

# TE OGH 1988/6/29 90bA104/88

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.06.1988

## 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 Dr. Maier und Dr. Petrag sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Reinhard Drössler und Helmut Mojescick als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Rudolf S\*\*\*, Pensionist, Fieberbrunn, Bahnhofstraße 18, vertreten durch Dr. Siegfried Dillersberger und Dr. Helmut Atzl, Rechtsanwälte in Kufstein, wider die beklagte Partei Ö\*\*\* B\*\*\*, Wien 1., Elisabethstraße 9,

vertreten durch die Finanzprokurator, Wien 1., Singerstraße 17-19, wegen S 128.150,64 brutto sA, S 878,95 netto sA und Feststellung (Streitwert S 30.000), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgerichtes in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 22.Dezember 1987, GZ 5 Ra 1138/87-61, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck als Arbeits- und Sozialgerichtes vom 18.Mai 1987, GZ 47 Cga 31/87-54, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 5.659,50 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der am 30.Mai 1925 geborene Kläger war bei der beklagten Partei zuletzt als technischer Fachbeamter mit dem Dienstort in Kufstein beschäftigt. Mit Wirkung vom 31.Juli 1982 wurde er in der Gehaltsgruppe VIII in den Ruhestand versetzt.

Mit der vorliegenden Klage begehrt er letztlich S 128.150,64 brutto und S 878,75 netto sA sowie die Verurteilung der Beklagten, ihn ab 1.August 1982 in die Gehaltsgruppe IX a einzustufen und ihm ab 1.August 1982 den Ruhebezug auf der Basis dieser Einstufung zu zahlen.

Er habe im September 1974 79 Überstunden, davon 19 Nachtstunden, für die beklagte Partei geleistet, wofür ihm ein Betrag von S 9.426,14 brutto zustehe. Ebenso habe er noch ein Kilometergeld von S 878,75 netto für den Einsatz seines PKW zu fordern. Diese Beträge seien "im Hinblick auf die besoldungsrechtlichen Bestimmungen" nicht etwa verjährt.

In der Zeit vom 16.Juli bis 1.September 1981 und vom 11.Jänner bis 22.Februar 1982 sei er auf einem höheren Dienstposten verwendet worden als seiner Einstufung entsprochen habe. Der Unterschiedsbetrag der Gehaltsgruppe VII b zur Gehaltsgruppe IX a betrage für rund 2 1/2 Monate insgesamt S 25.215 brutto. Die beklagte Partei habe ihn bei

der Vergabe höherer Dienstposten etwa seit 1974 aus politischen Gründen absichtlich ständig benachteiligt und zurückgesetzt. Obwohl er der einzige Bedienstete im Bereich der Bundesbahndirektion Innsbruck gewesen sei, der fünf Fachprüfungen ohne die geringsten Schwierigkeiten abgelegt habe und daher bestens qualifiziert gewesen sei, habe ihn die beklagte Partei unter Verletzung der Vorschriften über die Postenbesetzung insbesondere bei der Besetzung des Dienstpostens eines Hochbauführers bei der Streckenleitung Wörgl im Jahre 1974 und bei der Besetzung des Dienstpostens eines technischen Fachbeamten bei der Bauabteilung der Bundesbahndirektion Innsbruck übergangen. Bei korrekter Dienstpostenvergabe hätte der Kläger schon ab 1. Juli 1980 in die Gehaltsstufe VIII eingestuft werden müssen, so daß er mit der Gehaltsstufe IX a in den Ruhestand getreten wäre. Daraus ergebe sich ein Entgeltnachzahlungsanspruch für die Jahre 1980 bis 1982 von insgesamt S 93.509,50 brutto sA und eine Benachteiligung für die gesamte Zeit des Ruhestandes um eine monatliche Minderpension von S 6.245 brutto. Die beklagte Partei sei daher verpflichtet, seine Einstufung zu berichtigen und ihm einen Ruhebezug auf der Grundlage der Einstufung in die Gehaltsgruppe IX a zu zahlen.

Die beklagte Partei beantragte, die Klage abzuweisen. Sie habe die behaupteten Überstunden nicht angeordnet; dennoch seien diese zum Teil bar abgefunden oder durch Zeitausgleich abgegolten worden. Für die Benützung des eigenen PKW stehe dem Kläger schon deshalb kein Kilometergeld zu, weil die Verwendung des PKW nicht genehmigt worden sei. Da die Überstundenforderung am 1. November 1974 fällig geworden sei und der Anspruch auf Kilometergeld ab 1. Februar 1975 hätte geltend gemacht werden können, seien diese Ansprüche überdies längst verjährt.

