



Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs Dr. Fichtenau als Vorsitzende, den Hofrat Dr. Hargassner und die Hofrätin Mag. Korn sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Martina Michor (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Dr. Andrea Eisler (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei * U*, vertreten durch Krall & Kühnl Rechtsanwälteteam in Innsbruck, gegen die beklagte Partei Land Tirol, vertreten durch die Tirol Kliniken GmbH, Anichstraße 35, 6020 Innsbruck, vertreten durch Dr. Markus Orgler, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen 86.236,61 EUR brutto sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 29. September 2021, GZ 13 Ra 27/21z-29, mit dem der Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht vom 17. Dezember 2020, GZ 48 Cga 79/19m-22, nicht Folge gegeben wurde, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Der Revision wird Folge gegeben.

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

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

[1] Der Kläger war seit 1. 9. 2003 bis jedenfalls Ende Oktober 2019 bei der beklagten Partei in der Abteilung Bau und Technik beschäftigt. Dem Dienstverhältnis lag zunächst ein mit 1. 9. 2003 datierter Dienstvertrag nach dem Landes-Vertragsbedienstetengesetz (L-VBG; nunmehr: „Gesetz über das Dienstrecht der Bediensteten des Landes Tirol“ – Landesbedienstetengesetz – LBedG) zugrunde. Mit Nachtrag vom 7. 7. 2005 wurde der Dienstvertrag „mit Wirkung vom 1. 5. 2005 in einen Sondervertrag abgeändert“. Darin wurde abweichend vom im ursprünglichen Dienstvertrag vereinbarten Entlohnungsschema für die Dauer der Verwendung als „P*“ ein Sonderentgelt vereinbart, das sich entsprechend dem Ausmaß des Gehalts eines Beamten der Dienstklasse V Gehaltsstufe 2 erhöhen sollte. Weiters sollten mit dem Sondervertrag sämtliche Entgeltansprüche aus dem Dienstverhältnis einschließlich Zulagen und Gebühren im Sinn der §§ 35, 47 und 48 L-VBG abgegolten sein.

[2] Am 26. 1. 2009 wurde ein neuerlicher „Nachtrag zum Sondervertrag“ vereinbart. Wiederum betraf die Vereinbarung nur das Entgelt und zwar für die Dauer der Ausübung der Funktion als G* in der TILAK – Abteilung Bau und Technik.

[3] Mit „Nachtrag zum Sondervertrag“ vom 26. 2. 2019 vereinbarten die Parteien eine Altersteilzeit entsprechend einer Betriebsvereinbarung.

[4] Bereits im Juni 2015 hatte der Kläger gegenüber dem Geschäftsführer der Tirol Kliniken GmbH den Wunsch nach einer Gehaltserhöhung geäußert. Dieser erwiderte, dass von Seiten der beklagten Partei ein neues Entlohnungsschema geplant sei und auf dieses gewartet werden solle, womit der Kläger einverstanden war.

[5] In weiterer Folge wurde dem Kläger von der beklagten Partei ein Übertritt in das Entlohnungsschema neu des LBedG mit einer Einstufung in die Modellstufe TNEX 2, Entlohnungsklasse 15, Entlohnungsstufe 12 angeboten. Noch vor dem 31. 12. 2019 erklärte der Kläger, in das Entlohnungsschema neu überzutreten, wobei er richtigerweise in die Modellstelle TNEX 5 einzustufen sei. Mit Schreiben vom 15. 5. 2019 hielt der Klagsvertreter ausdrücklich fest, dass der Kläger jedenfalls ausgehend von der bereits erfolgten Einstufung in die Modellstelle TNEX 2 und einer Aufzählung gemäß § 35 LBedG in das Entlohnungsschema neu wechseln wolle, wobei er jedoch die Auffassung vertrete, dass seine Einstufung in die Modellstelle TNEX 5 zu erfolgen habe. Die beklagte Partei hielt an der Einstufung des Klägers in TNEX 2 fest und übermittelte ihm den Entwurf eines „Nachtrags zum Dienstvertrag“ in diesem Sinn, der vom Kläger jedoch nicht unterfertigt wurde, weil er mit der Einstufung in die Modellstelle TNEX 2 nicht einverstanden war. In dem Entwurf wurde festgehalten, dass das Schreiben des Klägers vom 15. 5. 2019 als Übertrittserklärung gemäß §§ 81a und 81b LBedG gewertet wird.

