionswerber auf die Bestimmung des § 36 Abs 4 DO.A als erkennbares und generalisierbares Prinzip verweist, von dem die Beklagte nicht willkürlich abweichen dürfe, räumt er dazu selbst ein, daß diese Norm der Auslegung durchaus Raum lasse. Die in dieser Bestimmung genannten Kriterien der höheren Befähigung, der besseren Verwendbarkeit und erforderlichenfalls der Leistungseignung bedürfen in ihrer Allgemeinheit je nach den Anforderungen der zu besetzenden Stelle einer näheren sachbezogenen Konkretisierung. Eine solche Konkretisierung erfolgte durch den Beschluß des Verwaltungsausschusses vom 13.Oktober 1989, dem einerseits zu entnehmen ist, daß die Beklagte die Bewerbung um die ausgeschriebene Stelle eines Leiters der Personalabteilung nicht nur auf ihre Angestellten beschränken wollte, sondern andererseits auch die durchaus sachgerechte Vorgabe machte, daß für diese Stelle "vorzugsweise" Bewerber mit abgeschlossenem Universitätsstudium in Betracht kämen. Wie der Kläger vorbringt, wurden ua fünf Akademiker zur engeren Auswahl zugelassen, daß der Kläger selbst ein Universitätsstudium abgeschlossen hätte, hat er hingegen nicht einmal behauptet. Er kann daher seine geltend gemachten Ansprüche weder aus der DO.A noch aus einer Selbstbindung der Beklagten durch die Ausschreibung ableiten.

Es bleibt daher im Sinne des Eventualbegehrens zu Punkt 3. noch zu prüfen, ob dem Kläger dafür, daß er nach seiner Behauptung wegen seiner Betriebsrätstätigkeit diskriminiert wurde, Schadenersatz zusteht (vgl ZAS 1984/20 mit kritischer Besprechung von Koziol = Arb. 10.274; WBI 1989, 157 ua). Wie das Berufungsgericht richtig erkannte, hätte der Kläger zur Begründung seines wegen Verletzung der Bestimmung des § 115 Abs 3 ArbVG erhobenen Anspruches auch die Kausalität der aus diesem Motiv erfolgenden Benachteiligung nachzuweisen gehabt. Er hätte demnach in der Lage sein müssen, behaupten zu können, daß er der bestqualifizierte Bewerber gewesen sei und daß er ohne die Diskriminierung mit Sicherheit berücksichtigt worden wäre. Das Risiko einer sachlich gerechtfertigten Nichtbeförderung trifft nämlich jeden Stellenbewerber. Dazu hat aber der Kläger nur behauptet, daß er "zumindest ebenso" intensiv mit praktischen Problemen des Personalbereiches befaßt gewesen sei wie die in die engere Wahl gezogenen Bewerber und daß die geforderten Qualifikationskriterien bei ihm "zumindest ebenso" vorgelegen seien, wie zB bei einer Mehrheit der zur Prüfung durch das Management-Büro zugelassenen Bewerber. Damit bezog er sich lediglich auf eine angebliche Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, der aber, wie ausgeführt, nur ausnahmsweise, etwa bei einem Verstoß gegen ein erkennbares und generalisierbares Prinzip, beachtlich sein kann.

Daß aber die Diskriminierung des Klägers durch die Betriebsrätstätigkeit eine conditio sine qua non für den eingetretenen Schaden gewesen sei (vgl Berger aaO), wurde damit nicht einmal behauptet. Die Vorinstanzen haben die Klagebegehren zu Recht ohne weitere Beweisaufnahme abgewiesen.

Die Kostenentscheidung ist in den §§ 50 und 41 ZPO begründet.

**Anmerkung**

E22637

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1990:009OBA00266.9.1205.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19901205\_OGH0002\_009OBA00266\_9000000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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