

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

20.08.2008

Geschäftszahl

9ObA95/08y

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsrekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling und Dr. Hradil als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden und gefährdeten Partei Betriebsrat des Betriebes Netzbetrieb Region West, vertreten durch den Betriebsratsvorsitzenden G*****, ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG, Claudiastraße 2, 6020 Innsbruck, dieser vertreten durch Dr. Stephan Rainer, Rechtsanwalt in Innsbruck, gegen die beklagte Partei und gefährdende Partei ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG, Elisabethstraße 9, 1010 Wien, vertreten durch Lansky, Ganzger & Partner Rechtsanwälte GmbH, Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 21.600 EUR), über den Revisionsrekurs der klagenden und gefährdeten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Innsbruck als Rekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 22. April 2008, GZ 13 Ra 29/08z-8, womit der Beschluss des Landesgerichts Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht vom 5. März 2008, GZ 47 Cga 28/08p-4, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die gefährdete Partei ist schuldig, der gefährdenden Partei die mit 1.257,48 EUR (darin 209,58 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsrekursverfahrens binnen vierzehn Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Text**Begründung:**

Der Tätigkeitsbereich der beklagten und gefährdenden Partei (im Folgenden kurz Beklagte genannt) umfasst insgesamt 26 Betriebe, welche mit Betriebsvereinbarung über die Betriebsfestlegung vom 19. 4. 2005 bestimmt wurden. Einer dieser Betriebe ist der Betrieb Nr 24, der als „Netzbetrieb Region West“ bezeichnet wird. Aufgabe der Beklagten ist gemäß § 26 BundesbahnG insbesondere die eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens, in dem eine bedarfsgerechte und sichere Schieneninfrastruktur bereit gestellt, betrieben und unterhalten wird (Wartung, Inspektion und Instandsetzung), weiters obliegt der Beklagten auch die Betriebsplanung und der Vershub. Die klagende und gefährdete Partei (im Folgenden kurz Kläger genannt) vertritt die im Betrieb „Netzbetrieb Region West“ beschäftigten Dienstnehmer.

Die Beklagte errichtet derzeit die Betriebsführungszentrale Innsbruck (BFZ Innsbruck) mit Standort Innsbrucker Hauptbahnhof. Die BFZ Innsbruck soll es ermöglichen, im Endausbau den gesamten Zugverkehr von Saalfelden bis zum Bodensee von einer zentralen Stelle (Innsbruck) aus fernzusteuern und zu regeln. Die Endausbaustufe soll im Jahr 2017 erreicht werden. Bereits derzeit ist der Rohbau fertig und die Personalrekrutierung hat begonnen. In der ersten Phase der Inbetriebnahme der BFZ Innsbruck, welche für Anfang Oktober 2008 geplant ist, ist vorgesehen, dass eine Fernsteuerung vom Bahnhof Brixlegg bis zum Bahnhof Brenner erfolgen soll. Für die BFZ Innsbruck werden bei Inbetriebnahme ca 65 Mitarbeiter benötigt, wobei sich bisher insgesamt 167 Mitarbeiter hierfür beworben haben. In der Betriebsführungszentrale sind folgende Aufgabenbereiche und damit betriebliche Funktionen laut der unternehmensinternen Ausschreibung vorgesehen: Betriebskoordinator, Zuglenker, Stellbereichsfahrdienstleiter, Info-Manager, Notfall-Manager und Produktionsvorbereiter, welche zum Teil in einer rotierenden Besetzung in der BFZ Innsbruck auszuüben sind. Ausschreibungszeitraum war vom 1. 9. bis 30. 9. 2007. Als Anforderungsprofil in dieser Ausschreibung wird eine mehrjährige, mindestens fünfjährige Verwendung als Fahrdienstleiter, Disponent oder Betriebskoordinator verlangt sowie Bereitschaft zur Weiterbildung gefordert. Überdies wurden die Bewerber zur Teilnahme an einem

Testverfahren (Potentialanalyse) sowie zu einer Beurteilung durch die jeweils zuständige Führungskraft verpflichtet. Aufgrund dieser Ausschreibung haben sich 167 Mitarbeiter für das BFZ Innsbruck beworben. Hievon kamen aus der Gebietsleitung Innsbruck 60 Mitarbeiter, aus der Gebietsleitung Bludenz 17 Mitarbeiter, aus der Gebietsleitung Wörgl 68 Mitarbeiter, aus der Regionalen Verkehrsleitung in Innsbruck 21 Mitarbeiter sowie aus dem Betrieb Leoben-Donawitz ein Mitarbeiter. Die Potentialanalyse der insgesamt 167 Bewerber fand im Zeitraum 7.

