

TE OGH 2011/11/25 9ObA76/11h

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.11.2011

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden, den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Dehn sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Peter Krüger und Mag. Gabriele Jarosch in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei DI M***** M*****, vertreten durch Dr. Thomas Juen, Rechtsanwalt in Innsbruck, wider die beklagte Partei Universität Innsbruck, *****, vertreten durch Greiter, Pegger, Kofler & Partner, Rechtsanwälte in Innsbruck, wegen Feststellung eines aufrechten Dienstverhältnisses (24.151,40 EUR), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck vom 18. März 2011, GZ 15 Ra 24/11h-23, mit dem über die Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht vom 29. November 2010, GZ 42 Cga 92/10s-19, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

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

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Der Kläger wurde am 12. 5. 2000 nach Abschluss seines Diplomstudiums der Architektur vom Bund als Vertragsassistent am Institut für Hochbau an der Leopold Franzens Universität Innsbruck beschäftigt. Das Dienstverhältnis war vom 15. 5. 2000 bis 14. 5. 2002 befristet („erstes Dienstverhältnis“) und unterlag den Bestimmungen des Vertragsbedienstetengesetzes (VBG) 1948 sowie des Universitätsorganisationsgesetzes (UOG) 1993. Das Beschäftigungsausmaß betrug 20 Wochenstunden. Über Antrag des Klägers wurde der Dienstvertrag vom 15. 5. 2002 bis 14. 5. 2004 verlängert („zweites Dienstverhältnis“). Eine weitere Verlängerung erfolgte mit Nachtrag vom 22. 4. 2004 für die Zeit vom 15. 5. 2004 bis 14. 5. 2006 („drittes Dienstverhältnis“). Zum 14. 5. 2006 wäre eine weitere auf zwei Jahre befristete Verlängerung des Dienstverhältnisses rechtlich nicht möglich gewesen. Für eine Überleitung in ein unbefristetes Dienstverhältnis erfüllte der Kläger die Voraussetzungen nicht. Die Beklagte schrieb daher die Stelle zur Besetzung aus, was in der Folge wiederholt werden musste, weil seitens des Instituts nicht dargelegt werden konnte, dass Frauen besonders zur Bewerbung motiviert worden waren. Nachdem sich auch auf die zweite Ausschreibung keine Frau beworben hatte, bekam der Kläger die Stelle. Da sich die Stellenbesetzung durch die

zweimalige Ausschreibung verzögert hatte, wurde er erst mit Arbeitsvertrag für wissenschaftliche Mitarbeiter im Forschungs- und Lehrbetrieb vom 11. 7. 2006 für die Zeit vom 11. 7. 2006 bis 10. 7. 2010 zum halbbeschäftigten wissenschaftlichen Mitarbeiter an der Leopold Franzens Universität Innsbruck bestellt und dem Institut für experimentelle Architektur zugewiesen.

Inhaltlich verrichtete der Kläger während der gesamten Zeit seiner Tätigkeit dieselben Arbeiten, war in den drei Bereichen Lehre (70 %), Forschung (25 %) und Administration (5 %) für die Beklagte tätig und hielt die Lehrveranstaltungen Hochbau 1, Hochbau 2, Entwerfen und Orientierung ab.

In der Zeit nach dem Auslaufen der dritten Verlängerung (14. 5. 2006) und dem Abschluss des letzten Dienstvertrags mit Dienstbeginn 11. 7. 2006 („Lücke“) bestand zwischen den Streitteilen kein förmliches Dienstverhältnis. Der Kläger bezog in dieser Zeit kein Entgelt von der Beklagten. Nach Ende der dritten Verlängerung des ursprünglichen Dienstverhältnisses im Mai 2006 erhielt er eine Endabrechnung mit Auszahlung einer Abfertigung „alt“ und eine Urlaubersatzleistung für nicht konsumierten Urlaub. Der Kläger war in dieser Zeit beim AMS arbeitslos gemeldet und bezog Arbeitslosengeld, das er jedoch für die Zeit vom 7. 6. 2006 bis 10. 7. 2006 rückerstatten musste. In der Zeit der „Lücke“ erbrachte der Kläger weiterhin seine Arbeitsleistungen für die Beklagte, betreute federführend ein internationales Forschungsnetzwerk („AMM-Projekt“), war für die Institutsbibliothek zuständig, betreute die ihm für das Semester zugewiesenen Lehrveranstaltungen, insbesondere die „Übung Hochbau 2“, bis zum Ende des Semesters weiter, nahm an den Institutssitzungen teil, war in dieser Zeit vollwertiges Mitglied des Instituts, arbeitete aber auch an seiner Doktorarbeit. Er behielt seinen Arbeitsplatz und sämtliche ihm zugewiesenen Arbeitsmittel und musste den Schlüssel nicht abgeben. Es konnte nicht festgestellt werden, dass eine Übertragung der vom Kläger bis 14. 5. 2006 wahrgenommenen Tätigkeiten und Agenden auf andere Mitarbeiter der Beklagten stattfand.

