

OGH Datum

20040826

**Geschäftszahl**

80bA3/04f

**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. Rohrer und Dr. Kuras sowie die fachkundigen Laienrichter Sektionschef Dr. Manfred Matzka und Mag. Manuela Majeranowski als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Roland R\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Huberta Gheneff-Fürst, Dr. Michael Rami, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagten Parteien 1) Wiener Linien GmbH & Co KG, 2) Wiener Linien GmbH, beide 1030 Wien, Erdbergstraße 202, beide vertreten durch Dr. Georg Mittermayer, Rechtsanwalt in Wien, wegen EUR 2.500,- und Unterlassung (Streitwert EUR 21.000,-), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 24. Juni 2003, GZ 7 Ra 61/03x-13, mit dem infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 19. Dezember 2002, GZ 3 Cga 395/02g-8, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

**Spruch**

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

**Text**

Begründung:

Der Kläger ist sei 9. 1. 1995 im aufrechten Dienstverhältnis als Straßenbahnfahrer beschäftigt. Der Dienstvertrag wurde am 9. 1. 1995 zwischen dem Kläger und der Stadt Wien, vertreten durch die Wiener Stadtwerke-Verkehrsbetriebe, unbefristet geschlossen und der Kläger in das Schema III, Verwendungsgruppe 4, der Besoldungsordnung für Vertragsbedienstete der Stadt Wien eingereiht.

Mit Einbringungsvertrag vom 31. 5. 1999 wurde der Teilbetrieb Wiener Stadtwerke-Verkehrsbetriebe (Wiener Linien) im Rahmen einer Gesamtrechtsnachfolge in die Wiener Stadtwerke Holding AG eingebracht. Der Teilbetrieb Wiener Linien ging neuerlich mit Wirkung vom 12. 6. 1999 im Wege der Gesamtrechtsnachfolge von der Wiener Stadtwerke Holding AG auf die Erstbeklagte über (BGBl I 68/1999). Die zweitbeklagte Partei ist persönlich haftende Gesellschafterin der erstbeklagten Partei.

Mit seiner Klage stellt der Kläger neben dem Zahlungsbegehren von EUR 2.500,- samt 10,75 % Zinsen (Schadenersatzbegehren) noch folgende Unterlassungsbegehren:

- a) die beklagten Parteien seien zur ungeteilten Hand schuldig, es ab sofort bei sonstiger Exekution zu unterlassen, den Fürsorgepflichten im Sinne der § 1157 ABGB bzw § 18 AngG als Arbeitgeber dem Kläger gegenüber nicht nachzukommen, sowie die Eventualbegehren,
- b) die beklagten Parteien seien zur ungeteilten Hand schuldig, es ab sofort bei sonstiger Exekution zu unterlassen, den Fürsorgepflichten im Sinne der § 1157 ABGB bzw § 18 AngG als Arbeitgeber dem Kläger gegenüber dadurch nicht nachzukommen, dass Diskriminierungen dem

Kläger gegenüber geduldet werden,  
in eventu

c) die beklagten Parteien seien zur ungeteilten Hand schuldig, es ab sofort bei sonstiger Exekution zu unterlassen, den Fürsorgepflichten im Sinne der § 1157 ABGB bzw. § 18 AngG als Arbeitgeber dem Kläger gegenüber dadurch nicht nachzukommen, dass Diskriminierungen von Seiten der Mitarbeiter des Klägers dem Kläger gegenüber geduldet werden,

in eventu

d) es zu unterlassen, den Fürsorgepflichten im Sinne der § 1157 ABGB bzw § 18 AngG als Arbeitgeber dem Kläger gegenüber dadurch nicht nachzukommen, dass Diskriminierungen von Seiten der Mitarbeiter und der Vorgesetzten des Klägers - insbesondere von Seiten Alfred T\*\*\*\*\*, Ing. Stephan L\*\*\*\*\*, Friedrich G\*\*\*\*\* und Reinhard B\*\*\*\*\* - dem Kläger gegenüber geduldet werden,

in eventu

e) die beklagten Parteien seien zur ungeteilten Hand schuldig, es ab sofort bei sonstiger Exekution zu unterlassen, den Fürsorgepflichten im Sinne der § 1157 ABGB bzw § 18 AngG als Arbeitgeber dem Kläger gegenüber dadurch nicht nachzukommen, dass Diskriminierungen, sexuelle Belästigungen und die fortgesetzten, aufeinander aufbauenden oder übergreifenden, der Anfeindung, Schikane oder Diskriminierung dienenden Verhaltensweisen der Mitarbeiter und der Vorgesetzten des Klägers - insbesondere von Seiten Alfred T\*\*\*\*\*, Ing. Stephan L\*\*\*\*\*, Friedrich G\*\*\*\*\* und Reinhard B\*\*\*\*\* - dem Kläger gegenüber geduldet werden und keine gegenteiligen schriftlichen und mündlichen, der Fürsorgepflicht entsprechenden Anweisungen an die Mitarbeiter und Vorgesetzten des Klägers ergehen,