Eine Verwendungsabgeltung wäre dem Kläger nach § 12 Abs 6 der Bundesbahnbesoldungsordnung nur dann zugestanden, wenn er ununterbrochen mindestens einen Monat auf einem höherwertigen Dienstposten eingesetzt gewesen wäre. Die tatsächliche Dauer seiner höherwertigen Verwendung habe sich jedoch auf den Zeitraum vom 3. August bis 28. August 1981 beschränkt. In der Zeit vom 16. Juli bis 28. Juli 1981 und vom 11. Jänner bis 22. Februar 1982 habe der Kläger den Inhaber des höheren Postens nicht im vollen Umfang vertreten und habe gar keinen Antrag auf Zuerkennung einer Verwendungsabgeltung gestellt.

Der Kläger sei bei der Postenbesetzung niemals benachteiligt worden. Nach Punkt 5 der Postenbesetzungsvorschrift sei in erster Linie die fachliche Eignung eines Bewerbers ausschlaggebend und erst bei gleicher fachlicher Eignung komme es auf den Dienstrang der Bewerber an. Der Kläger sei bei der Besetzung der von ihm genannten Dienstposten als Rangälterer deshalb nicht zum Zug gekommen, weil er im Vergleich zu anderen Bewerbern mit höherer Schulbildung nicht die erforderliche gleichwertige fachliche Eignung aufgewiesen habe. Die Bestimmungen der Postenbesetzungsvorschrift seien in allen Fällen strikt eingehalten worden.

Das Erstgericht wies die Klagebegehren ab. Es traf im wesentlichen folgende Feststellungen:

#### 1. Überstunden und Kilometergeld:

Der Kläger betreute im September 1974 mehrere Baustellen, wozu er seinen eigenen PKW benützte, obwohl ihm die Verwendung des privaten Kraftfahrzeuges nicht genehmigt worden war. Er machte in seinen Abrechnungen Überstunden und ein Kilometergeld von S 878,75 geltend. Da der Umfang der Leistungen des Klägers vorerst nicht genau ersichtlich war, kam es zu einer Korrespondenz zwischen ihm und den vorgesetzten Dienststellen, bis ihm die beklagte Partei schließlich im Februar 1975 für September 1974 36 Überstunden und für Dezember 1974 25 Überstunden zugestand. Für diese Überstunden erhielt der Kläger Zeitausgleich. Die Abgeltung weiterer Überstunden und die Zahlung eines Kilometergeldes lehnte die beklagte Partei spätestens im Februar 1975 ab.

#### 2. Verwendungsabgeltung:

Der Kläger, der seit 1. August 1970 einen Dienstposten der Gehaltsgruppe VII a innegehabt hatte, kam ab 1. September 1981 in die Gehaltsgruppe VII b, wobei ihm die Bezüge der Gehaltsgruppe VIII zuerkannt wurden. Er war als Bediensteter der Bauaufsicht während des Umbaus des Bahnhofes Kufstein Vertreter des Bauleiters Ing. Vinzenz R\*\*\*. Der Bauleiter Ing. R\*\*\*, der in die Gehaltsgruppe IX b eingestuft war, war vom 20. Juli bis 27. Juli 1981 und vom 31. Juli bis 28. August 1981 wegen Urlaubs und Zeitausgleiches nicht auf der Baustelle. Zwischendurch war er am 29. Juli 1981 und anschließend ab 31. August 1981 wieder im Dienst anwesend. Nach einer Verfügung der Bundesbahndirektion Innsbruck durfte der Kläger nicht zur Erledigung solcher Aufgaben herangezogen werden, hinsichtlich deren er seinerzeit Dienstpflichten verletzt hatte und ein Dienststrafverfahren eingeleitet worden war (Firmenabrechnungen). Über Weihnachten 1981 erkrankte Ing. R\*\*\* schwer. Mit Schreiben vom 27. Jänner 1982 verfügte der Vorstand der