1. bis 12. 2. 2008 statt und wurde von einem Psychologen der ÖBB Dienstleistungs GmbH erstellt. Derzeit ist als zweiter Schritt der Personalauswahl für die BFZ Innsbruck eine Beurteilung der 167 Bewerber durch die Führungskräfte im Gange. Zu diesem Zweck wurden von der Beklagten Führungskraft-Beurteilungsbogen zur Einschätzung von zukünftigen BFZ-Mitarbeitern erstellt. Diese Personalbeurteilungsbögen sind von der jeweiligen Führungskraft auszufüllen, welche gewisse Fähigkeiten der unterstellten Bewerber durch ein Notensystem zu beurteilen hatten, welches von „sehr gut“ über „gut“ und „mäßig“ bis „nicht gut“ reicht. Der Führungskraft-Beurteilungsbogen enthält folgende zu bewertende

Kriterien:

1. Bewertungsprofil:

Berufliche Kompetenz:

Fachliches Wissen: hat umfassendes Wissen; übergeordnetes Verständnis der Abläufe und Prozesse, Normenwissen, Betriebsstellencheck, Sicherheitskontrolle, Notfallmanagement, Betriebsmanagement, Störungsmanagement, BBK-Prozess, ...;

Genauigkeit/Präzision:

Arbeitet sehr präzise und fehlerfrei, legt hohen Wert auf Genauigkeit, Beschwerdenmanagement, Bedienung der Si-Anlage, Führung betrieblicher Unterlagen, berufliche Kommunikation, ...;

Koordinationsfähigkeit:

Erkennt durch vorausschauende Disposition schon frühzeitig mögliche Schwierigkeiten, meistert diese erfolgreich, zeitgerecht und normenkonform. Zugdisposition, Reisendeninformation, Gleisbelegung, trifft rechtzeitig die relevanten Entscheidungen, ...;

Persönlichkeitskompetenz:

Belastbarkeit/Stressresistenz:

Behält auch unter Zeitdruck den Überblick, verliert nicht die Kontrolle, hält die Arbeitsqualität auch viele Stunden hindurch hoch;

Lösungsorientiertheit:

Stellt sich Herausforderungen und findet Lösungen;

Motivation:

Innerer Antrieb - möchte sehr gute Leistungen erbringen, hohe

Identifikation mit der derzeitigen Funktion, hat Freude an der

derzeitigen Arbeit, ...;

Veränderungsbereitschaft:

Steht dem Veränderungsprozess bezüglich BFS positiv gegenüber,

positive Einstellung zu BFS, würde sich jetzt gerne verändern,

geistige Flexibilität, ...;

Verantwortungsbereitschaft:

Arbeitet selbständig und eigeninitiativ, traut sich auch in schwierigen Situationen Entscheidungen zu treffen,

trifft Entscheidungen und setzt Handlungen, ohne unnötige Rücksprache, ...;

Sozialkompetenz:

Kontaktfähigkeit/Auftreten:

Positiver Umgang mit Kollegen, tritt positiv auf, pflegt guten

Kontakt zu internen und externen Kunden, ...;

Teamfähigkeit:

Kann sich im Team gut einbringen, akzeptiert andere Meinungen, kommuniziert und diskutiert die eigene Meinung, kann mit Kritik konstruktiv umgehen, kompromissfähig, loyal dem Team und Vorgesetzten gegenüber, ...;

Wertschätzung:

Achtet Kollegen und Vorgesetzte und geht respektvoll mit ihnen um;

2. Traue ich dem Bewerber zu, in der BFZ seine zukünftigen Aufgaben gut zu erfüllen (Anmerkung: es erfolgt eine Aufforderung zu ausführlicher Begründung)?