Die Stelle des Klägers wurde im Jahr 2010 wieder ausgeschrieben. Er bewarb sich jedoch nicht, weil er meinte, ohnehin in einem unbefristeten Dienstverhältnis zur Beklagten zu stehen. Überdies wollte er sich nicht auf eine „pre-doc“-Stelle bewerben.

Mit der am 30. 6. 2010 erhobenen Klage begehrte der Kläger die Feststellung, dass sein mit Dienstvertrag vom 12. 5. 2000, zuletzt befristet mit Dienstvertrag vom 11. 7. 2006, begründetes Dienstverhältnis über den 10. 7. 2010 hinaus unbefristet aufrecht fortbestehe. Zusammengefasst vertrat er dazu zuletzt den Standpunkt, dass bereits die Befristung vom 22. 4. 2004 unzulässig gewesen sei, da mehrmalige unmittelbar aufeinanderfolgende befristete Verträge gemäß § 109 Abs 1 UG 2002 unzulässig seien. Ungeachtet dessen sei durch die letzte Befristung im Jahr 2006 auch die höchst zulässige Befristungsdauer von sechs Jahren nach § 109 UG 2002 überschritten worden. In der Zeit der „Lücke“ habe er für die Beklagte weitergearbeitet. Es sei allen Beteiligten klar gewesen, dass er über den 14. 5. 2006 hinaus beschäftigt werde. Er sei daher insgesamt seit 15. 5. 2000 ununterbrochen bei der Beklagten beschäftigt. Mit der am 30. 6. 2010 erhobenen Klage begehrte der Kläger die Feststellung, dass sein mit Dienstvertrag vom 12. 5. 2000, zuletzt befristet mit Dienstvertrag vom 11. 7. 2006, begründetes Dienstverhältnis über den 10. 7. 2010 hinaus unbefristet aufrecht fortbestehe. Zusammengefasst vertrat er dazu zuletzt den Standpunkt, dass bereits die Befristung vom 22. 4. 2004 unzulässig gewesen sei, da mehrmalige unmittelbar aufeinanderfolgende befristete Verträge gemäß Paragraph 109, Absatz eins, UG 2002 unzulässig seien. Ungeachtet dessen sei durch die letzte Befristung im Jahr 2006 auch die höchst zulässige Befristungsdauer von sechs Jahren nach Paragraph 109, UG 2002 überschritten worden. In der Zeit der „Lücke“ habe er für die Beklagte weitergearbeitet. Es sei allen Beteiligten klar gewesen, dass er über den 14. 5. 2006 hinaus beschäftigt werde. Er sei daher insgesamt seit 15. 5. 2000 ununterbrochen bei der Beklagten beschäftigt.

Die Beklagte bestritt, beantragte Klagsabweisung und wandte ein, mit den drei Dienstverhältnissen zwischen 12. 5. 2000 und 14. 5. 2006 sei die maximale Bestellsdauer von sechs Jahren nach § 52 Abs 2 letzter Satz VBG erreicht worden, womit sein Dienstverhältnis mit Ablauf des 14. 5. 2006 geendet habe und auch eine entsprechende Endabrechnung vorgenommen worden sei. Das Dienstverhältnis ab 11. 7. 2006 sei iSd §§ 491 ff VBG eine Erstbestellung (Neuaufnahme), womit die Bestimmung des § 52 VBG letztlich nicht anwendbar sei. Die drei Befristungen über jeweils zwei Jahren seien nach § 52 Abs 2 VBG für den „halbbeschäftigten“ Kläger zulässig gewesen. Es liege auch kein unzulässiges Kettenarbeitsverhältnis vor, weil die Arbeitsverträge mit ihm gesetzeskonform nach dem VBG bzw dem UG 2002 abgeschlossen worden seien. Allfällige im Zeitraum zwischen 15. 5. 2006 und 10. 7. 2006 erbrachte Arbeitsleistungen habe er auf eigene Initiative erbracht, ohne dass sie von der Beklagten entgegengenommen worden wären. Ein Arbeitsverhältnis sei in dieser Phase auch nicht gewollt und rechtlich nicht möglich gewesen, weil alle