[6] Der **Kläger** begehrt 86.236,61 EUR brutto sA als Differenz zwischen seiner tatsächlichen Entlohnung und einer

Entlohnung bei Einstufung in die Modellstelle TNEX 5 für den Zeitraum 1. 1. 2017 bis 31. 10. 2019. Er bringt vor, dass er aufgrund der von ihm in dieser Zeit verrichteten Tätigkeit richtigerweise als technischer Experte nach der Modellstelle TNEX 5 einzustufen gewesen wäre. Er habe die erforderliche Erklärung für den Übertritt in das Entlohnungsschema neu des LBedG vor dem 31. 12. 2019 abgegeben. Die beklagte Partei habe jedoch eine Überstellung nur unter der Bedingung angeboten, dass er mit einer Einstufung in die Modellstelle TNEX 2 einverstanden ist. Ein Wechsel nach §§ 81a und 81b LBedG sei jedoch bedingungsfeindlich. Dem Gesetz lasse sich nicht entnehmen, dass ein Optionsrecht nur den Dienstnehmern zustehe, die im Regelsystem des LBedG entlohnt worden seien. Auch habe der Kläger Anspruch auf die generellen Bezugserhöhungen der Landesbediensteten ab 1. 1. 2006 gehabt. Ihm sei gesagt worden, dass er in das Vergütungssystem neu übertreten könne. Da über die Einreihung keine Einigung erzielt werden konnte, habe er den Nachtrag zum Dienstvertrag nicht unterfertigt. Er sei jedoch bereits mit seiner Erklärung in das Entlohnungsschema neu übergetreten, weshalb nunmehr eine Überprüfung seiner Einreihung zu erfolgen habe. Jedenfalls sei er zumindest nach TNEX 2 zu entlohnen. Auch anderen Mitarbeitern mit Sonderverträgen sei der Übertritt in das Entlohnungsschema neu nicht verwehrt worden. Es liege daher eine betriebliche Übung vor. Zumindest verpflichte der Gleichbehandlungsgrundsatz die beklagte Partei, auch dem Kläger diese Möglichkeit einzuräumen.

[7] Hilfsweise brachte der Kläger vor, ein Sondervertrag nach § 79 LBedG sei nie abgeschlossen worden. Die TILAK – Tiroler Landeskrankenanstalten GmbH (nunmehr: Tirol Kliniken GmbH) sei nicht zum Abschluss

solcher Verträge berechtigt gewesen. Die Unterschrift auf Arbeitgeberseite sei von jemandem geleistet worden, der nicht (allein) vertretungsbefugt gewesen sei.

[8] Die **beklagte Partei** bestreitet und bringt vor, dass zwischen den Parteien ein Sondervertrag gemäß § 79 LBedG abgeschlossen worden sei. Ihrer nunmehr vertretenen Ansicht nach stehe dieser eine Option nach §§ 81a und 81b LBedG entgegen. Durch einen Sondervertrag solle im Einzelfall eine von den gesetzlichen Regelungen abweichende Entgeltvereinbarung getroffen werden. Dadurch werde das gesetzliche Entgeltsystem „ausgeschaltet“. Eine Änderung des Regelentgeltsystems könne daher einen Sondervertrag nicht berühren. Im Vertragsbedienstetenrecht könne keine vom Gesetz abweichende betriebliche Übung entstehen. Es komme daher nicht darauf an, wie sich die beklagte Partei gegenüber anderen Dienstnehmern verhalten habe. Das Begehren des Klägers müsse aber auch daran scheitern, dass er nicht unter die Modellstelle TNEX 5 einzuordnen sei.