in eventu

f) die beklagten Parteien seien schuldig, es binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu unterlassen, den Arbeitsbereich des Klägers nicht so zu organisieren, dass eine Verletzung der Fürsorgepflicht im Sinne der § 1157 ABGB bzw § 18 AngG gegenüber dem Kläger und eine Verletzung des Rechtes auf Achtung der Würde und der freien Entfaltung der Persönlichkeit des Klägers und Diskriminierungen, sexuelle Belästigungen und die fortgesetzten, aufeinander aufbauenden oder übergreifenden, der Anfeindung, Schikane oder Diskriminierung dienenden Verhaltensweisen durch mündliche und schriftliche Anweisungen an die Mitarbeiter und Vorgesetzten des Klägers - insbesondere an Alfred T\*\*\*\*\*, Ing. Stephan L\*\*\*\*\*, Friedrich G\*\*\*\*\* und Reinhard B\*\*\*\*\* - ausgeschlossen werden und ein diskriminierungs- und terrorfreies Arbeiten des Klägers gewährleistet wird,

in eventu

g) die beklagten Parteien seien schuldig, dem Kläger binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution einen seiner bisherigen Anstellung entsprechenden Arbeitsplatz zuzuweisen, auf dem die von Mitarbeitern und Vorgesetzten des Klägers - insbesondere von Seiten Alfred T\*\*\*\*\*, Ing. Stephan L\*\*\*\*\*, Friedrich G\*\*\*\*\* und Reinhard B\*\*\*\*\* - fortgesetzten, aufeinander aufbauenden oder übergreifenden, der Anfeindung, Schikane oder Diskriminierung dienenden Verhaltensweisen nicht mehr zur Auswirkung kommen.

Der Kläger stützt sich im Wesentlichen darauf, dass seitdem im Herbst 1999 bekannt geworden sei, dass der Kläger eine gleichgeschlechtliche Beziehung unterhalte, er von zahlreichen Mitarbeitern auf höchst diskriminierende Weise beschimpft verspottet und schikaniert worden sei. Er befinde sich in einer typischen "Opferrolle." Auch seitens seiner Vorgesetzten sei er ständigen Schikanen ausgesetzt. Er habe im Vergleich zu anderen Kollegen vermehrt "schlechtere Dienste" bekommen, Urlaube seien ihm nicht genehmigt worden bzw bereits genehmigte Urlaube kurzfristig ohne Angabe von Gründen seitens des Dienstgebers storniert worden. Außerdem seien ihm höhere Dienste, eine Versetzung aber auch die Pragmatisierung verweigert worden. Er werde schikanösen Kontrollen ausgesetzt. Durch diskriminierende den

Kläger betreffende Wandbeschriftungen auf den Toiletten, sowie anstößige Äußerungen seiner Mitarbeiter sei der Kläger in seiner Würde beeinträchtigt. Er sei einer sexuellen Belästigung ausgesetzt. Selbst die Mitteilung an Vorgesetzte und die Bitte um Unterstützung hätten an der systematischen Belästigung des Klägers nichts geändert; vielmehr sei er auch noch mit der Kündigung bedroht worden, es werde systematisch versucht, ihn vom Arbeitsplatz "wegzumobben". Der Dienstgeber habe seine Fürsorgepflicht, insbesondere die Pflicht, Dienstnehmer vor Belästigungen durch Mitarbeiter zu schützen, verletzt. Darüber hinaus habe der Kläger unter sinngemäßer Anwendung des WrGBG bzw sonstiger Schadenersatzrechtlicher Grundlagen einen Anspruch auf Schadenersatz wegen sexueller Belästigung. Dieser sei im ordentlichen Rechtsweg geltend zu machen. Die Gemeinde Wien sei weiter wirtschaftlicher Eigentümer. Zur Höhe des geltend gemachten Schadenersatzanspruches erstattete der Kläger noch ein weiteres Vorbringen. Zur passiven Klagslegitimation der beklagten Parteien stützte sich der Kläger darauf, dass grundsätzlich der Betrieb im Rahmen einer Gesamtrechtsnachfolge auf die Beklagten übergegangen sei. Die Regelungen des Wiener Zuweisungsgesetzes könnten schon aus kompetenzrechtlichen Überlegungen daran nichts ändern, weil der Bund zur Gesetzgebung in Arbeitsrechtssachen zuständig sei. Die Gesamtrechtsnachfolge sei aber durch das BGBl 1999/68 statuiert worden. Der Kläger sei daher Bediensteter der Erstbeklagten, die Zweitbeklagte sei persönlich haftende Gesellschafterin der erstbeklagten Partei.

Die Beklagten beantragten die Abweisung der Klage und wendeten im Wesentlichen ein, dass die Bedienstete der Gemeinde Wien, die zum Zeitpunkt der Übertragung bei den Wiener Stadtwerken beschäftigt gewesen seien, der erstbeklagten Partei nur zur Dienstleistung zugewiesen worden seien. Die Wahrnehmung sämtlicher Rechte und Pflichten als Dienstgeber obliege nach dem Wiener Zuweisungsgesetz weiter dem Magistrat der Stadt Wien. Dienstgeber des Klägers sei daher weiter die Gemeinde Wien. Daher mangle es schon an der passiven Klagslegitimation der Beklagten.