3. Gesamteinschätzung der BFZ-Verwendung:

Potentialentscheidung (Anmerkung: gegliedert nach „sehr empfehlenswert“, „empfehlenswert“ und „derzeit nicht empfehlenswert“). Darunter sind Name und Vorname der beurteilenden Führungskraft sowie deren Funktion einzutragen, der Beurteilungsbogen ist von der Führungskraft zu datieren und zu unterschreiben. Am 3./4. 3. 2008 soll aufgrund der im Zeitraum 7. 1. bis 12. 2. 2008 durchgeführten Potentialanalyse sowie der bis dann vorliegenden ausgefüllten Führungskräfte-Beurteilungsbögen eine endgültige Personalauswahl getroffen werden. Der Zentralbetriebsrat stand der Ermittlung der Mitarbeiterpotentiale grundsätzlich positiv gegenüber, hielt jedoch nichts von einer Potentialanalyse bei Mitarbeitern, die bereits in ähnlicher Funktion wie später in der BFZ verwendet werden. Außerdem fordert der Zentralbetriebsrat für ein derartiges Verfahren zur Potentialanalyse eine Betriebsvereinbarung. Zu einer solchen kam es jedoch trotz mehrmaliger Forderungen des Zentralbetriebsrats nicht.

Am 18. 12. 2001 hatten die Österreichischen Bundesbahnen und der Zentralausschuss der Bediensteten der ÖBB eine Betriebsvereinbarung Nr 9 abgeschlossen, in deren Punkt 8. (Schlussbestimmung) es heißt:

„8.1. Diese Betriebsvereinbarung tritt mit 1. 12. 2001 in Kraft und wird für die Dauer von drei Jahren abgeschlossen. Nach Ablauf dieser Frist gilt diese Betriebsvereinbarung als unbefristet abgeschlossen, sofern die Personalvertretung das Unternehmen nicht sechs Monate vor Ablauf der dreijährigen Frist über Gegenteiliges informiert.

8.2. lautet:

Sollen während der Laufzeit dieser Vereinbarung

- Personalbeurteilungen auch als Grundlage für die Einführung leistungsbezogener Entgelte (Prämien) dienen oder
- Daten eines Personalbeurteilungssystems, die über allgemeine Angaben zur Person des Mitarbeiters und dessen fachliche Verwendung hinausgehen, automationsunterstützt verwendet werden, ist dafür eine gesonderte Betriebsvereinbarung abzuschließen."

Mit seiner Klage begehrt der Kläger 1. die Unterlassung durch die Beklagte, in ihrem Betrieb Nr 24 „Netzbetrieb Region West“ ohne Zustimmung des Klägers in Form einer Betriebsvereinbarung für die von der klagenden Partei vertretenen Mitarbeiter den Führungskraft-Beurteilungsbogen zur Einschätzung von künftigen BFZ-Mitarbeitern einzuführen, auswerten zu lassen oder in welcher Form auch immer auszuwerten oder zu verwenden und 2. die Beklagte für schuldig zu erkennen, sämtliche Führungskraft-Beurteilungsbögen zur Einschätzung von künftigen BFZ-Mitarbeitern, die die von der klagenden Partei vertretenen Mitarbeiter betreffen und welche bereits von den Führungskräften ausgefüllt sind, zu beseitigen und zu vernichten.