[9] Das **Erstgericht** wies das Klagebegehren ab. Die Sonderverträge mit dem Kläger seien wirksam zustande gekommen. Der rechtswirksame Abschluss eines solchen Vertrags stehe aber der Ausübung des Optionsrechts entgegen, weil ein Übertritt nur aus dem Vergütungssystem alt in das Vergütungssystem neu gesetzlich vorgesehen sei, nicht aber aus einem Sondervertrag.

[10] Das **Berufungsgericht** gab der gegen diese Entscheidung gerichteten Berufung des Klägers nicht Folge. Mit der L-VGB-Novelle – Besoldungsreform, sei ein neues Entlohnungssystem geschaffen worden, wobei Vertragsbediensteten, deren Dienstverhältnis zum Beklagten vor dem 1. 1. 2007 begründet worden sei, ein Optionsrecht in das neue System durch schriftliche Erklärung eingeräumt

worden sei. Dieses Optionsrecht sei in der Folge auch auf die der Tirol Kliniken GmbH zur Dienstleistung zugewiesenen Bediensteten ausgeweitet worden. Aus dem Wortlaut ergebe sich kein Hinweis darauf, dass Sonderverträge von dieser Optionsmöglichkeit ausgenommen seien. Allerdings werde durch Sonderverträge von den ansonsten zwingenden Regelungen über die Entlohnung des Dienstnehmers abgewichen. Durch den Sondervertrag habe für den Kläger das Entlohnungsschema „alt“ nicht mehr gegolten, was aber implizit Voraussetzung für die Möglichkeit des Übertritts sei. Ein solcher Übertritt sei auch aus systematischen Gründen nicht zulässig. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen für Sonderverträge erforderten eine vertragliche Einigung. Eine einseitige, vom Willen des Dienstgebers unabhängige Optionserklärung würde das Schriftform- und Bezeichnungsgebot für Sonderverträge aushebeln.

[11] Entgegen der (hilfsweisen) Argumentation des Klägers sei ein wirksamer Sondervertrag abgeschlossen worden. § 3 Abs 2 lit a TILAK-Gesetz stehe dem nicht entgegen. Warum der den Nachtrag zum Dienstvertrag auf Seiten des Arbeitgebers Unterzeichnende nicht vertretungsbefugt gewesen sein solle, habe der Kläger nicht vorgebracht. Darüber hinaus sei ein allfälliger Mangel durch die nachfolgend abgeschlossenen Nachträge saniert worden. Eine vertragliche Zusage einer nicht im Gesetz vorgesehenen Übertrittsmöglichkeit, wie vom Kläger behauptet, wäre unwirksam. Eine betriebliche Übung könne den zwingenden Regelungen des Vertragsbedienstetenrechts nicht entgegenstehen.

[12] Die **ordentliche Revision** wurde vom Berufungsgericht zur Frage zugelassen, ob auch Vertragsbedienstete, die aufgrund eines Sondervertrags

beschäftigt seien, zur Ausübung der Option nach § 81a LBedG berechtigt seien.

[13] Gegen diese Entscheidung richtet sich die **Revision des Klägers** mit dem Antrag, die Urteile der Vorinstanzen dahingehend abzuändern, dass dem Klagebegehren stattgegeben wird. In eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

[14] Die beklagte Partei beantragt, die Revision zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

[15] Die Revision ist aus den vom Berufungsgericht genannten Gründen zulässig und auch berechtigt.