Im Übrigen seien die Vorwürfe des Klägers unrichtig. Der Kläger selbst habe ein beleidigendes, aggressives und auch präpotentes Verhalten an den Tag gelegt, was die Beklagte auch noch präzisierete. Er habe auch nie "schlechtere" Dienste bekommen. Bei der Behandlung der Urlaubswünsche müsse auch auf betriebliche Belange Rücksicht genommen werden. Seinem Versetzungsantrag sei aufgrund des Bedarfs an Personal beim Bahnhof der klagenden Partei nicht entsprochen worden. Zu bestimmten Prüfungen und Schulungen sei er wegen seiner umfangreichen Krankenstände (108 Tage 1998) nicht zugelassen worden, zu anderen aufgrund mangelhafter dienstlicher Führung und fachlicher Qualifikation. Die vorgebrachten Wandbeschriftungen auf den Toiletten seien beseitigt worden. Eine analoge Anwendung des Wiener Gleichbehandlungsgesetzes scheide aus; insoweit wäre auch der Rechtsweg unzulässig.

Der Erstgericht wies das Klagebegehren zur Gänze ab. Es folgerte dabei rechtlich im Wesentlichen, dass gemäß § 3 Abs 1 BG über die Maßnahmen anlässlich der Ausgliederung der Wiener Stadtwerke (BGBl I 68/1999) die Einbringung des Vermögens der Wiener Stadtwerke mit dem Teilunternehmen Wiener Linien als Sacheinlage in die erstbeklagte Partei im Wege der Gesamtrechtsnachfolge bewirkt worden sei. Der Kläger sei gem § 1 Abs 1 Z 3 Wiener Zuweisungsgesetz der Erstbeklagten zur Dienstleistung zugewiesen. Der Kläger sei daher weiterhin Bediensteter des Landes Wien. Nach § 1 Abs 1 und 4 Wiener Zuweisungsg habe sich an der dienst-, besoldungs- und pensionsrechtlichen Stellung nichts geändert. § 7 AÜG sehe die Anwendung des DHG und des OrgHG für das Verhältnis zwischen Beschäftigter und der überlassenen Arbeitskraft vor, nicht jedoch andere Schadenersatzansprüche. Es könne daher dahingestellt bleiben, ob Abschnitt II des AÜG auf das hier zu beurteilende Dienstverhältnis

anwendbar sei.

Das Berufungsgericht verwies allgemein darauf, dass die Ausgliederungsgesetze der Betriebsübergangs-RL genügen müssten, aber auch dem österreichischen Verfassungsrecht. Der Gleichheitssatz zwingt den Gesetzgeber aber zu keiner Versteinerung. Es werde auch nicht durchgehend ein Dienstgeberwechsel vorgesehen. Nur Ausgliederungen in Form der Privatisierung von rechtsstaatlichen Kernbereichen wären von Verfassungswidrigkeit bedroht. Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes sei vor allem darauf Bedacht zu nehmen, inwiefern durch den Arbeitgeberwechsel Rechte der Beschäftigten geschmälert werden. Hier sehe der Wiener Landesgesetzgeber ausdrücklich die Aufrechterhaltung der bisherigen Dienstgebereigenschaft vor.

Die Wahrnehmung sämtlicher Rechte und Pflichten gegenüber den zugewiesenen Personen komme weiterhin dem bisherigen Dienstgeber zu. Die Revision erachtete das Berufungsgericht als zulässig, weil eine Rechtsfrage von maßgeblicher Bedeutung vorliege.

### **Rechtssatz**

Die gegen dieses Urteil erhobene Revision des Klägers ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grunde zulässig.

Die Revision ist auch berechtigt.

Vorzustellen ist, dass die passive Klagslegitimation nach dem Inhalt des jeweils geltend gemachten Anspruch zu beurteilen ist. Der Kläger stützt sich nun auf die "Fürsorgepflicht" und stellt daraus abgeleitete Unterlassungsbegehren macht aber auch Schadenersatzansprüche - teilweise unter "sinngemäßer" Anwendung des Wiener Gleichbehandlungsgesetzes - geltend. Er stützt sich darauf, dass er "Bediensteter" der Beklagten sei, weil sein Dienstverhältnis auf diese übergegangen sei. Er hat aber auch eine solidarische Haftung dieser mit der Gemeinde Wien zugrunde gelegt. In seiner Revision macht er zusammengefasst geltend, dass sich diese Stellung als Dienstnehmer der Beklagten aus dem Bundesgesetz über die Maßnahmen anlässlich der Ausgliederung der Wiener Stadtwerke (BGBl I 68/1999) ergebe. Allenfalls entgegenstehende landesgesetzliche Regelungen des Wiener Zuweisungsgesetzes seien im Wesentlichen wegen Verstoßes gegen die Kompetenzverteilung verfassungswidrig. Der Kläger stützt sich also auf aus dem Dienstverhältnis abgeleitete Ansprüche. Damit ist primär auch die aufgeworfene Frage, zu wem dieses Dienstverhältnis besteht von Relevanz.