derartigen Arbeitsverhältnisse unter Einbindung des Arbeitskreises für Gleichbehandlungsfragen (AKG) bei sonstiger Unwirksamkeit (§ 42 Abs 7 UG 2002) ausschreibungspflichtig gewesen seien. Die Beklagte bestritt, beantragte Klagsabweisung und wandte ein, mit den drei Dienstverhältnissen zwischen 12. 5. 2000 und 14. 5. 2006 sei die maximale Bestellsdauer von sechs Jahren nach Paragraph 52, Absatz 2, letzter Satz VBG erreicht worden, womit sein Dienstverhältnis mit Ablauf des 14. 5. 2006 geendet habe und auch eine entsprechende Endabrechnung vorgenommen worden sei. Das Dienstverhältnis ab 11. 7. 2006 sei iSd Paragraphen 49 I, ff VBG eine Erstbestellung (Neuaufnahme), womit die Bestimmung des Paragraph 52, VBG letztlich nicht anwendbar sei. Die drei Befristungen über jeweils zwei Jahren seien nach Paragraph 52, Absatz 2, VBG für den „halbbeschäftigten“ Kläger zulässig gewesen. Es liege auch kein unzulässiges Kettenarbeitsverhältnis vor, weil die Arbeitsverträge mit ihm gesetzeskonform nach dem VBG bzw dem UG 2002 abgeschlossen worden seien. Allfällige im Zeitraum zwischen 15. 5. 2006 und 10. 7. 2006 erbrachte Arbeitsleistungen habe er auf eigene Initiative erbracht, ohne dass sie von der Beklagten entgegengenommen worden wären. Ein Arbeitsverhältnis sei in dieser Phase auch nicht gewollt und rechtlich nicht möglich gewesen, weil alle derartigen Arbeitsverhältnisse unter Einbindung des Arbeitskreises für Gleichbehandlungsfragen (AKG) bei sonstiger Unwirksamkeit (Paragraph 42, Absatz 7, UG 2002) ausschreibungspflichtig gewesen seien.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren auf der Grundlage des eingangs dargestellten Sachverhalts statt. Rechtlich legte es die Bestimmung des § 52 VBG, die auch bei der zweiten Verlängerung des Dienstvertrags im Mai 2004 uneingeschränkt aufrecht gewesen sei, dar. Im Juli 2006 sei die Rechtslage insofern verändert gewesen, als mit Ablauf des 31. 12. 2003 die Bestimmungen des UG 2002 gültig gewesen seien. Gemäß § 109 UG 2002 in der im Juli 2006 gültigen Fassung konnten Arbeitsverhältnisse auf unbestimmte oder bestimmte Zeit abgeschlossen werden. Arbeitsverhältnisse auf bestimmte Zeit seien bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit des Arbeitsvertrags auf höchstens sechs Jahre zu befristen, sofern nichts anderes bestimmt sei. Gemäß Abs 2 leg cit sei eine mehrmalige unmittelbar aufeinanderfolgende Befristung nur bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die im Rahmen von Drittmittelprojekten oder Forschungsprojekten beschäftigt worden seien, bei ausschließlich in der Lehre verwendetem Personal sowie bei Ersatzkräften zulässig gewesen. Die Gesamtdauer solcher unmittelbar aufeinanderfolgender Arbeitsverhältnisse habe sechs Jahre, im Falle der Teilzeitbeschäftigung acht Jahre nicht überschreiten dürfen. Die maßgeblichen Bestimmungen des § 52 VBG, insbesondere Abs 4, der als maximale Gesamtbestellsdauer bei zeitlich befristeten Dienstverhältnissen sieben Jahre bei Vollbeschäftigung und neun Jahre bei Teilbeschäftigung festgelegt habe, sei zu diesem Zeitpunkt unverändert aufrecht gewesen. Die Lücke vom 15. 5. bis 10. 7. 2006 habe keine relevante Unterbrechung dargestellt, weil der Kläger während des gesamten Zeitraums inhaltlich die selben Tätigkeiten ausgeführt habe. Seine Arbeitsleistung und Präsenz sei von der Beklagten akzeptiert und entgegengenommen worden. Die Lücke sei nicht auf ein Verschulden des Klägers, sondern auf die Durchführung eines mangelhaften Ausschreibungsverfahrens der Beklagten zurückzuführen. Der Mangel eines förmlichen Arbeitsverhältnisses könne ihm daher nicht zum Schaden gereichen. Das Erstgericht verwies auch auf die Judikatur zu den Kettendienstverträgen, wonach der Umstand, dass zwischen zwei befristeten Arbeitsverträgen ein zeitlicher Abstand liege, die Beurteilung der aneinandergereihten Verträge als einheitliches Arbeitsverhältnis nicht ausschließe, wenn sich der Sache nach der zweite Vertrag als Fortsetzung des vorangegangenen erweise. Bei der Beurteilung, ob eine Befristung iSd § 109 Abs 2 UG zulässig sei, sei nach der Rechtsprechung auch ein schon vor dem Inkrafttreten des UG 2002 begründetes und auf die Universität übergeleitetes Dienstverhältnis zu berücksichtigen. Sowohl nach § 52 VBG als auch nach § 109 UG sei die jeweils höchstzulässige Befristungsdauer überschritten worden. Zudem wäre die Befristung des § 109 Abs 2 UG 2002 für Teilzeitbeschäftigte mit einer Dauer von bis zu acht Jahren nur auf die dort genannten Fälle anzuwenden, die auf den Kläger nicht zuträfen. Mit Ablauf der letzten Frist (Juli 2010) sei das befristete Dienstverhältnis in ein unbefristetes Dienstverhältnis übergegangen. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren auf der Grundlage des eingangs dargestellten Sachverhalts statt. Rechtlich legte es die Bestimmung des Paragraph 52, VBG, die auch bei der zweiten Verlängerung des Dienstvertrags im Mai 2004 uneingeschränkt aufrecht gewesen sei, dar. Im Juli 2006 sei die Rechtslage insofern verändert gewesen, als mit Ablauf des 31. 12. 2003 die Bestimmungen des UG 2002 gültig gewesen seien. Gemäß Paragraph 109, UG 2002 in der im Juli 2006 gültigen Fassung konnten Arbeitsverhältnisse auf unbestimmte oder bestimmte Zeit abgeschlossen werden. Arbeitsverhältnisse auf bestimmte Zeit seien bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit des Arbeitsvertrags auf höchstens sechs Jahre zu befristen, sofern nichts anderes bestimmt sei. Gemäß Absatz 2, leg cit sei eine mehrmalige unmittelbar aufeinanderfolgende Befristung nur bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die im Rahmen von Drittmittelprojekten oder Forschungsprojekten