Zur Sicherung dieses Anspruchs beantragte der Kläger die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der Beklagten bis zum Eintritt der Rechtskraft der Hauptsachenentscheidung zu verbieten, in ihrem Betrieb Nr 24 „Netzbetrieb Region West“ für die vom Kläger vertretenen Mitarbeiter ohne Zustimmung des Klägers in Form einer Betriebsvereinbarung den FK-Beurteilungsbogen zur Einschätzung von zukünftigen BFZ-Mitarbeitern einzuführen, auswerten zu lassen oder in welcher Form auch immer auszuwerten oder zu verwenden. Für die Einführung und Verwendung der Personalbeurteilungsbögen wäre gemäß § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG eine Betriebsvereinbarung erforderlich gewesen, eine solche liege nicht vor. Überdies sei ein Verstoß gegen § 44 Abs 3 AVB gegeben, wonach nur die Eignung, bei gleicher Eignung mehrerer Bewerber der Rang und dann die persönlichen Verhältnisse der Bewerber für Beförderungen maßgeblich seien. Die AVB würden als freie Betriebsvereinbarung weiter Geltung haben. Letztlich bestehe auch noch die seinerzeit abgeschlossene Betriebsvereinbarung Nr 9, in deren Punkt 8.2. der Abschluss einer gesonderten Betriebsvereinbarung für Personalbeurteilungen vereinbart worden sei.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und des Antrags auf einstweilige Verfügung. Die Führungskräfte-Beurteilungsbögen seien durch die betriebliche Verwendung im Sinn des § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG gedeckt, sodass es keiner Zustimmung des Betriebsrats bedürft hätte. § 44 Abs 3 AVB sei nicht mehr anwendbar, da diese Bestimmung über Mitwirkungsrechte, wie sie nunmehr im anwendbaren ArbVG genannt seien, hinausgehe. Entgegen einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung könne auch keine freie Betriebsvereinbarung mehr entstehen. Im Übrigen sei die „Eignung“ bei Planstellenbesetzungen nie nur auf das Fachliche beschränkt gewesen. Verfehlt sei auch der Hinweis auf die Betriebsvereinbarung Nr 9, welche Mitarbeitergespräche regle. Im Übrigen fehle es dem Kläger hinsichtlich der Erlassung einer einstweiligen Verfügung auch an der Aktivlegitimation, weil Feststellungsklagen nach § 54 Abs 1 ASGG nicht durch Provisorialmaßnahmen gesichert werden könnten. Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Es erachtete die Zustimmungspflicht des Betriebsrats gemäß § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG für gegeben. Diesen Anspruch könne der Betriebsrat auch durch eine einstweilige Verfügung sichern lassen.

Das Rekursgericht wies den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab. Es vertrat die Rechtsauffassung, dass im vorliegenden Fall die betrieblichen Interessen überwiegen und daher gemäß § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG die Beurteilungsbögen keiner Zustimmung durch den Betriebsrat bedürften. Die Tätigkeit, für die sich die Bewerber interessierten, sei mit hoher Verantwortung verbunden, sodass über die fachlichen

Kenntnisse hinaus auch Persönlichkeits- und Sozialkompetenz gefragt sei. Gemäß Art 7 Abs 4 Z 2 des Bundesbahnstrukturgesetzes 2003, BGBl I 138/2003, seien in Einzelvereinbarungen oder in Vereinbarungen mit nach dem BBVG errichteten Personalvertretungsorganen oder mit vor Inkrafttreten des BBVG bestehenden betrieblichen Interessenvertretungen geregelte Mitwirkungsrechte der Belegschaft, die über die Mitwirkungsrechte der Belegschaft nach den Bestimmungen des ArbVG oder eines anderen Bundesgesetzes mit Ausnahme des BBVG hinausgingen, mit Ablauf des 31. 12. 2003 mit sämtlichen Rechtswirkungen außer Kraft getreten, sodass sich der Antragsteller zur Begründung eines Zustimmungsrechts auch nicht auf eine freie Betriebsvereinbarung über Personalausgleich-Planstellenbesetzung-Administration (PPA) aus dem Jahr 2000 berufen könne. Ein solches Recht könne auch nicht aus einer einzelvertraglichen Vereinbarung der Allgemeinen Vertragsbedingungen für Dienstverträge bei den ÖBB (AVB) abgeleitet werden. Selbst wenn bei der Eignungsprüfung die persönlichen Verhältnisse außer Acht gelassen worden seien, könnte daraus kein einzelvertraglicher Anspruch auf ein Zustimmungsrecht des Betriebsrats in Form einer Betriebsvereinbarung abgeleitet werden. Auch aus der Betriebsvereinbarung Nr 9 sei mangels Vorliegens der dort genannten Voraussetzungen für den Standpunkt des Klägers nichts zu gewinnen. Das Rekursgericht sprach aus, dass der Revisionsrekurs zulässig sei, weil es sich bei der hier zu beurteilenden Frage des Zustimmungsrechts des Betriebsrats im Zusammenhang mit der Einführung, Auswertung und Verwendung von Führungskraft-Beurteilungsbögen durch die Beklagte um eine erhebliche Rechtsfrage handle.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der Revisionsrekurs des Klägers mit einer Rechtsrüge und dem Antrag, die Entscheidung des Erstgerichts wiederherzustellen; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs ist zulässig, er ist aber nicht berechtigt.