Dazu ist folgendes zu erwägen:

Die hier maßgebliche Bestimmung des § 3 Abs 1 des Bundesgesetzes über die Maßnahmen anlässlich der Ausgliederung der Wiener Stadtwerke (BGBl I 68/1999 im Folgenden "Ausgliederungsgesetz") sieht vor, dass die Einbringung des Vermögens der Wiener Stadtwerke mit dem Teilunternehmen Wiener Linien als Sacheinlage in Kapitalgesellschaften oder Personenhandelsgesellschaften, die in ihrem Eigentum stehen, den Rechtsübergang im Wege der Gesamtrechtsnachfolge bewirkt. Dies erfasst die eingebrachten Betriebsteile einschließlich aller dazugehörigen Rechte, Rechtsverhältnisse, Forderungen und Schulden "wie sie im Einbringungsvertrag umschrieben werden". Gerade die zuletzt genannte Einschränkung sollte schon nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu diesem Bundesgesetz die Ausnahme für die dienstrechtlichen Rechtsverhältnisse ermöglichen, weil diese einer Sonderregelung in einem Wiener Zuweisungsgesetz zugeführt werden sollten (vgl RV 1570 BlgNR 20. GP, 6).

So sieht dann auch das Wiener Landesgesetz über die Zuweisung von Bediensteten der Gemeinde Wien, Wr LGBl 17/1999 idgF) in seinem § 1 Abs 1 die "Zuweisung" der Bediensteten der Gemeinde der Gemeinde Wien an die Erstbeklagte vor.

§ 1 Abs 4 dieses Landesgesetzes bestimmt:

"Durch die Zuweisungen gemäß Abs 1 tritt in der dienst-, besoldungs- und pensionsrechtlichen Stellung der in einem öffentlichrechtlichen

Dienstverhältnis Beschäftigten bzw in der dienst- und besoldungsrechtlichen Stellung der in einem durch Vertrag begründeten Dienstverhältnis Beschäftigten keine Änderung ein. Auf diese sind daher nach wie vor die einschlägigen für Bedienstete der Gemeinde Wien geltenden dienstrechtlichen Bestimmungen, insbesondere die der Dienstordnung 1994, LGBI für Wien Nr 56, der Besoldungsordnung 1994, LGBI für Wien Nr 55, der Pensionsordnung 1995, LGBI für Wien Nr 67, des Ruhe- und Versorgungsgenusszulagegesetzes 1995, LGBI für Wien Nr 72, und das Unfallfürsorgegesetzes 1967, LGBI für Wien Nr 8/1969, für Beamte bzw die der Vertragsbedienstetenordnung 1995, LGBI für Wien Nr 50 für Vertragsbedienstete, in der jeweiligen geltenden Fassung weiter anzuwenden."

§ 3 Abs 1 des Wiener Zuweisungsgesetzes legt dann fest:

"Die Wahrnehmung sämtlicher Rechte und Pflichten als Dienstbehörde gegenüber den gemäß §§ 1 und 2 zugewiesenen Beamten bzw die Wahrnehmung sämtlicher Rechte und Pflichten als Dienstgeber gegenüber den gemäß §§ 1 und 2 zugewiesenen Vertragsbediensteten obliegt, sofern nicht nach anderen landesgesetzlichen Bestimmungen einem anderen Organ der Gemeinde Wien dienstbehördliche Aufgaben zukommen, dem Magistrat."

In § 4 des Zuweisungsgesetzes wird dann folgendes festgelegt:

"Die in § 1 Abs 1 genannten Gesellschaften sind gegenüber den ihnen jeweils zur Dienstleistung zugewiesenen Bediensteten berechtigt zur  
1. Erteilung von fachlichen Weisungen zur Gestaltung und Abwicklung der laufenden Geschäfte der Gesellschaften und  
2. Fachaufsicht bei der Besorgung der laufenden Geschäfte der Gesellschaften."

Der Oberste Gerichtshof hat nun bereits in seiner Entscheidung vom 16. 5. 2002 zu 8 ObA 185/01s (= DRdA 2003/29 [Kerschner] = ASoK 2003, 135) - allerdings betreffend einen nach dem Wiener Zuweisungsgesetz zugewiesenen Beamten - ausgesprochen, dass sich durch die Zuweisung grundsätzlich an der Stellung der Gemeinde Wien als Dienstgeber und an den aus dem Dienstverhältnis erfließenden Rechten und Pflichten nichts ändert. Dies hat auch für Vertragsbedienstete zu gelten. Die landesgesetzlichen Regelungen sind insoweit eindeutig. Nicht nur, dass in § 1 Abs 4 des Zuweisungsgesetzes ausdrücklich festgehalten wird, dass sich an der dienstrechtlichen Stellung nichts ändern soll, ordnet auch § 3 die Wahrnehmung der Rechte und Pflichten einer eigens zu errichtenden Dienststelle im Rahmen der Behördenorganisation der Gemeinde Wien zu. In diesem Zusammenhang ist auf Art 108 B-VG zu verweisen, wonach der Magistrat - der entsprechend Art 117 Abs 7 B-VG in Städten mit eigenem Statut die Funktion eines zur Besorgung der Geschäfte der Gemeinde als Hilfsorgan zuständigen Gemeindeamtes hat - im Rahmen der Bundeshauptstadt Wien ausdrücklich genannt und auch als eigene Behörde eingerichtet und dieser auch die Funktionen des Amtes der Landesregierung zugeordnet wird (vgl dazu auch Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht, Rz 874, 910 ff). Dadurch wird nun nicht der Magistrat als Behörde Dienstgeber, sondern, es wird dem Magistrat der Gemeinde Wien als deren Einrichtung nur die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben in dienstrechtlichen Fragen zugeordnet. Eines weiteren Eingehens auf die verfassungsrechtliche Einpassung der hier auch für den Bereich der Vertragsbediensteten im eigenen Wirkungsbereich vorgesehenen organisationsrechtlichen Struktur in die verfassungsrechtlichen Vorgaben (vgl zu Art 117 B-VG zum Gemeinderat aus oberstem Organ VfSlg 13.304, vgl auch Art 21 Abs 3 letzter Satz B-VG) bedarf es hier schon deshalb nicht, weil es ja um Ansprüche gegen andere - die hier Beklagten - Parteien geht.