Bauabteilung bei der Bundesbahndirektion Innsbruck, daß Dipl.Ing. K\*\*\* als Vorstand der Streckenleitung Wörgl die ihm übertragene oberste Leitung und Aufsicht beim Neubau des Bahnhofes Kufstein in verstärktem Ausmaß bis zur Wiedergenesung des Bauleiters wahrzunehmen habe. Die Kompetenzen der übrigen Bediensteten sollten unverändert bleiben. Auf Grund dieser Anordnung verfügte der Vorstand der Streckenleitung Wörgl mit Schreiben vom 3. Februar 1982, daß bei der Nummer 2 des Arbeitsverteilungsplans (Bauaufsicht) der Punkt "Vertretung des Bauleiters" bis auf Widerruf zu entfallen habe. Es kann nicht festgestellt werden, daß der Kläger im Jänner und Februar 1982 Vertreter des erkrankten Bauleiters Ing. Vinzenz R\*\*\* war.

### 3. Benachteiligung des Klägers bei der Postenbesetzung:

Die Einstufung des Klägers zuletzt in Gehaltsgruppe VIII war korrekt. Eine sachliche nicht gerechtfertigte Benachteiligung des Klägers bei der Vergabe von Dienstposten lag nicht vor. Eine frühere Einstufung in die Gehaltsgruppe VIII war im Hinblick auf die Eignung des Klägers nicht angezeigt.

Als sich der Kläger um den Dienstposten eines Hochbauführers bei der Streckenleitung Wörgl bewarb, erhielt er vom damaligen Vorstand der Streckenleitung Wörgl und seinem Vorgesetzten,

Dipl. Ing. Z\*\*\*, keine positive "Einbegleitung".

Dipl.Ing. Z\*\*\* war der Ansicht, daß für diesen Posten die Kenntnisse eines HTL-Absolventen erforderlich seien, welche Voraussetzungen der Kläger nicht aufgewiesen hatte. Dipl.Ing. Z\*\*\* ging dabei keineswegs von unsachlichen Erwägungen aus; er wollte den Kläger auch nicht benachteiligen. Die Planstelle wurde mit Ing. Alfred S\*\*\*, einem Absolventen einer Höheren Technischen Lehranstalt besetzt.

Anlässlich der Bewerbung des Klägers um den Dienstposten eines technischen Fachbeamten bei der Bauabteilung der Bundesbahndirektion Innsbruck gab Dipl.Ing. Z\*\*\* eine positive "Einbegleitung" ab. Bei dieser Planstelle kam es jedoch zu einer Abwertung, die den Zweck verfolgte, Absolventen Höherer Technischer Lehranstalten für die Arbeit bei der beklagten Partei zu gewinnen. Dies war damals offenbar schwierig. Die Abwertung und spätere Wiederaufwertung des Postens war sohin nicht gegen den Kläger gerichtet und es ist nicht erwiesen, daß damit nur ein "Günstling" untergebracht werden sollte. Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, daß die Forderungen des Klägers auf Überstundenentgelt und Ersatz der PKW-Kosten gemäß § 1486 Z 5 ABGB verjährt seien. Ein Hemmungsgrund im Sinne der §§ 1494 ff ABGB sei weder behauptet noch bewiesen worden.

Gemäß § 12 Abs 6 der Bundesbahnbesoldungsordnung gebühre einem Bundesbahnbeamten für jede vorübergehende, ununterbrochen mindestens einen Monat dauernde Vertretung auf einem Dienstposten, der bei Verleihung eine höhere Gehaltsgruppenzugehörigkeit begründen würde und für den der Beamte die prüfungsmäßigen Voraussetzungen erfülle, eine Verwendungsabgeltung. Für die Vertretungszeiten im Juli und August 1981 fehle es schon an diesen zeitlichen Voraussetzungen. Wenn der Kläger nicht einmal alle Aufgaben ausüben habe dürfen, die mit seiner eigenen Planstelle verbunden gewesen seien, könne umso weniger angenommen werden, der Kläger sei im Jänner und Februar 1982 auf einem höherwertigen Dienstposten verwendet worden. Überdies seien für diese Zeit die Kompetenzen der Vertretung des Bauleiters sogar noch weiter eingeschränkt worden. Dem Kläger stehe keine Verwendungszulage zu.