[16] 1. Mit der 6. L-VBG-Novelle – Besoldungsreform, LGBl Nr 96/2006 wurde im Landesbedienstetengesetz LGBl Nr 2/2001 (LBedG, damals noch L-VBG) ein neues Entlohnungssystem eingeführt. Die der TILAK – Tiroler Landeskrankenanstalten GmbH (später Tirol Kliniken GmbH) zur Dienstleistung zugewiesenen Vertragsbediensteten des Landes wurden von dieser Besoldungsreform vorerst nicht erfasst, sondern verblieben im bis dahin geltenden Entlohnungssystem. Mit der 4. LBedG-Novelle, LGBl Nr 188/2014 wurden auch diese Bediensteten mit Wirksamkeit vom 1. 1. 2015 (Gesundheitsberufe) bzw vom 1. 1. 2017 (Verwaltungs- und Betriebspersonal) in das neue Entlohnungssystem einbezogen.

[17] Dabei sollte mit der Einführung des neuen Abs 4b in § 81a LBedG Vertragsbediensteten, deren Dienstverhältnis zum Beklagten vor dem Inkrafttreten des neuen Entlohnungssystems für die TILAK begründet wurde und die vor diesem Zeitpunkt der TILAK zur Dienstleistung zugewiesen wurden, das Recht eingeräumt werden, mittels Erklärung in das neue Entlohnungssystem zu wechseln (vgl ErläutRV 448/14 Blg TirLandtag 16. GP 1, 4).

[18] Für Vertragsbedienstete, die wie der Kläger dem Verwaltungspersonal angehören, sah die Neuregelung des § 81a LBedG vor:

„(4b) Vertragsbedienstete

...

b deren Dienstverhältnis zum Land Tirol vor dem 1. Jänner 2017 begründet wurde und die als Angehörige des Verwaltungs- und Betriebspersonals der TILAK – Tiroler Landeskrankenanstalten GmbH vor diesem Zeitpunkt nach den jeweiligen dienstrechtlichen Vorschriften zur Dienstleistung zugewiesen wurden und nach dem 1. Jänner 2017 weiterhin zur Dienstleistung zugewiesen sind,

können schriftlich erklären, dass sich ihre Entlohnung nach dem 3. Abschnitt in der Fassung des Gesetzes LGBl Nr 188/2014 bestimmen soll.

Die Erklärung von Vertragsbediensteten (...) nach lit b ist bis zum Ablauf des 31. Dezember 2017 abzugeben. (...)

(5) Die Erklärung nach Abs 1, 2 oder 4b wird mit dem Ersten auf ihre Abgabe zweitfolgenden Monats wirksam. Sie ist unwiderruflich. Die Beifügung einer Bedingung ist, bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit der Erklärung, nicht zulässig.“

[19] Mit der Novelle LGBl Nr 79/2016 wurde die Frist zur Abgabe einer solchen Erklärung für Vertragsbedienstete, die Angehörige des Verwaltungs- und Betriebspersonals der (nunmehr) Tirol Kliniken GmbH sind und deren Dienstverhältnis vor dem 1. Jänner 2017 begründet wurde, bis zum Ablauf des 31. 12. 2019 verlängert. Die übrigen Bestimmungen blieben aufrecht.

[20] 2. Keine dieser Regelungen oder zu diesen Bestimmungen vorliegende Erläuterungen in den

Regierungsvorlagen enthalten eine Bezugnahme auf Vertragsbedienstete mit Sonderverträgen. Einzig in den Erläuterungen zu LGBl Nr 79/2016 (ErläutRV 321/16, Blg 16. GP 4) wird im Zusammenhang mit der Regelung der Neufestsetzung des Vorrückungstichtags darauf hingewiesen, dass die entsprechenden Bestimmungen auf Vertragsbedienstete mit einem Sondervertrag nach § 79 LBedG nicht anwendbar seien, da durch den Abschluss eines Sondervertrags ein „Opt-out“ aus den gesetzlichen Bestimmungen erfolgt sei und es gerade das Wesen des Sondervertrags sei, dass Regelungen getroffen würden, die von den gesetzlichen Mindestbestimmungen abweichen. Im Falle eines Sondervertrags leite sich der Bezug nicht vom Vorrückungstichtag ab und seien solche Verträge daher auch nicht anzupassen.