Die verfassungsrechtlichen Ausführungen des Klägers, wonach das Wiener Zuweisungsgesetz kompetenzwidrig sei, weil es gegen die Bestimmungen des bundesrechtlichen Ausgliederungsgesetzes verstoße, vermögen aus mehreren Gründen nicht zu überzeugen. Einerseits besteht der - wenn auch kompetenzrechtlich nur unter dem Gesichtspunkt des "Berücksichtigungsgebotes" (vgl Walter/Mayer aaO Rz 298) allenfalls

zu prüfende - Widerspruch zwischen den landesgesetzlichen Regelungen und dem Bundesgesetz - wie bereits dargestellt wurde - unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien gar nicht. Wesentlicher ist aber, dass es sich hier um die Frage der Gesetzgebungskompetenz für Vertragsbedienstete der Gemeinden handelt. Dafür ist aber nicht nur - wie der Kläger vermeint - Art 10 Abs 1 Z 6 (Zivilrechtswesen) und Art 11 (Arbeitsrecht) B-VG, die eine Bundeskompetenz festlegen, zu beachten, sondern es ist auch auf Art 21 Abs 1 und 2 B-VG (vgl BGBI I 8/1999; nunmehr I 121/2001) Bedacht zu nehmen. Danach obliegt den Ländern unter anderem die Gesetzgebungskompetenz in den Angelegenheiten des Dienstrechtes einschließlich des Dienstvertragsrechtes für Gemeindebedienstete. Ausgenommen davon ist die Kompetenz zur Regelung des Arbeitnehmerschutzes, soweit diese Bediensteten in "Betrieben" beschäftigt sind (vgl dazu auch § 1 Abs 2 Z 1 ASchG). Für das Vorliegen eines "Betriebes" in diesem Sinne sprechen bei dem hier maßgeblichen "Betrieb" der Wiener Straßenbahnen wohl wesentliche Argumente (vgl dazu, dass sich der Betriebsbegriff des Arbeitnehmerschutzrechts am Betriebsbegriff des ArbVG orientiert VwGH 28. 10. 1991, 91/19/0235 = ARD 4329/22/92; dazu dass allgemein die Erfassung von Straßenbahnbetrieben bejaht wurde VwGH 11. 9 1985, 83/01/0073 = DRdA 1986, 146; zur Betriebseigenschaft der Wiener Stadtwerke-Gaswerke VfGH Arb 5.389; allgemein Kucsko-Stadlmayer in Korinek-Holoubek [Hrsg], Österreichische Bundesverfassung Art 21 Rz 15 f).

Die Zuweisung oder Übertragung von Dienstverhältnissen von Gemeindevertragsbediensteten als solche von den Gemeinden weg, stellt jedoch keine Frage des Arbeitnehmerschutzrechtes dar. Dementsprechend sind etwa auch vom Anwendungsbereich des AVRAG, das ua die Frage von Betriebsübergängen regelt, die Arbeitsverhältnisse zu den Gemeinden zur Gänze ausgenommen (vgl allerdings zur Frage der unmittelbaren Anwendung der Richtlinie OGH 8 ObA 41/03t und OGH 9 ObA 17/03m). Weiters ist wohl davon auszugehen, dass der Begriff des Arbeitnehmerschutzes im Sinne des Art 21 Abs 2 B-VG spezifische Arbeitnehmerschutzbestimmungen mit auch - öffentlich rechtlichem Charakter umfasse (wie etwa Arbeitszeitbestimmungen - vgl SZ 73/49), nicht aber die hier vom Kläger herangezogene allgemeine Fürsorgepflicht des Dienstgebers (vgl auch zum Verhältnis zu den Arbeitnehmerschutzbestimmungen Krejci in Rummel ABGB3 § 1157 Rz 15). Aus verfassungsrechtlicher Sicht lässt sich also eine Einschränkung der Gestaltungsbefugnisse des Landesgesetzgebers insoweit nicht ableiten.