Nach § 5 Abs 2 der Bundesbahnbesoldungsordnung könne aus der Ablegung von Dienstprüfungen kein Recht auf Verleihung eines Dienstpostens abgeleitet werden. Hinsichtlich des Dienstpostens eines Fachbeamten bei der Bundesbahndirektion Innsbruck sei eine Beförderung des Klägers deshalb nicht in Betracht gekommen, weil ein für den Kläger geeigneter freier Dienstposten zufolge der Abwertung nicht vorgelegen sei. Eine allfällige Manipulation zur gezielten Steuerung der Besetzung sei nicht erwiesen. Der weiteren Bewerbung um den Dienstposten eines Hochbauführers sei die mangelnde fachliche Eignung des Klägers entgegengestanden. In allen diesen Fällen sei nicht erwiesen, daß der Kläger anders bzw. schlechter behandelt worden wäre als die sonstige Belegschaft der beklagten Partei. Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Es sprach aus, daß der nicht ausschließlich in einem Geldbetrag bestehende Wert des Streitgegenstandes S 30.000 übersteige. Es übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes als unbedenklich und billigte auch dessen Rechtsansicht. Ergänzend führte es aus, daß der Verjährung der aus dem Jahre 1974 stammenden Forderungen kein Hemmungsgrund im Sinne der §§ 1494 ff ABGB entgegenstehe. Der Einwand des Klägers in der Berufung, er habe diese Ansprüche aus Furcht vor weiteren dienst- und besoldungsrechtlichen Nachteilen während der aktiven Dienstzeit nicht geltend machen können, entspreche nicht den Feststellungen, wonach keine Anhaltspunkte für eine Benachteiligung des Klägers vorlägen. Der Kläger habe vielmehr

zur Wahrung seines Vorteils (Nebenbeschäftigung) und zur Abwehr einer Ordnungs- und Disziplinarstrafe mit Vehemenz seinen Standpunkt vertreten und kein Rechtsmittel gescheut.

Eine Verwendungsabgeltung nach § 12 Abs 6 der Bundesbahnbesoldungsordnung gebühre nicht, wenn der Beamte Vertreter des ranghöheren Bediensteten sei und es daher zu seinen Aufgaben gehöre, Vertretungshandlungen durchzuführen. Aus einzelnen Vertretungshandlungen resultiere noch keine Verwendung auf dem höheren Dienstposten. Daher habe der Kläger bei Anwesenheit des Bauleiters Ende Juli 1981 nicht mehr sämtliche zu dem höheren Dienstposten gehörende Tätigkeiten verrichtet, zumal sich der Bauleiter die wichtigste dieser Tätigkeiten, nämlich die Besprechung mit den Bediensteten der Generaldirektion, selbst vorbehalten habe. Auch Übergabe- und Übernahmetätigkeiten seien keine Zeiten, in welchen der Inhaber eines niedrigeren Dienstpostens auf dem höheren Dienstposten verwendet werde. Für Sommer 1981 fehle es somit an der Voraussetzung einer mindestens einen Monat dauernden Verwendung des Klägers auf dem höheren Dienstposten. Im Jahr 1982 habe der Kläger den abwesenden Bauleiter überhaupt nicht vertreten, da die entscheidenden Agenden durch den Vorstand der Streckenleitung selbst wahrgenommen worden seien.

Die vom Kläger abgelegten Dienstprüfungen seien lediglich Voraussetzung der Erfüllung der Ausschreibungsbedingungen gewesen. Davon müsse die fachliche Eignung für den Dienstposten unterschieden werden. Nach Punkt V der Postenbesetzungsvorschrift sei unter den Bewerbern, welche die erforderlichen Dienstprüfungen abgelegt hätten, nach bestimmten Kriterien die Auswahl zu treffen. In erster Linie entscheide die durch die Beschreibung festgestellte Eignung, bei gleicher Eignung gehe der rangältere Bewerber dem Rangjüngeren vor und schließlich seien die persönlichen Verhältnisse des Bewerbers zu berücksichtigen. Es sei verständlich, daß die beklagte Partei der fachlichen Eignung des Bewerbers großes Gewicht beimesse. Dabei komme es nicht bloß auf die Erfüllung der Ausschreibungsvoraussetzungen an. Soweit die beklagte Partei in beiden Fällen einem Absolventen einer Höheren Technischen Lehranstalt den Vorzug vor dem Kläger, der nur die Pflichtschulen (Volks- und Hauptschule) besucht habe, gegeben habe, sei dies nicht sachfremd. Auch der Umstand, daß nahezu alle Hochbauführer in den Streckenleitungen der Bundesbahndirektion Innsbruck HTL-Absolventen seien und nur eine Ausnahme in Vorarlberg bestehe, zeige deutlich, daß es der beklagten Partei bei der Postenbesetzung um eine fundierte technische Vorbildung und auch um das theoretische Wissen der Bewerber gegangen sei.