[21] Wie bereits das Berufungsgericht richtig ausgeführt hat, lässt sich aus diesen – zu einer anderen Bestimmung der selben Novelle in der Regierungsvorlage enthaltenen – Ausführung kein Rückschluss auf den Anwendungsumfang des § 81a Abs 4b lit b LBedG ziehen.

[22] 3. Geht man vom Wortlaut des Gesetzes aus, bestehen für einen Übertritt in das neue Besoldungssystem zwei Voraussetzungen. Bei Vertragsbediensteten der beklagten Partei, die – wie der Kläger – als Angehörige des Verwaltungspersonals der Tirol Kliniken GmbH zur Dienstleistung zugewiesen wurden, muss das Dienstverhältnis vor dem 1. 1. 2017 begründet worden sein. Weiters hat der Arbeitnehmer nach der zuletzt geltenden Rechtslage bis zum Ablauf des 31. 12. 2019 eine schriftliche Erklärung abzugeben, dass sich seine Entlohnung nach dem 3. Abschnitt in der Fassung des Gesetzes LGBl Nr 188/2014 bestimmen

soll. Negative Voraussetzung ist weiters, dass der Übertrittserklärung keine Bedingung beigefügt werden darf.

[23] 4. Unstrittig ist das Dienstverhältnis des Klägers vor dem 1. 1. 2017 begründet worden. Er hat weiters vor dem 31. 12. 2019 eine schriftliche Erklärung abgegeben, in das neue Gehaltsschema wechseln zu wollen. In diesem vom Klagevertreter übermittelten Schreiben wurde zwar ausgeführt, dass der Kläger die Ansicht vertritt, Anspruch auf eine höhere Einstufung als in die vom Beklagten zugrunde gelegte Modellstelle TNEX 2 zu haben, der Übertritt wurde aber nicht von einer höheren Einstufung abhängig gemacht. Die Erklärung erfolgte daher ohne Beifügung einer Bedingung. Es wurden in ihr nur die unterschiedlichen Rechtsstandpunkte über die zu erfolgende Einstufung dargestellt. Prinzipiell erfüllt daher der Kläger die Voraussetzung für eine Einstufung in das neue Gehaltsschema.

[24] 5. Die Vorinstanzen sind jedoch ebenso wie die beklagte Partei davon ausgegangen, dass ein Übertritt für Dienstnehmer mit Sondervertrag ausgeschlossen ist.

[25] 5.1. Dienstrechtsgesetze für öffentlich Bedienstete sind dadurch gekennzeichnet, dass sie für die Dienstverhältnisse zu bestimmten Körperschaften den wesentlichen Inhalt des Dienstvertrags zwingend, also weder durch Kollektivvertrag noch Betriebsvereinbarung noch Einzelvertrag abdingbar, festlegen (RS0050823 [T1]). Die gesetzlichen Rechte und Pflichten von Vertragsbediensteten können daher nur unter den im Gesetz vorgesehenen Rahmenbedingungen geändert werden (RS0029331 [T3]). Die Entlohnung von Vertragsbediensteten hat grundsätzlich nach den jeweils geltenden einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen (8 ObA 43/12z), also nach den jeweils

geltenden zwingenden Einstufungs- und Entlohnungsvorschriften zu erfolgen (9 ObA 101/14i).

[26] 5.2. § 79 Abs 1 LBedG sieht vor, dass in Ausnahmefällen in Dienstverträgen Regelungen getroffen werden können, die von den Bestimmungen dieses Gesetzes abweichen. Solche Verträge sind als Sonderverträge zu bezeichnen.