Fraglich könnte sein, inwieweit die hier gewählte Lösung der bloßen Zuweisung der Gemeindevertragsbediensteten, ohne diesen die Möglichkeit zu geben, auch zum neuen Betriebsinhaber zu wechseln, für Vertragsbedienstete (vgl zu den Beamten EuGH 14. 9. 2000 Rs C-343/98 Collino, Zur Unterscheidung Kucsko-Stadlmayer, Grenzen der Ausgliederung ÖJT 2003, Band I/1, 117) gemeinschaftsrechtskonform ist (vgl allgemein B. Schwarz Rechtsprobleme der Ausgliederungen, DRdA 2002, 351 ff). Nach den Bestimmungen der Richtlinie 77/187/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen vom 14. 2. 1977, die durch die Richtlinie 98/50/EG vom 17. 7. 1998 neu gefasst wurde bzw nunmehr in die Richtlinie 2001/23/EG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen vom 12. März 2001 übergegangen ist (BetriebsübergangsRL), geht das Arbeitsverhältnis im Falle eines Betriebsüberganges auf den Betriebserwerber über; ebenso nach der Umsetzungsbestimmung des § 3 Abs 1 AVRAG. Wie bereits ausgeführt, sind jedoch gemäß § 1 Abs 2 Z 1 AVRAG vom Anwendungsbereich des Bundesgesetzes Arbeitsverhältnisse zu Ländern, Gemeindeverbänden und Gemeinden ausgenommen. Die Ausnahme

des § 1 Abs 2 Z 1 AVRAG gilt sowohl dann, wenn der Veräußerer, als auch dann, wenn der Erwerber ein Land oder eine Gemeinde ist (SZ 72/70; zuletzt 8 ObA 41/03t). Gegenüber der Gemeinde als Arbeitgeberin und Veräußererin kann daher § 3 Abs 1 AVRAG nicht angewendet werden. Der Oberste Gerichtshof hat aber bereits ausgesprochen, dass in solchen Fällen Gemeinden gegenüber die Betriebsübergangsrichtlinie unmittelbar anzuwenden ist, wenn ein Land bei der Erfüllung der Umsetzungsverpflichtungen säumig geblieben ist (vgl SZ 72/70; zuletzt 8 ObA 41/03t; 9 ObA 17/03m). Unter Berufung auf Resch (Betriebsübergang bei Ausgliederung von Gemeinde- und Landesbetrieben, in "Sozialpolitik ist Gesellschaftspolitik", FS Josef Cerny, 319 ff) und unter Hinweis auf das Gebot der richtlinienkonformen Interpretation von Gesetzen vertritt der Oberste Gerichtshof auch die Auffassung, dass bei echten Privatisierungen von Landes- bzw Gemeindebetrieben der neue Arbeitgeber grundsätzlich dem AVRAG unterliegt, weil ab dem Betriebsübergang zu ihm ein Arbeitsverhältnis, das auf einem privatrechtlichen Vertrag beruht, vorliegt und auch keine der Ausnahmen vom Geltungsbereich des AVRAG greift. Da die Gebietskörperschaft mangels Umsetzung unmittelbar der BetriebsübergangsRL unterliegt, deren Rechtsfolgen jenen des § 3 AVRAG im Wesentlichen entsprechen, greift daher die Regelung des rechtswahrenden ex-lege-Übergangs der Arbeitsverhältnisse auch beim Übergang von der Gebietskörperschaft auf den Privaten (8 ObA 41/03t und 9 ObA 17/03m; zust Stärker, Ausgliederung im Landes- und Gemeindebereich, ecolex 2003, 926).

Zu prüfen wäre im Zusammenhang mit der Frage einer ausreichenden Umsetzung der Richtlinie wohl, ob auch im Verhältnis zum Gesetz eine "Günstigkeitsprüfung", wie sie der Oberste Gerichtshof zuletzt bei der Beurteilung von Auflösungsvereinbarungen und Neubegründungen von Arbeitsverhältnissen angestellt hat (vgl 9 ObA 17/03m, vgl dazu, dass beim "Verbleib" ein ausreichender Haftungsfonds besteht, Kerschner aaO) greifen könnte, was jedoch mit der Zielrichtung der Richtlinie, dem Arbeitnehmer konkrete Rechte, zu verleihen, in einem gewissen Spannungsverhältnis steht.

Dies bedarf jedoch schon deshalb keiner näheren Erörterungen, weil der Kläger ja gar nicht behauptet, im Zusammenhang mit der Auslagerung auch nur in irgendeiner Form geltend gemacht zu haben, dass er als Bediensteter der Gemeinde Wien ausscheiden wolle und nunmehr sein Arbeitsverhältnis zu den Beklagten bestehen solle. Es entspricht aber der allgemeinen Judikatur, dass den Arbeitnehmer insoweit eine "Aufgriffsobliegenheit" trifft (vgl dazu etwa RIS-Justiz RS0028233 mwN etwa 8 ObA 44/03h). Wenngleich hier nun zu beachten ist, dass der Kläger ohnehin die gesamte Zeit bei der Beklagten im Rahmen der "Zuweisung" gearbeitet hat und daher auch deren Nachteile aus der nunmehrigen Geltendmachung des Anspruches auf "Übergang" geringer wären, ist doch im Hinblick auf den sehr erheblichen Zeitraum zwischen dem Betriebsübertragung und der offensichtlich erstmals in diesem Verfahren im Jahre 2002 erfolgten Geltendmachung des Anspruchs auf ein Arbeitsverhältnis unmittelbar zum Betriebserwerber von einer Verletzung dieser Aufgriffsobliegenheit auszugehen und kommt eine nähere Prüfung eines solchen Anspruchs schon deshalb nicht in Betracht.