Zur bestrittenen Aktivlegitimation des Klägers:

Es wurde bereits ausgesprochen (6 ObA 1/06z; 9 ObA 109/06d), dass die dem Betriebsrat zugewiesenen Mitwirkungsrechte sowohl durch einen Unterlassungs- als auch Beseitigungsanspruch durchgesetzt als auch durch eine einstweilige Verfügung gesichert werden können. In seiner Rekursbeantwortung hat der Kläger auch ausdrücklich klargestellt, dass es sich bei seinem Begehren um kein Feststellungsverfahren im Sinn des § 54 Abs 1 ASGG, sondern um eine Klage auf Unterlassung und Beseitigung zur Durchsetzung von Belegschaftsrechten handelt (AS 84).

Gemäß § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG bedarf die Einführung von Systemen zur Beurteilung von Arbeitnehmern des Betriebs zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrats, sofern mit diesen Daten erhoben werden, die nicht durch die betriebliche Verwendung gerechtfertigt sind. Dazu, welche Daten der Personalbeurteilung dienen und durch die betriebliche Verwendung gerechtfertigt sind, geben weder das Gesetz noch die Materialien weitere Hinweise (Tomandl „Bemerkungen zu den §§ 96a und 62a ArbVG“ in ZAS 1986, 181, 186). Nach Tomandl (aaO) reduziert sich der Anwendungsbereich der Z 2 auf die Erhebung von Daten, die zur Beurteilung der Einsatzfähigkeit des Arbeitnehmers für andere mögliche Verwendungen dienen oder solche, die eine Beurteilung des Arbeitnehmers im Hinblick auf Gesichtspunkte erlauben, die mit seiner Arbeitnehmerrolle überhaupt nichts zu tun haben (zB seine politische, religiöse oder weltanschauliche Einstellung), soweit eine solche Beurteilung nicht ohnedies sittenwidrig ist. Jabornegg (ArbVG³ § 96a Anm 24) vermeint, dass die Datenerhebung durch die betriebliche Verwendung jedenfalls dann gerechtfertigt ist, wenn sie dazu dient, zu beurteilen, inwieweit die Arbeitnehmer zur Erbringung der ihnen obliegenden Leistungen fähig und geeignet sind bzw für welche künftigen Aufgaben sie aufgrund ihrer Eignung eingesetzt werden können, sodass es in diesen Fällen keiner Zustimmung des Betriebsrats bedarf. Binder (in Tomandl, ArbVG § 96a Rz 34) lehrt, dass für die Zustimmungunterworfenheit nicht entscheidend ist, auf welche Weise die Beurteilungsdaten gewonnen werden, also ob durch Mitarbeitergespräch, Eignungstests, Personalfragebögen, Leistungsverhalten, (SS-Management-Center, Privatdetektiv ua). Es komme auch nicht darauf an, ob eine Gesamtbeurteilung oder Beurteilung von Teilausschnitten der Arbeitnehmerpersönlichkeit bzw einzelner Eigenschaften (zB Arbeitseffizienz, Kreativität, Kooperationsbereitschaft, Betriebsklima stabilisierend) erfolge. Die Beurteilung könne somit persönlichkeits- oder leistungsorientiert vorgenommen werden. Ihr liege jedenfalls immer eine Bewertung zu Grunde, sie begnüge sich nicht mit einer reinen Bestandsaufnahme von Fakten. Die Weite der Bewertungsspielräume hänge jedoch davon ab, ob der Faktenkranz dicht oder lose gefügt sei. Schließlich sei auch der Zweck der Beurteilung (zB für Einstellung, Entlohnungseinstufung, Beförderung, Personalvergleich bei Kündigung) nicht relevant, sofern es sich um einen betrieblichen Zweck handle und dieser noch aktuell sei. Dem Ausnahmetatbestand der Rechtfertigung durch betriebliche Verwendung lassen sich jene Daten zuordnen, die sich auf die gegenwärtige Arbeitsverwendung beziehen und für den ordnungsgemäßen Arbeitsablauf in Bezug auf Effizienz und Ergebnis erforderlich seien. Folgende Daten seien aber als „qualifizierte“ auszuscheiden und der Betriebsratszustimmung zu unterziehen: 1. die für die künftige Personalentwicklung oder doch für künftige, nicht unmittelbar bevorstehende Arbeitsverwendungen des konkreten Arbeitnehmers erhobene Daten, 2. die standardisierte Form der Mitarbeiterbeurteilung, die in manchen Fällen zu überschießenden Fragen führe, 3. Daten, die die Arbeitnehmerpersönlichkeit als Ganzes bzw in ihrer Struktur erfassen, sich also nicht auf Arbeitsleistung und Arbeitsverhalten beschränken (demgemäß lasse sich die Ermittlung politischer, weltanschaulicher oder religiöser Einstellung nicht dem Ausnahmetatbestand zuordnen; selbst die systematische