[27] 5.3. Nach der Rechtsprechung zu § 36 VBG, einer § 79 LBedG vergleichbaren Bestimmung für Vertragsbedienstete des Bundes, eröffnet diese Gesetzesstelle zwar die Möglichkeit des Abgehens von Bestimmungen des VBG, doch ist diese Möglichkeit nur für einen Ausnahmefall gegeben. Diese Gesetzesstelle schafft keineswegs eine Generalklausel dafür, zwingende Entlohnungsvorschriften des Vertragsbedienstetengesetzes hinfällig zu machen, sondern die Möglichkeit, den Fällen gerecht zu werden, in denen die Bestimmungen des VBG den besonderen Umständen des Falls nicht entsprechen können, wobei in erster Linie die Vereinbarung eines besonderen Entgelts in Frage kommt (so schon 4 Ob 88/77). Es sollen nur jene Fälle erfasst sein, die infolge der besonderen Lage im Einzelfall nach den zwingenden Normen des VBG nicht ohne weiters eingeordnet werden können und daher einer abweichenden Sonderregelung bedürfen (vgl RS0081680 [T10, T13]). Dieser Grundsatz muss nicht nur dafür gelten, ob in einem bestimmten Fall ein Sondervertrag überhaupt zulässig ist, sondern auch dafür, wie weit dieser von den Bestimmungen des VBG abgehen kann. Auch die Abweichung muss durch die Besonderheit des bestimmten Falls begründet sein und wird durch diese begrenzt (RS0081680 [T1]). Das Gesetz bietet keine Handhabe, in einem an und für sich „normalen“ Fall, in dem die Bestimmungen des VBG durchaus entsprechen und die

Einstufungs- und Entlohnungsvorschriften dem Fall angemessen sind, einen aufgrund verlangter und erbrachter Dienstleistung den Bediensteten bereits erwachsenen Anspruch auf Einstufung in eine bestimmte Entlohnungsgruppe eines bestimmten Entlohnungsschemas des VBG auf den Umweg der Sonderverträge ganz oder zum Teil zu beseitigen (9 ObA 606/90 mwN). Die Betonung des Ausnahmecharakters im Gesetz sowie der zwingende Charakter der Einstufungs- und Entlohnungsvorschriften des VBG verlangen eine strenge Auslegung, weil sonst zum Nachteil des Vertragsbediensteten diese Vorschriften sowie der Grundsatz, dass es für die Einstufung nicht auf die vereinbarte, sondern auf die tatsächlich geleisteten Dienste ankommt, auf dem Umweg über „Sonderverträge“ außer Wirksamkeit gesetzt werden könnten (9 ObA 155/07w mwN).

[28] 6. Mit dem Kläger wurden wiederholt Vereinbarungen über ein höheres als im Gesetz vorgesehenes Entgelt getroffen, die als „Sonderverträge“ bezeichnet wurden. Unterstellt man die – vom Kläger auch in der Revision noch vorsichtshalber bestrittene – Wirksamkeit dieser Sonderverträge, ist es richtig, wie die Vorinstanzen angenommen haben, dass damit die Anwendbarkeit des Entlohnungsschemas alt, also die vor Inkrafttreten der Besoldungsreform LGBl Nr 96/2006 geltenden Besoldungsregelungen für die Dauer der Ausübung einer bestimmten Leitungsfunktion abbedungen wurden und für den Zeitraum der Ausübung der befristeten höherwertigen Verwendung der zusätzliche Entgeltanspruch gebührte (*Ziehensack*, VBG [33. Lfg] § 36 Rz 58 und Rz 135).

[29] 6.1. Daraus ist aber für den Standpunkt der beklagten Partei entgegen der Ansicht der Vorinstanzen nichts zu gewinnen. § 81a LBedG stellt nicht darauf ab, ob die