Im Rahmen einer allseitigen rechtlichen Prüfung (vgl RIS-Justiz RS0043352 mwN zuletzt 8 ObA 23/04x) des geltend gemachten Anspruchs verbleibt daher die Frage, ob auch ausgehend von einem Vertragsbedienstetenverhältnis zur Gemeinde Wien ein Vertragsbediensteter im Rahmen einer Zuweisung nach dem Wiener Zuweisungsgesetz einen Anspruch auf Wahrnehmung von Fürsorgepflichten durch das Unternehmen, dem er zugewiesen wurde, hat.

Konkret geht es hier um die Frage, inwieweit die Beklagten als "Beschäftigter", denen der Vertragsbedienstete zugewiesen wurde, verpflichtet sind, behauptetem "Mobbingverhalten" anderer Beschäftigter wegen einer spezifischen sexuellen Orientierung

entgegenzutreten.

Diese Frage ist im Allgemeinen jedenfalls für den jeweiligen Arbeitgeber zu bejahen. Es gebietet schon die allgemeine Fürsorgepflicht dem Arbeitgeber, dafür zu sorgen, dass die Persönlichkeitssphäre der in seinen Betrieb eingegliederten Arbeitnehmer nicht durch unsachliche Belästigungen durch andere Arbeitnehmer beeinträchtigt wird (vgl dazu Smutny/Hopf, Mobbing - auf dem Weg zum Rechtsbegriff? DRdA 2003, 110 ff mwN insbes FN 90; ähnlich aber auch Krejci in Rummel ABGB3 § 1157 Rz 4; Pfeil in Schwimann ABGB2 § 1157 Rz 13; vgl allgemein zur Freiheit, seiner sexuellen Orientierung entsprechend zu leben OGH SZ 69/209). Dies wird aber nicht nur auf den Arbeitgeber erstreckt, sondern zumindest in gewisser Weise auch auf den, in dessen Betrieb der Arbeitnehmer in abhängiger Weise eingegliedert ist (vgl Krejci, aaO Rz 6; Pfeil aaO Rz 4 jeweils mwN). Dies entspricht im Übrigen auch der Wertung des § 6 Abs 3 AÜG, der - wenngleich zufolge § 1 Abs 2 Z 2 bei Überlassungen ua durch Gemeinden nicht anwendbar (vgl zur Frage der Anwendbarkeit des I Teils B. Schwarz aaO, Punkt 6.5) - vorsieht, dass für die Dauer der Beschäftigung den Beschäftigten die Fürsorgepflichten obliegen. Wenn eine landesrechtliche Regelung für die Vertragsbediensteten hier im Zusammenhang mit der Fürsorgepflicht fehlt, kann auf die oben dargestellten allgemeinen arbeitsvertragsrechtlichen Grundlagen zurückgegriffen werden (vgl zur "Restkompetenz" des Bundes Kucsko-Stadtlmayer in Korinek-Holoubek [Hrsg], Österreichische Bundesverfassung Art 21 Rz 19 mwN FN 48; vgl auch noch zu Art IX der B-VG Nov 1974; RIS-Justiz RS0053210; RIS-Justiz RS0053217). Eine spezifische Regelung wurde im vorliegenden Zusammenhang jedoch für die Fürsorgepflicht im Rahmen der Wiener Vertragsbedienstetenordnung 1995 nicht getroffen. Das Wiener Gleichbehandlungsgesetz bezieht sich nur auf Fragen der Diskriminierung wegen des Geschlechts, nicht aber wegen der sexuellen Orientierung. Dass zwischen diesen Bereichen klar unterschieden wird zeigt sich auch aus der Entwicklung europarechtlichen Vorgaben. Die Frage der geschlechtsspezifischen Diskriminierung wurde nicht nur im Gemeinschaftsvertrag bereits früher in Art 119 EGV (jetzt Art 141 EG) angesprochen, sondern "geschlechtsspezifische" Gleichbehandlungsrichtlinien entstanden seit 1975, etwa die Lohngleichheitsrichtlinie 75/177/EWG oder die Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG; zuletzt etwa die ÄnderungsRL 2002/73/EG. Hingegen findet sich das Verbot der Diskriminierung wegen der geschlechtlichen Orientierung auf Ebene des primären Gemeinschaftsrechts ausdrücklich angesprochen erst in Art 13 des EG-Vertrags in der durch den Vertrag von Nizza geänderten Fassung und wurde eine allgemeine Regelung im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis durch eine Richtlinie erst mit der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG geschaffen. Auch das - für Landesbedienstete nicht anwendbare (vgl § 1 Abs 2 Gleichbehandlungsgesetz) - neue Gleichbehandlungsgesetz BGBl I 66/2004 unterscheidet diese Fragen klar. Da also davon auszugehen ist, dass - auch - der Landesgesetzgeber des Wiener Gleichbehandlungsgesetzes bewusst nur die Fragen der geschlechtsspezifischen Diskriminierung erfassen wollte, scheidet die vom Kläger auch angestrebte analoge Anwendung diese Gesetze aus. Die Frage einer unmittelbaren Wirksamkeit der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG gegenüber den Beklagten und inwieweit daraus auch gegenüber einen Beschäftigten die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche unmittelbar ableitbar wären, muss hier nicht näher behandelt werden. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes können sich zwar Einzelne auf unbedingte und hinreichend genaue Bestimmungen einer Richtlinie gegenüber Organisationen oder Einrichtungen berufen, die dem Staat oder dessen Aufsicht unterstehen oder mit besonderen Rechten ausgestattet sind, wenn der Staat die Richtlinie nicht fristgemäß oder nur unzulänglich in nationales Recht umgesetzt hat (vgl OGH 9 ObA 260/02d mwN etwa