Abgesehen davon, daß der Kläger nicht willkürlich und ohne sachliche Rechtfertigung schlechtergestellt worden sei als die übrigen Bediensteten der beklagten Partei, könne der Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Besetzung eines Dienstpostens nicht unmittelbar angewendet werden. Dem Arbeitgeber sei nämlich seine Bevorzugung einzelner Arbeitnehmer gegenüber der Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer nicht verwehrt.

Gegen dieses Urteil richtet sich die aus den Gründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der Aktenwidrigkeit und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erhobene Revision des Klägers mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung im Sinne der Klagebegehren abzuändern.

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

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht berechtigt.

Die geltend gemachte Mangelhaftigkeit des Verfahrens liegt nicht vor. Unter diesem Revisionsgrund rügt der Revisionswerber im wesentlichen, daß es das Berufungsgericht - so wie das Erstgericht - abgelehnt habe, den Zeugen Hermann K\*\*\* neuerlich zu vernehmen, und daß dem Kläger keine Gelegenheit geboten worden sei, zu den für ihn nachteiligen Aussagen der Zeugen Dr. S\*\*\*, Dipl.Ing. K\*\*\* und H\*\*\* abschließend Stellung zu nehmen. Der Kläger sei vielmehr in seiner Glaubwürdigkeit von vorneherein abqualifiziert worden, und der wesentliche Umstand, daß die beklagte Partei die Wahrheitsfindung behindert habe, sei unberücksichtigt geblieben. Mit diesen Ausführungen bekämpft der Revisionswerber einerseits in unzulässiger Weise die Beweiswürdigung der Vorinstanzen; andererseits ist es dem Revisionsgericht nach ständiger Rechtsprechung verwehrt, angebliche Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens, die das Berufungsgericht für nicht gegeben erachtete, wahrzunehmen (SZ 22/106; ÖBl.1984, 109; EFSlg 49.387; 10 Ob S 14/87 ua). Da das Arbeitsgerichtsgesetz gemäß § 99 Z 1 ASGG seine Wirksamkeit mit 1.Jänner 1987 verloren hat und die Entscheidung des Erstgerichtes am 18.Mai 1987 gefällt wurde, war auch der die Voraussetzungen des § 101 Abs 2 ASGG nicht erfüllende Neuverhandlungsgrundsatz des § 25 Abs 1 Z 3 ArbGG in zweiter Instanz nicht

mehr anzuwenden (Kuderna ASGG § 101 Erl.6). Für das Berufungsverfahren galt vielmehr nach § 63 ASGG das Neuerungsverbot des § 482 Abs 1 ZPO. Es fällt nunmehr auch in einem Verfahren nach dem ASGG in den Bereich der nicht revisiblen Beweiswürdigung, ob das Berufungsgericht eine Beweiswiederholung oder Beweisergänzung für erforderlich hält oder nicht.

Der stets anwaltlich vertretene Kläger wurde bereits in erster Instanz ausdrücklich angeleitet, weiteres Vorbringen zur behaupteten Benachteiligung bei der Postenbesetzung zu erstatten und allenfalls weitere konkrete Fälle einer solchen Benachteiligung namhaft zu machen (S 38). Obwohl der Kläger hinreichend Gelegenheit hatte, seinen Personalakt einzusehen (S 123) und auch daraus allenfalls gegen ihn gerichtete Maßnahmen der beklagten Partei zu erheben, unterließ er in erster Instanz ein weiteres diesbezügliches Vorbringen. Erst im Berufungsverfahren machte der Kläger geltend, daß gemäß § 87 ASGG von Amts wegen Feststellungen über 24 Bewerbungen zu treffen gewesen wären, aus denen sich zum Teil eine Benachteiligung des Klägers bei der Postenbesetzung ergeben hätte sollen. Wie das Berufungsgericht zutreffend erkannte, gilt aber § 87 ASGG nur für das Verfahren in Sozialrechtssachen; für den Bereich der Arbeitsrechtssachen verstieß dieses neue Vorbringen gegen das Neuerungsverbot.