Vertragsbediensteten, denen eine Optionsmöglichkeit eingeräumt wird, den Besoldungsvorschriften alt unterliegen, sondern darauf, ob zu einem bestimmten Zeitpunkt ein Vertragsverhältnis zur beklagten Partei bestand. Zwar wurde durch den Abschluss von Sonderverträgen bestimmten Bediensteten wie dem Kläger für die Dauer einer höherwertigen Verwendung in einer Leitungsfunktion ein von den generellen Regelungen abweichendes, höheres Entgelt zugestanden, das stellt aber für sich allein keinen sachlichen Grund für den Ausschluss von einer Optionsmöglichkeit in ein neues Gehaltsschema dar. Im Regelfall werden Sonderverträge deshalb geschlossen, weil aufgrund der Art der Tätigkeit, der besonderen Nachfrage oder der üblichen, in privaten Arbeitsverhältnissen zu erzielenden Entgelte eine höhere Entlohnung angemessen erscheint. Bietet das neue Entlohnungsschema demgegenüber keine Anreize, wird es zu keiner Optionserklärung kommen. Hat der Bedienstete jedoch nach dem neuen Schema gegenüber dem Sondervertrag finanzielle Vorteile, könnte ein Ausschluss von der Optionsmöglichkeit zur Folge haben, dass er schlechter gestellt wäre als vergleichbare Dienstnehmer ohne Sondervertrag. Allein der Umstand, dass ein solcher Dienstnehmer aufgrund des Sondervertrags in der Vergangenheit ein höheres Entgelt erzielt hat, rechtfertigt eine solche Schlechterstellung für die Zukunft nicht. Dem Vorbringen der beklagten Partei lassen sich auch keine anderen Gründe entnehmen, die eine Schlechterstellung rechtfertigen könnten.

[30] 6.2. Das bedeutet, dass jedenfalls in Fällen wie dem des Klägers, in denen der Sondervertrag für die Dauer einer höherwertigen Verwendung eine vom Gesetz abweichende Entgelthöhe regelt und keine sonstigen

Sonderregelungen enthält, die eine Ausnahme rechtfertigen könnten, das Vorliegen des Sondervertrags keine Grundlage für einen Ausschluss von einer Optionsmöglichkeit in ein neues Gehaltsschema bietet.

[31] 7. Richtig ist zwar, wie vom Berufungsgericht ausgeführt, dass ein Sondervertrag nur durch Parteieneinigung zustande kommt und prinzipiell daher auch nur durch (formlose) Parteienvereinbarung abgeändert werden kann (9 ObA 32/01y, *Ziehensack*, VBG [33. Lfg] § 36 Rz 172). Von den zwingenden Bestimmungen abweichende Vereinbarungen in Sonderverträgen sind aber auch, wie bereits dargelegt, jeweils im einzelnen auf ihre Wirksamkeit zu prüfen, wobei es nicht zulässig ist, ohne besondere, durch die konkreten Umstände des Einzelfalls bedingte Gründe zwingende Bestimmungen zum Nachteil des Bediensteten abzudingen (vgl RS0081680 zu § 36 VBG). Liegen aber solche Gründe nicht vor, kann allein das Bestehen eines Sondervertrags kein ausreichendes Argument dafür darstellen, dass dem Dienstnehmer ein ihm vom Gesetz eingeräumtes Recht nicht zukommt.

[32] 8.1. Auch der Kläger hat somit einen gesetzlichen Anspruch in das neue Besoldungsrecht zu optieren. Da er nach den Feststellungen eine entsprechende Erklärung fristgerecht abgegeben hat, steht ihm die Entlohnung nach diesen Bestimmungen zu.

[33] 8.2. Dazu, in welche Modellstufe der Kläger einzustufen ist, hat das Erstgericht ausgehend von seiner vom Obersten Gerichtshof nicht geteilten Rechtsansicht keine Feststellungen getroffen. Daher kann über den geltend gemachten Anspruch derzeit noch nicht abschließend entschieden werden. Vielmehr waren die Entscheidungen der

Vorinstanzen aufzuheben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufzutragen.

[34] Das Erstgericht wird im fortgesetzten Verfahren Feststellungen zur Tätigkeit des Klägers zu treffen haben, die die Beurteilung der Einstufung nach dem neuen Gehaltsschema ermöglicht.

[35] 8.3. Der Revision war daher im Sinn des Eventualbegehrens Folge zu geben.

[36] 9. Der Kostenvorbehalt gründet auf § 52 ZPO.

Oberster Gerichtshof
Wien, am 19. Dezember 2022
Dr. F i c h t e n a u
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: