

# TE OGH 2000/10/4 9ObA198/00h

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.10.2000

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Maier als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Steinbauer und Dr. Spenling sowie die fachkundigen Laienrichter Edith Matejka und Oberrat Dr. Walter Wotzel als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Thomas B\*, Angestellter, \* vertreten durch Dr. Georg Grießer und andere, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei V\* GmbH, \* vertreten durch Schönherr, Barfuss, Torggler & Partner, Rechtsanwälte in Wien, wegen S 49.913,84 sA, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 26. April 2000, GZ 8 Ra 32/00k-28, womit über Berufung der beklagten Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 1. Oktober 1999, GZ 29 Cga 3/99v-22, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit S 4.058,88 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin S 676,48 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## **Text**

Entscheidungsgründe:

## **Rechtliche Beurteilung**

Das Berufungsgericht hat die Frage, ob die verschlechternden Versetzungen des Klägers zustimmungspflichtig waren und diese Zustimmung im Vorhinein hätte erfolgen müssen, zutreffend bejaht. Es reicht daher diesbezüglich aus, auf die Richtigkeit der eingehenden Begründung der angefochtenen Entscheidung zu verweisen (§ 510 Abs 3 ZPO). Das Berufungsgericht hat die Frage, ob die verschlechternden Versetzungen des Klägers zustimmungspflichtig waren und diese Zustimmung im Vorhinein hätte erfolgen müssen, zutreffend bejaht. Es reicht daher diesbezüglich aus, auf die Richtigkeit der eingehenden Begründung der angefochtenen Entscheidung zu verweisen (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

Ergänzend ist den Ausführungen der Revisionswerberin entgegenzuhalten:

Der Revisionsgrund der Aktenwidrigkeit liegt nicht vor. Dem Revisionsgericht ist es verwehrt, eine zweitinstanzliche sachliche Entscheidung über das Nichtvorliegen eines angeblichen Begründungsmangels, der die in § 477 Abs 1 ZPO vorausgesetzte Bedeutung nicht erreicht, nachzuprüfen (9 Ob 391/97h). Angebliche Mängel des Verfahrens erster Instanz, die die zweite Instanz verneint hat, können in dritter Instanz nicht mehr geltend gemacht werden (RIS-Justiz RS0042963; Arb 11.265). Für Aktenwidrigkeiten gilt das Gleiche wie für Verfahrensmängel (4 Ob 518/95). Abgesehen davon hat das Berufungsgericht klar zum Ausdruck gebracht, wie die von der beklagten Partei als aktenwidrig gerügte

Feststellung, dass der Betriebsrat mit der Änderung der Arbeitszeit ab Juli 1997 sowie der Streichung der Sonn- und Feiertagszuschläge überhaupt nicht befasst wurde, zu verstehen ist. Dass diese Ansicht des Berufungsgerichtes seinerseits aktenwidrig wäre, behauptet die Revisionswerberin nicht. Der Revisionsgrund der Aktenwidrigkeit liegt nicht vor. Dem Revisionsgericht ist es verwehrt, eine zweitinstanzliche sachliche Entscheidung über das Nichtvorliegen eines angeblichen Begründungsmangels, der die in Paragraph 477, Absatz eins, ZPO vorausgesetzte Bedeutung nicht erreicht, nachzuprüfen (9 Ob 391/97h). Angebliche Mängel des Verfahrens erster Instanz, die die zweite Instanz verneint hat, können in dritter Instanz nicht mehr geltend gemacht werden (RIS-Justiz RS0042963; Arb 11.265). Für Aktenwidrigkeiten gilt das Gleiche wie für Verfahrensmängel (4 Ob 518/95). Abgesehen davon hat das Berufungsgericht klar zum Ausdruck gebracht, wie die von der beklagten Partei als aktenwidrig gerügte Feststellung, dass der Betriebsrat mit der Änderung der Arbeitszeit ab Juli 1997 sowie der Streichung der Sonn- und Feiertagszuschläge überhaupt nicht befasst wurde, zu verstehen ist. Dass diese Ansicht des Berufungsgerichtes seinerseits aktenwidrig wäre, behauptet die Revisionswerberin nicht.

Als verschlechternde Versetzung im Sinne des § 101 ArbVG ist nicht nur eine Änderung des Arbeitsorts oder des Arbeitsinhalts zu verstehen, sondern jede Verschlechterung von Bestimmungsmerkmalen des Arbeitsverhältnisses (ZAS 1997/13 [Spitzl]). Dies trifft aber bereits dann zu, wenn der Arbeitnehmer nach der Versetzung weniger verdient als vorher (9 ObA 171 - 173/94). Durch den Verlust einer Zulage in dem in der Revision genannten Ausmaß von 16 vH eines Gesamteinkommens von monatlich S 28.195,62 wird eine Versetzung im Sinne des § 101 ArbVG jedenfalls zustimmungspflichtig, selbst wenn die Versetzung mit Zustimmung des Arbeitnehmers erfolgt wäre (Schwarz in Cerny/Haas-Laßnig/Schwarz ArbVG Band 3, 163 f; Arb 11.311). Es ist daher bedeutungslos, ob der Kläger die Ersetzung der Schichtzulagen seit Juli 1997 durch zusätzliche Freizeit, jedoch unter Verweigerung einer ausdrücklichen Vertragsänderung allenfalls stillschweigend akzeptiert hat. Abgesehen davon, dass bei ausdrücklicher nach außen in Erscheinung tretender Weigerung, einer Vertragsänderung zuzustimmen, durch die Konsumation der ersatzweise angebotenen Freizeit nicht ohne weiteres auf einen konkludenten Vertragswillen im Sinne des § 863 ABGB geschlossen werden kann, ist zwischen der arbeitsvertragsrechtlichen und der betriebsverfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Versetzung zu unterscheiden. Ohne Zustimmung des Betriebsrates, die allenfalls durch gerichtliche Entscheidung ersetzt werden kann, ist eine verschlechternde Versetzung jedenfalls rechtsunwirksam, gleichgültig, ob eine direktoriale oder vertragsändernde Versetzung vorliegt und ob der betroffene Arbeitnehmer hiezu seine ausdrückliche oder konkludente Zustimmung erteilt hat (SZ 70/21). Ob bei einer direktorialen Versetzung eines unkündbaren oder erschwert kündbaren Arbeitnehmers bei Änderung der Umstände des Arbeitsverhältnisses eine weitergehende Dispositionsmöglichkeit des Arbeitgebers anzunehmen ist, als bei Fehlen eines Kündigungsschutzes (RdW 1998, 636), ist bei Prüfung der Voraussetzungen der betriebsverfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer verschlechternden Versetzung ohne Bedeutung. Als verschlechternde Versetzung im Sinne des Paragraph 101, ArbVG ist nicht nur eine Änderung des Arbeitsorts oder des Arbeitsinhalts zu verstehen, sondern jede Verschlechterung von Bestimmungsmerkmalen des Arbeitsverhältnisses (ZAS 1997/13 [Spitzl]). Dies trifft aber bereits dann zu, wenn der Arbeitnehmer nach der Versetzung weniger verdient als vorher (9 ObA 171 - 173/94). Durch den Verlust einer Zulage in dem in der Revision genannten Ausmaß von 16 vH eines Gesamteinkommens von monatlich S 28.195,62 wird eine Versetzung im Sinne des Paragraph 101, ArbVG jedenfalls zustimmungspflichtig, selbst wenn die Versetzung mit Zustimmung des Arbeitnehmers erfolgt wäre (Schwarz in Cerny/Haas-Laßnig/Schwarz ArbVG Band 3, 163 f; Arb 11.311). Es ist daher bedeutungslos, ob der Kläger die Ersetzung der Schichtzulagen seit Juli 1997 durch zusätzliche Freizeit, jedoch unter Verweigerung einer ausdrücklichen Vertragsänderung allenfalls stillschweigend akzeptiert hat. Abgesehen davon, dass bei ausdrücklicher nach außen in Erscheinung tretender Weigerung, einer Vertragsänderung zuzustimmen, durch die Konsumation der ersatzweise angebotenen Freizeit nicht ohne weiteres auf einen konkludenten Vertragswillen im Sinne des Paragraph 863, ABGB geschlossen werden kann, ist zwischen der arbeitsvertragsrechtlichen und der betriebsverfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Versetzung zu unterscheiden. Ohne Zustimmung des Betriebsrates, die allenfalls durch gerichtliche Entscheidung ersetzt werden kann, ist eine verschlechternde Versetzung jedenfalls rechtsunwirksam, gleichgültig, ob eine direktoriale oder vertragsändernde Versetzung vorliegt und ob der betroffene Arbeitnehmer hiezu seine ausdrückliche oder konkludente Zustimmung erteilt hat (SZ 70/21). Ob bei einer direktorialen Versetzung eines unkündbaren oder erschwert kündbaren Arbeitnehmers bei Änderung der Umstände des Arbeitsverhältnisses eine weitergehende Dispositionsmöglichkeit des

Arbeitgebers anzunehmen ist, als bei Fehlen eines Kündigungsschutzes (RdW 1998, 636), ist bei Prüfung der Voraussetzungen der betriebsverfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer verschlechternden Versetzung ohne Bedeutung.