Erfassung und Bewertung von allgemeinen persönlichen Eigenschaften wie Pünktlichkeit, Zuverlässigkeit oder Verantwortungsbewusstsein seien zustimmungsbedürftig), 4. Daten die das soziale und private Umfeld des Arbeitnehmers betreffen (zB Scheidung, Tod von Angehörigen) und die Arbeitsqualität stark beeinflussen können, mit der betrieblichen Verwendung aber nichts zu tun haben sowie 5. je schwerer die verwendeten Kriterien messbar seien und je stärker auf die Erhebung von negativen Eigenschaften geachtet werde, desto eher sei von einer Zustimmungspflicht auszugehen (Binder aaO Rz 36). Nach Preiss (in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, Arbeitsverfassungsrecht III³ § 96a Erl 8) ist die Bedeutung der Wendung durch „die betriebliche Verwendung gerechtfertigt“ äußerst unklar. Zweck der Bestimmung sei wohl der Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmer, insofern sei die Regelung im Lichte der verfassungsrechtlich geschützten Sphäre der Arbeitnehmer zu sehen. Dabei seien insbesondere das Grundrecht auf Datenschutz, der Schutz der Privatsphäre und der Gleichheitsgrundsatz zu beachten. Hinter § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG stehe damit auch die Überlegung, dass eine Betriebsvereinbarung die Transparenz von Beurteilungssystemen für die Arbeitnehmer erhöhen und damit die Gefahr von Manipulationen hintanhaltend solle. Aus diesem Grund komme es auch auf die Art der erhobenen Daten und nicht darauf an, wofür die Personalbeurteilung verwendet würde. Werde eher die Persönlichkeit und weniger die konkrete Arbeitsleistung des Arbeitnehmers beurteilt, sei dies ein Fall der Zustimmungspflicht nach § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG. Gehe es also zum Beispiel um schwer objektivierbare Fähigkeiten wie Teamfähigkeit, Kreativität, Flexibilität und ähnliches, so greife die Z 2. Bei der Bewertung der konkret messbaren Arbeitsleistungen des Arbeitnehmers komme Z 2 nicht zum Tragen. Der Betriebsinhaber werde in der Regel einen Zweck der Personalbeurteilung angeben können, der mit der betrieblichen Verwendung des Arbeitnehmers in irgendeiner Weise zu tun habe. Es komme allerdings darauf an, ob eine Rechtfertigung durch diese Verwendung in dem Sinn bestehe, dass die betriebliche Arbeitsleistung ohne die Prüfung der Eignung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber in ihrem Ergebnis oder in ihrer Effizienz gefährdet wäre. Entscheidend sei die aktuelle, nicht jede in Zukunft denkbare Verwendung des Arbeitnehmers. Bei Arbeitnehmern, die selbst gegenüber anderen Arbeitnehmern in gewisser Hinsicht weisungsberechtigt seien (Vorgesetzte), werde die Rechtfertigung gewisser Personalbeurteilungen auch die Frage des Umgangs mit anderen Menschen, des Durchsetzungsvermögens und der Koordinationsfähigkeit umfassen. Bei Arbeitnehmern, die Kompetenzen zur Weisungserteilung gegenüber anderen Arbeitnehmern nicht besitzen, spielten diese Gesichtspunkte eine geringere Rolle. Die Rechtfertigung müsse sich durch die aktuelle Verwendung des Arbeitnehmers ergeben. Unsichere oder erst bei Eintritt verschiedener Bedingungen mögliche Verwendungen könnten Tests ohne Zustimmung des Betriebsrats nicht rechtfertigen. Ob das Mitwirkungsrecht nach § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG bestehe oder nicht, richte sich demnach in erster Linie nach den in der Beurteilung selbst vorgesehenen Informationsmitteilungen und Informationsverwertungen und nach den Gruppen der betroffenen Personen.