Auch der Revisionsgrund der Aktenwidrigkeit ist nicht gesetzmäßig ausgeführt und erschöpft sich im wesentlichen in einer Bekämpfung der Beweiswürdigung der Vorinstanzen. Aktenwidrigkeit liegt nur vor, wenn im Urteil des Berufungsgerichtes in einem wesentlichen Punkt eine tatsächliche Voraussetzung zugrundegelegt erscheint, welche mit den Porzeßakten erster und zweiter Instanz im Widerspruch steht (§ 503 Abs 1 Z 3 ZPO). Schlußfolgerungen, angebliche Fehler in der Wertung tatsächlicher Feststellungen und Rechtsausführungen können keine Aktenwidrigkeit begründen (vgl. Fasching ZPR Rz 1771). So wendet sich der Revisionswerber mit seinen Ausführungen, das Berufungsgericht habe aktenwidrig "festgestellt", der Kläger habe mit der Behauptung weiterer Fälle einer Benachteiligung in der Berufung gegen das Neuerungsverbot verstoßen, ebenso gegen die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichtes wie mit seiner Behauptung, jeder Bedienstete der beklagten Partei habe nach Ablegung der entsprechenden Prüfungen gemäß seinem Dienstrang einen Rechtsanspruch auf einen frei werdenden Dienstposten. Die übrigen als aktenwidrig gerügten "Feststellungen" hinsichtlich der Wertung der Sachlichkeit der Ausführungen des Klägers in der Berufung, des nicht hinreichend konkretisierten Beweisthemas im Antrag auf neuerliche Vernehmung des Zeugen K\*\*\* und der in erster Instanz strittigen Vertretungsverhältnisse in den Jahren 1981 und 1982 betreffen wiederum die Beweiswürdigung der Vorinstanzen. Das Berufungsgericht hat unter wörtlicher Zitierung der Beweisanbote des Klägers eingehend und ausführlich dargelegt, aus welchen Gründen es eine neuerliche Vernehmung des Zeugen K\*\*\* nicht für erforderlich hielt. Soweit das Berufungsgericht aus den vorgelegten Beilagen 26 und 27 (Schichtenblätter) Schlußfolgerungen zog, sind diese nicht aktenwidrig.

Hinsichtlich einer Hemmung der Verjährung der im Jahre 1974 entstandenen Ansprüche brachte der Kläger in seiner Klage lediglich vor, daß eine Verjährung "im Hinblick auf die besoldungsrechtlichen Bestimmungen" nicht erfolgt sei. In Erwiderung des Vorbringens der Beklagten, der Kläger habe auf eine Anfechtung der Dienstpostenentscheidungen verzichtet, brachte der Kläger in der Tagsatzung vom 15. November 1985 zusätzlich vor, daß die Verjährungsfrist für die "gegenständlichen Ansprüche" frühestens mit dem Ausscheiden des Klägers aus den Diensten der beklagten Partei zu laufen begonnen habe, weil er sich durch eine derartige Vorgangsweise weitere dienstrechtliche Nachteile zugezogen hätte (S 152). Selbst wenn man diesen Einwand auch auf die Ansprüche auf Überstundenentgelt und Kilometergeld bezieht, ist die Ansicht des Berufungsgerichtes zutreffend, daß der Einwand nur allgemein gehalten ist und konkrete Behauptungen im Sinne der §§ 1494 ff ABGB fehlen. Soweit das Berufungsgericht in Erledigung der Beweistrüge des Klägers in der Berufung schließlich die sich auf Grund des Beweisverfahrens ergebende Beweislage dahin zusammenfaßte, daß sich für die Behauptung, der Kläger sei bei der Postenvergabe aus sachfremden Gründen benachteiligt worden, nicht nur kein Beweis, sondern nicht einmal ein konkreter Hinweis ergebe, traf es ebenfalls keine "aktenwidrige Feststellung".