EuGH Rs C-8/81 Becker, Slg 1982, 53 ua; 103/88 Fratelli Constanzo Slg 1981, 1893; Rs C-188/89 Foster, Slg 1990, I-03313; vgl zu einer Stelle für öffentliche Telekommunikationsdienste, die von der staatlichen Verwaltung auf eine privatrechtliche Gesellschaft übergeht, die von einer öffentlichen Einrichtung gegründet worden ist, die alle Aktien dieser Gesellschaft hält die bereits genannte Entscheidung des EuGH Rs C-343/98 Collino und Chiappero Slg 2000, I-06659). Erörtert werden könnte diese Frage im Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof im Zusammenhang mit den geltend gemachten Unterlassungspflichten. Nach ständiger Rechtsprechung sind Änderungen des zwingenden Rechts, sofern nicht das Übergangsrecht anderes bestimmt, auch noch vom Rechtsmittelgericht von Amts wegen wahrzunehmen (vgl RIS-Justiz RS0106868; RIS-Justiz RS0008748; RIS-Justiz RS0031419 mwN; vgl allerdings auch zur Frage von deliktischen Schuldverhältnissen OGH 2 Ob 71/02h). Die Umsetzungsfrist für die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie ist mittlerweile ja bereits abgelaufen.

Betrachtet man nun die geltend gemachten Ansprüche, so können aber schon aus der Verletzung des auch hier anwendbaren allgemeinen Grundsatzes der Fürsorgepflicht im Rahmen des vorliegenden Beschäftigungsverhältnisses entsprechende Leistungsbegehren auf deren Einhaltung gestellt werden. Insoweit ist ein darüber hinausgehendes konkretes Recht aus der Richtlinie nicht ersichtlich. Die Grundlage für die Schadenersatzansprüche liegt aber jedenfalls vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist.

Der Kläger hat sich in seinem Schadenersatzbegehren auch darauf gestützt, dass er durch "Belästigungen" und den Umstand, dass die Beklagten diese trotz seinen Aufforderungen nicht unterbunden hätten, an Erschöpfungszuständen und Depressionen mit komprimierten Schmerzperioden von zumindest 30 Tagen leide. Dafür vermag unter den Voraussetzungen des Schadenersatzrechtes eine Verletzung der allgemeinen Fürsorgepflicht eine ausreichende Grundlage zu bieten. Es verbleibt also bei der Anwendung der allgemeinen Fürsorgepflicht des Beschäftigten.

Dazu nun, ob die vom Kläger behaupteten "Mobbinghandlungen" tatsächlich gesetzt wurden und er Abhilfe vom Arbeitgeber verlangt hat, diese aber unterblieb und dadurch die behaupteten Krankheiten mit den genannten Schmerzperioden verursacht wurden, fehlt es ebenso an Feststellungen wie zu den von der Beklagten für ihr Verhalten geltend gemachten sachlichen Gründen.

In diesem Zusammenhang werden auch die vom Kläger geltend gemachten "Unterlassungsbegehren" zu erörtern sein. Stellen sich diese doch in Wahrheit als Leistungsbegehren dar ("... ist schuldig es ... zu unterlassen, den ... Fürsorgepflichten nicht nachzukommen"). In diesem Zusammenhang wird dann auch die Frage der Bestimmtheit der gestellten Begehren zu erörtern sein (vgl RIS-Justiz RS0037452, allgemein Rechberger/Frauenberger in Rechberger ZPO2 § 226 Rz 3; vgl auch zur Erörterungspflicht RIS-Justiz RS0000263 mwN).

Da die Vorinstanzen aufgrund der vom Obersten Gerichtshof nicht geteilten Rechtsansicht hinsichtlich der mangelnden passiven Klagslegitimation der Beklagten jedoch diese Erörterungen und Feststellungen unterlassen haben, erweist sich das Verfahren als ergänzungsbedürftig und war die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückzuverweisen. Der Kostenvorbehalt fußt auf § 2 ASGG und § 52 ZPO.

#### **Anmerkung**

E74426

80bA3.04f

#### **Dokumentnummer**

JJT/20040826/OGH0002/008OBA00003/04F0000/000