Holzer („Zur Mitbestimmung bei Personalbeurteilungssystemen: Ein Überblick über die einschlägigen Bestimmungen“ in ASok 1999, 146 ff) unterscheidet zwischen verschiedenen Bewertungsverfahren, wobei das vorliegende am ehesten als Kennzeichnungsverfahren zu beurteilen wäre. Dabei handelt es sich nach Holzer darum, dass dem Beurteilenden eine größere Anzahl von Verhaltensbeschreibungen vorzugeben ist, die dieser danach beurteilen muss, ob sie für den Beurteilenden zutreffen oder nicht. Hier werde die Mitbestimmungspflichtigkeit maßgeblich davon abhängen, welche Verhaltensweisen in die Beurteilung einbezogen würden. Die Beurteilung von Verhaltensweisen bei der Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung werde jedenfalls durch die betriebliche Verwendung gedeckt sein.

Besonders umfassend hat sich Reissner („Performance-Management“ - Konzepte und betriebliche Mitbestimmung in RdA 2003, 503 ff; ders in ZellKomm § 96a Rz 25 ff) auseinandergesetzt. Der Passus „durch die betriebliche Verwendung gerechtfertigt“ müsse eng interpretiert werden. Teleologisch betrachtet gehe es beim Einschränkungstatbestand des § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG um die Wahrung von Interessen der Arbeitnehmer einerseits und des Arbeitgebers andererseits. Der Gesetzgeber wolle dabei eine Interessenabwägung. Das Interesse der Arbeitnehmerseite bestehe im gegebenen Zusammenhang darin, Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer geschützt zu wissen und willkürliche, gegen Einzelpersonen gerichtete Vorgangsweisen hintanzuhalten. Das Interesse der Arbeitgeberseite liege dem gegenüber darin, ein wirtschaftlich schlagkräftiges Unternehmen zu haben, was nur dann möglich sei, wenn das Personal geeignet, richtig eingesetzt, motiviert und dergleichen sei. Mitarbeiterbeurteilung sei daher in gewissen Grenzen ohne Einbeziehung der Belegschaftsvertretung möglich, wenn sie allerdings zu sehr in Richtung einer Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers gehe bzw die Gefahr von Manipulationsmöglichkeiten und damit Willkür in sich berge, dann sei Mitbestimmungspflichtigkeit gegeben. Nach Meinung Reissners sei eine Subsumtion unter den vorliegenden Einschränkungstatbestand nur im Einzelfall und anhand eines sogenannten beweglichen Systems von Elementen möglich, die zum Teil anhand der in der Lehre vorgefundenen Ansätze formuliert werden könnten (ZellKomm § 96a Rz 29). Derartige Elemente seien beispielsweise: Je stärker sich die Mitarbeiterbeurteilung auf künftige, mit der derzeitigen Verwendung wenig Zusammenhang aufweisende Personalentwicklungsmaßnahmen beziehe, desto eher sei Mitbestimmungspflichtigkeit gegeben. Ein besonderes gewichtiges Indiz für Mitbestimmungspflichtigkeit sei zum Beispiel die Absicht der Arbeitgeberseite, Arbeitnehmer herauszufiltern, deren Arbeitsverhältnis aufgelöst werden solle.

Je weniger erhobene Aspekte mit der konkreten betrieblichen Verwendung zu tun haben, desto eher sei § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG angesprochen. Fließen etwa Aspekte der Privatsphäre des Arbeitnehmers ein, so sei dies schon

aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes bedenklich und daher auch nahe dem Schutzanliegen des § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG. So habe etwa der optische Eindruck, den ein Mensch biete, einiges mit Persönlichkeitsrechten zu tun, deren Beurteilung durch einen Vorgesetzten daher ein durchaus heikler Bereich sei. Je schwerer die für die Beurteilung verwendeten Kriterien messbar seien, desto eher sei Mitbestimmungspflicht gegeben. Die Beurteilung in Bezug auf das Vorliegen bestimmter Ausbildungen, von Führerscheinen und ähnlichen Befähigungen, Zeugnissen, Befunden, der Sehfähigkeit und dergleichen werde demgemäß auch dann, wenn die Aspekte mit der derzeitigen Verwendung wenig zu tun hätten, mitbestimmungsfrei sein. Um so stärker Wertungen des Beurteilenden ins Spiel kämen, um so stärker bedürfe jedoch die Arbeitnehmerseite des Schutzes und damit der Mitbestimmung.