Da durch den angeordneten Wegfall der Nachtdienste durch die Änderung der Arbeitszeiten keine Schichtzulagen mehr anfielen, der Kläger ausdrücklich für den Schichtbetrieb eingestellt wurde, für den er auch regelmäßig durch Jahre hindurch Schichtzulagen erhielt, bildet sowohl die Änderung dieser Arbeitszeiten dahin, dass keine Dienste nach 18.00 Uhr mehr zu leisten waren, ab Frühjahr 1997 aber auch die Versetzung in die Gravurabteilung ab Jänner 1998, wo ebenfalls keine Dienste ab 18.00 Uhr und sohin auch keine Schichtzulage anfielen, verschlechternde Versetzungen.

Nach der Rechtsprechung ist Voraussetzung für die Zulässigkeit einer verschlechternden Versetzung nicht nur die rechtzeitige Verständigung des Betriebsrates zur Ausübung seines Beratungsrechtes, sondern vor allem die Zustimmungserklärung des Betriebsrates als kollektiver Akt. Diese Zustimmung ist konstitutiv für die Rechtswirksamkeit der nachfolgenden individuellen Maßnahme des Dienstgebers. Eine nachträgliche schriftliche Zustimmung des Betriebsrates zu einer bereits vollzogenen Versetzung ist nach ständiger Rechtsprechung unwirksam (ZAS 1982/5; DRdA 1993/56 [Trost]; DRdA 1998/10 [Trost] = SZ 70/62 = Arb 11.594; ZAS 1997/13 [Spitzl]). Daraus ergibt sich, dass eine Zustimmung des Betriebsrates zu einer bereits tatsächlich vorgenommenen Versetzung wie im Falle des Klägers, gleichgültig ob die nachträgliche Zustimmung nun auch auf die Änderung der Arbeitszeit im Jahr 1997 und nicht nur ab Jänner 1998 bezogen wird, nur dann als eine dem § 101 ArbVG entsprechende Zustimmung angesehen werden könnte, wenn die Versetzung nach ihrer ohnehin verspäteten Einholung wiederholt worden wäre (Strasser/Jabornegg ArbVG3 386; ZAS 1997/13 [Spitzl]). Eine Sanierung einer rechtsunwirksamen Versetzung durch nachträgliche Genehmigung lässt sich § 101 ArbVG nicht entnehmen. Die rechtsgestaltende Zustimmung des Betriebsrates wirkt nur ex nunc und nicht ex tunc (DRdA 1998/10 [Trost] = SZ 70/62 = Arb 11.594). Das in § 101 ArbVG normierte Mitwirkungsrecht des Betriebsrates wäre weitgehend seines Sinnes und jeglicher Effektivität entkleidet, wäre der Vollzug einer zustimmungspflichtigen Versetzung zunächst der Disposition des Dienstgebers vorbehalten und eine nachträgliche Genehmigung einer bereits gesetzten Maßnahme durch den Betriebsrat zulässig (ZAS 1982/5). Für den Arbeitnehmer soll im Zeitpunkt der Versetzung Klarheit bestehen, ob der Betriebsrat eingeschaltet wurde und durch seine Zustimmung die Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit der Versetzung geschaffen hat. Eine andere Auffassung würde dazu führen, dass ein Schwebezustand der Unsicherheit für den Arbeitnehmer bestünde, was der Gesetzgeber aber nicht beabsichtigt haben kann (Dusak, Änderungen im Bereich der personellen Mitbestimmung ZAS 1986, 198 ff). Der Betriebsrat, dem bis zur Versetzung ein klagbarer Anspruch auf Information zusteht, hat nach dem Versetzungsausspruch, der ohne seine Zustimmung erfolgt ist, kein Recht, die rechtsunwirksame Versetzung zu bekämpfen, weil diese Streitigkeit nur mehr auf der Ebene des Arbeitsvertrages auszutragen ist (DRdA 1998/10 [Trost] = SZ 70/62 = Arb 11.594). Das bedeutet, dass das gesetzlich eingeräumte Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates sinnentkleidet wäre, wenn man ihm keine rechtsgestaltende Funktion ex nunc zuerkennen würde. Nach der Rechtsprechung ist Voraussetzung für die Zulässigkeit einer verschlechternden Versetzung nicht nur die rechtzeitige Verständigung des Betriebsrates zur Ausübung seines Beratungsrechtes, sondern vor allem die Zustimmungserklärung des Betriebsrates als kollektiver Akt. Diese Zustimmung ist konstitutiv für die Rechtswirksamkeit der nachfolgenden individuellen Maßnahme des Dienstgebers. Eine nachträgliche schriftliche Zustimmung des Betriebsrates zu einer bereits vollzogenen Versetzung ist nach ständiger Rechtsprechung unwirksam (ZAS 1982/5; DRdA 1993/56 [Trost]; DRdA 1998/10 [Trost] = SZ 70/62 = Arb 11.594; ZAS 1997/13 [Spitzl]). Daraus ergibt sich, dass eine Zustimmung des Betriebsrates zu einer bereits tatsächlich vorgenommenen Versetzung wie im Falle des Klägers, gleichgültig ob die nachträgliche Zustimmung nun auch auf die Änderung der Arbeitszeit im Jahr 1997 und nicht nur ab Jänner 1998 bezogen wird, nur dann als eine dem Paragraph 101, ArbVG entsprechende Zustimmung angesehen werden könnte, wenn die Versetzung nach ihrer ohnehin verspäteten Einholung wiederholt worden wäre (Strasser/Jabornegg ArbVG3 386; ZAS 1997/13 [Spitzl]). Eine Sanierung einer rechtsunwirksamen Versetzung durch nachträgliche Genehmigung lässt sich Paragraph 101, ArbVG nicht entnehmen. Die rechtsgestaltende Zustimmung des Betriebsrates wirkt nur ex nunc und nicht ex tunc (DRdA 1998/10 [Trost] = SZ 70/62 = Arb 11.594). Das in Paragraph 101, ArbVG normierte Mitwirkungsrecht des Betriebsrates wäre weitgehend seines Sinnes und jeglicher Effektivität entkleidet, wäre der Vollzug einer zustimmungspflichtigen Versetzung zunächst der Disposition des Dienstgebers vorbehalten und eine nachträgliche Genehmigung einer bereits gesetzten Maßnahme durch den Betriebsrat zulässig (ZAS 1982/5). Für den Arbeitnehmer soll im Zeitpunkt der Versetzung Klarheit bestehen, ob der Betriebsrat eingeschaltet wurde und durch seine Zustimmung die Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit der Versetzung

geschaffen hat. Eine andere Auffassung würde dazu führen, dass ein Schwebezustand der Unsicherheit für den Arbeitnehmer bestünde, was der Gesetzgeber aber nicht beabsichtigt haben kann (Dusak, Änderungen im Bereich der personellen Mitbestimmung ZAS 1986, 198 ff). Der Betriebsrat, dem bis zur Versetzung ein klagbarer Anspruch auf Information zusteht, hat nach dem Versetzungsausspruch, der ohne seine Zustimmung erfolgt ist, kein Recht, die rechtsunwirksame Versetzung zu bekämpfen, weil diese Streitigkeit nur mehr auf der Ebene des Arbeitsvertrages auszutragen ist (DRdA 1998/10 [Trost] = SZ 70/62 = Arb 11.594). Das bedeutet, dass das gesetzlich eingeräumte Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates sinnentkleidet wäre, wenn man ihm keine rechtsgestaltende Funktion ex nunc zuerkennen würde.

Die Missachtung des betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrates bewirkte sohin die Rechtsunwirksamkeit der von der beklagten Partei gesetzten Versetzungsmaßnahme, sodass der vom Kläger geltend gemachte, der Höhe nach nicht bestrittene Leistungsanspruch besteht (DRdA 1998/10 [Trost] = SZ 70/62 = Arb 11.594).

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 Abs 1 ZPO. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraphen 41., 50 Absatz eins, ZPO.

**Textnummer**

E59483

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2000:E59483

**Im RIS seit**

03.11.2000

**Zuletzt aktualisiert am**

25.05.2022

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

© 2026 JUSLINE

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

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