Der Rechtsrüge ist entgegenzuhalten, daß auch der Revision nicht zu entnehmen ist, auf welche eine Hemmung der Verjährung bewirkenden Gründe der §§ 1494 ff ABGB sich der Kläger eigentlich bezieht, da die in diesen Bestimmungen angeführten Tatbestände auf den vorliegenden Fall nicht zutreffen. Entgeltforderungen sowie Ansprüche auf Ersatz von Auslagen, die im Zusammenhang mit der Arbeitsleistung entstanden sind (Fahrtkosten), verjähren gemäß § 1486 Z 5 ABGB binnen 3 Jahren (Spielbüchler in Floretta-Spielbüchler-Strasser, Arbeitsrecht 2 I 140; Schwarz-Löschnigg, Arbeitsrecht 229;

Csebrenyak-Geppert-Maßl-Rabofsky, ABGB und Arbeitsvertragsrecht 406). Diese Verjährungsfrist kann vertraglich nicht verlängert werden (§ 1502 ABGB). Nach den Feststellungen lehnte die beklagte Partei die Zahlung des fälligen Überstundenentgelts und der Fahrtauslagen bereits im Februar 1975 endgültig und eindeutig ab. Selbst wenn zugunsten des Klägers bis dahin laufende Vergleichsverhandlungen über diese Ansprüche angenommen werden, begann mit diesem Zeitpunkt der Ablauf der Verjährung (§ 1478 ABGB;

Koziol-Welser Grundriß 8 I 177). Die Bestimmung des § 1486 Z 5 ABGB stellt entgegen der Ansicht des Revisionswerbers nicht auf das Ende des Arbeitsverhältnisses ab; die allgemeine oder besondere Befürchtung einer Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses durch die gerichtliche Geltendmachung von Entgeltforderungen, hat als ein bloß subjektives, in der Person des Berechtigten liegendes Hindernis keinen Einfluß auf den Beginn der Verjährung (Schubert in Rummel ABGB § 1478 Rz 4; SZ 54/35 mwH). Im übrigen entsprechen die Ausführungen des Revisionswerbers nicht den getroffenen Feststellungen; insbesondere ist die Behauptung, es sei gerichtsbekannt, daß ein Arbeitnehmer, der sich an das Gericht wende, gerade von der beklagten Partei als Arbeitgeberin dienst- und besoldungsrechtliche Nachteile zu erwarten habe, nicht objektivierbar und nicht richtig.

Gemäß § 12 Abs 6 der Bundesbahn-Besoldungsordnung (BO) gebührt dem Beamten für jede vorübergehende, ununterbrochen mindestens einen Monat dauernde Verwendung auf einem Dienstposten, der bei Verleihung eine höhere Gehaltsgruppenzugehörigkeit des Beamten begründen würde, und für den er die prüfungsmäßigen Voraussetzungen erfüllt, eine Verwendungsabgeltung im Ausmaß des Unterschiedsbetrages zwischen seinem Gehalt und dem Gehalt, der ihm bei Verleihung des Dienstpostens zustünde. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführte, liegt eine solche Verwendung auf einem höheren Dienstposten dann nicht vor, wenn der Beamte ohnehin Vertreter des höheren Bediensteten ist und es daher zu seinem Aufgabenkreis gehört, Vertretungshandlungen für den an sich anwesenden Bediensteten durchzuführen. Der Revisionswerber geht wiederum nicht von den maßgeblichen Feststellungen aus, soweit er unterstellt, er habe den Bauleiter Ing. R\*\*\* im Juli und August 1981 "ununterbrochen" mindestens einen Monat lang vertreten. In diesem Zusammenhang ist auch aus den von ihm zitierten Anmerkungen zu § 12 BO nichts zu gewinnen, da auch diese auf eine Vertretung in "unmittelbarer zeitlicher Aufeinanderfolge" abstellen und eine Vormerkung der Vertretungen davon abhängig machen, daß diese "geschlossen" mindestens einen Monat dauerten. Ob der Kläger während der zwischenzeitigen Anwesenheit des Bauleiters Ing. R\*\*\* im Dienst "formell" enthoben wurde, ist ohne Belang, da er den Inhaber des höheren Dienstpostens in dieser Zeit, wie das Berufungsgericht zutreffend aufzeigte, eben nicht voll vertreten hatte. Ein kurzfristiger Urlaub bzw. ein Krankenstand des Klägers, der allenfalls zu einer Summierung der Vertretungszeiträume hätte führen können, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

Dem für den Zeitraum vom 11. Jänner bis 22. Februar 1982 geltend gemachten Anspruch auf Verwendungsabgeltung steht schon entgegen, daß die Vorinstanzen nicht festgestellt haben, daß der Kläger in dieser Zeit Vertreter des erkrankten Bauleiters war. Das Berufungsgericht wies ausdrücklich darauf hin, daß die Bauleiteragenden durch den Vorgesetzten des Bauleiters, nämlich den Vorstand der Streckenleitung, miterledigt wurden.