Je stärker auf die Erhebung negativer Eigenschaften geachtet werde, welche in der Folge auch für betroffene Arbeitnehmer negative Konsequenzen haben könnten, desto eher sei § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG angesprochen. Werde zum Beispiel nur getestet, wer für besondere Qualifikationsmaßnahmen ausgewählt werden soll, dann betreffe das die betrieblichen Interessen stark, die Persönlichkeitsrechte der nicht zum Zug gekommenen Arbeitnehmer für sich eher schwach. Den Erwägungen, wonach ein Interessensvergleich zwischen Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers einerseits und konkreten betrieblichen Interessen andererseits vorzunehmen ist, schließt sich auch der erkennende Senat an. Zutreffend zeigt insbesondere Reissner auf, dass diese Abwägung grundsätzlich eine solche der konkreten Umstände des Einzelfalls sei und mit formalen Ansätzen allein nicht zu lösen sein wird. Nach den Feststellungen handelt es sich bei der BFZ-Tätigkeit, die bereits ausreichend konkret feststeht, sodass auch konkrete Anforderungsprofile den Bewerbungen zu Grunde liegen, um besonders verantwortungsvolle, sowohl im Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis als auch im Team zu erbringenden Tätigkeiten, die nicht nur an die fachliche, sondern auch an die persönliche und soziale Kompetenz besondere Anforderungen stellen. Somit wird keine Abtestung durchgeführt, ob, für bloß mögliche, in der Zukunft liegende Tätigkeiten eine Eignung vorliegt, sondern die Beurteilung für eine bereits ganz konkret in Aussicht genommene und unmittelbar bevorstehende Tätigkeit. Wenngleich der festgestellten Beurteilung durch Vorgesetzte - zwangsläufig - auch subjektive Elemente innewohnen, so kann doch nicht übersehen werden, dass sowohl die Persönlichkeits- als auch Sozialkompetenzen nicht nur allgemein, sondern im Zusammenhang mit der konkret ausgeübten Tätigkeit zu beurteilen sind. Dazu kommt noch, dass der Beurteiler auch noch eine zusammenfassende ausführliche Begründung zu geben hat (Punkt 2 des Führungskraft-Beurteilungsbogens). Da nicht alle der 167 Bewerber zum Zug kommen können, liegt es in der Natur der Sache, dass erfolgreiche Bewerber in den Genuss der ausgeschriebenen Stellen und daher auch der damit verbundenen Entlohnung kommen werden. Dies allein verschiebt aber die Interessenlage nicht in Richtung eines notwendigen Schutzes der nicht zum Zuge kommenden Arbeitnehmer. Insbesondere ist nicht bescheinigt, dass diese Beurteilungsbögen auch anderen Zwecken als der Bewerbung für die konkreten BFZ-Stellen dienen sollen. Zusammenfassend ist daher zu sagen, dass die Beurteilung im überwiegenden Interesse des Arbeitgebers steht, weil eine konkrete und unmittelbare betriebliche Verwendung bevorsteht, die diese Beurteilung ohne Zustimmung des Betriebsrats rechtfertigt. Soweit sich der Kläger auch auf die Betriebsvereinbarung „Nr 9“ Punkt

8.2. beruft, ist ihm entgegenzuhalten, dass die konkreten Beurteilungen nicht als Grundlage für die Einführung leistungsbezogener Entgelte (Prämien) dienen und auch eine automatisationsunterstützte Verwendung nicht hervorgekommen ist. Soweit sich der Kläger auch im Revisionsrekursverfahren noch auf einen Verstoß gegen § 44 Abs 3 AVB und einen einzelvertraglichen Anspruch aufgrund einer „freien“ Betriebsvereinbarung stützt, ist er nicht aktivlegitimiert. Individualansprüche können wohl Gegenstand einer Feststellungsklage nach § 54 Abs 1 ASGG sein, einen solchen Anspruch macht der Kläger, wie oben aufgezeigt, ausdrücklich nicht geltend. Gegenstand des Verfahrens ist vielmehr die Durchsetzung eines Belegschaftsrechts.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm §§ 41, 50 Abs 1 ZPO.