Sowohl die Anstellung als auch die Beförderung eines Beamten der beklagten Partei erfolgt, wie sich aus den §§ 2 und 19 f ergibt, durch "Verleihung" eines bestimmten Dienstpostens. Auch wenn § 1 Abs 2 BO davon ausgeht, daß das Dienstverhältnis der Bundesbahnbeamten ein privatrechtliches ist, folgt schon daraus und auch aus anderen Bestimmungen der BO, daß das Bundesbahndienstverhältnis mit zahlreichen Elementen vermischt ist, die für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse charakteristisch sind. Dieser öffentlich-rechtliche Einschlag läßt es nicht zu, in Fragen des Dienststranges und des dem Beamten zustehenden Gehaltes nur von der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit auszugehen (vgl. EvBl 1962/350; Arb.7.539, 8.226 ua). Gerade bezüglich der Beförderung eines Beamten der beklagten Partei ist das Dienstverhältnis wie ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis zu beurteilen, so daß der Bundesbahnbeamte keinen Rechtsanspruch auf Beförderung hat. So bestimmt § 5 Abs 2 BO, daß aus der Ablegung von eisenbahndienstlichen Prüfungen ein Recht auf Verleihung eines Dienstpostens nicht abgeleitet werden könne. Auch nach § 15 der Dienstordnung (Dienstpragmatik) für die Bediensteten der Ö\*\*\* B\*\*\* gewährt die Ablegung der für eine Stelle vorgeschriebenen Prüfungen für sich allein noch keinen Anspruch auf die Stelle. Besteht sohin kein vertraglicher Anspruch auf Beförderung, kann der Bundesbahnbedienstete auch nicht Vertragserfüllung durch Beförderung verlangen (vgl. Arb.7.795). Aber auch ohne Berücksichtigung der öffentlich-rechtlichen Elemente des Dienstverhältnisses der Beamten der Ö\*\*\* B\*\*\* ist für den Standpunkt des Klägers nichts zu gewinnen. Sein auch in der Revision aufrecht erhaltener Einwand, die beklagte Partei habe ihn willkürlich und ohne sachliche Rechtfertigung

schlechter behandelt als die übrigen Bediensteten (vgl. Arb.9.574, 9.581, 10.241), geht nicht von den getroffenen Feststellungen aus, wonach die von ihm beanstandete Postenvergabe entsprechend dem Punkt 5 der Postenbesetzungsvorschrift korrekt erfolgte. Schon nach dem Wortlaut und dem Sinn dieser Bestimmung ist für die Verleihung eines Postens in erster Linie die durch Beschreibung festgestellte Eignung maßgebend. Die Ablegung von entsprechenden Dienstprüfungen betrifft lediglich die Erfüllung der Ausschreibungsbedingungen, denen auch die anderen Mitbewerber des Klägers unterlegen sind. Erst bei gleicher Eignung entscheidet der bessere Rang. Soweit die beklagte Partei daher andere Bewerber auf Grund profunderer und höherer Schulbildung als besser geeignet für die zu besetzenden Posten ansah, liegt eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nicht vor. Die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebotes findet in Bestimmungen von Gesetzen, Kollektivverträgen, Arbeitsordnungen, Besoldungsordnungen udgl. ihre Grenze (Arb.9.581 mwH). Weitere Fälle einer allfälligen Benachteiligung hat der Kläger trotz Aufforderung und Anleitung in erster Instanz nicht einmal behauptet. Sein in der Revision erhobener Einwand, das Berufungsgericht hätte sich mit dem gesamten Personalakt "beschäftigen" müssen, um darin offenbar nach Benachteiligungsfällen zu suchen, verkennt die Regeln über die Behauptungs- und Beweislast (vgl. dazu Fasching ZPR Rz 882 f). Die Kostenentscheidung ist in den §§ 41 und 50 ZPO begründet.

#### **Anmerkung**

E14926

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

ECLI:AT:OGH0002:1988:009OBA00104.88.0629.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19880629\_OGH0002\_009OBA00104\_8800000\_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)