beschäftigt worden seien, bei ausschließlich in der Lehre verwendetem Personal sowie bei Ersatzkräften zulässig gewesen. Die Gesamtdauer solcher unmittelbar aufeinanderfolgender Arbeitsverhältnisse habe sechs Jahre, im Falle der Teilzeitbeschäftigung acht Jahre nicht überschreiten dürfen. Die maßgeblichen Bestimmungen des Paragraph 52, VBG, insbesondere Absatz 4,, der als maximale Gesamtbestellungsdauer bei zeitlich befristeten Dienstverhältnissen sieben Jahre bei Vollbeschäftigung und neun Jahre bei Teilbeschäftigung festgelegt habe, sei zu diesem Zeitpunkt unverändert aufrecht gewesen. Die Lücke vom 15. 5. bis 10. 7. 2006 habe keine relevante Unterbrechung dargestellt, weil der Kläger während des gesamten Zeitraums inhaltlich die selben Tätigkeiten ausgeführt habe. Seine Arbeitsleistung und Präsenz sei von der Beklagten akzeptiert und entgegengenommen worden. Die Lücke sei nicht auf ein Verschulden des Klägers, sondern auf die Durchführung eines mangelhaften Ausschreibungsverfahrens der Beklagten zurückzuführen. Der Mangel eines förmlichen Arbeitsverhältnisses könne ihm daher nicht zum Schaden gereichen. Das Erstgericht verwies auch auf die Judikatur zu den Kettendienstverträgen, wonach der Umstand, dass zwischen zwei befristeten Arbeitsverträgen ein zeitlicher Abstand liege, die Beurteilung der aneinandergereihten Verträge als einheitliches Arbeitsverhältnis nicht ausschließe, wenn sich der Sache nach der zweite Vertrag als Fortsetzung des vorangegangenen erweise. Bei der Beurteilung, ob eine Befristung iSd Paragraph 109, Absatz 2, UG zulässig sei, sei nach der Rechtsprechung auch ein schon vor dem Inkrafttreten des UG 2002 begründetes und auf die Universität übergeleitetes Dienstverhältnis zu berücksichtigen. Sowohl nach Paragraph 52, VBG als auch nach Paragraph 109, UG sei die jeweils höchstzulässige Befristungsdauer überschritten worden. Zudem wäre die Befristung des Paragraph 109, Absatz 2, UG 2002 für Teilzeitbeschäftigte mit einer Dauer von bis zu acht Jahren nur auf die dort genannten Fälle anzuwenden, die auf den Kläger nicht zuträfen. Mit Ablauf der letzten Frist (Juli 2010) sei das befristete Dienstverhältnis in ein unbefristetes Dienstverhältnis übergegangen.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten Folge und änderte das Ersturteil im Sinne einer Klagsabweisung ab. Rechtlich führte das Berufungsgericht zusammengefasst aus, nach § 126 UG 2002 seien Bedienstete des Bundes, die am Tag vor dem vollen Wirksamwerden des UG 2002 beschäftigt gewesen seien, mit Wirksamwerden dieses Gesetzes Arbeitnehmer der Universität geworden. Nach § 126 Abs 4 UG 2002 sei hinsichtlich einer allfälligen zeitlichen Befristung des Arbeitsverhältnisses keine Änderung eingetreten. Die Universität habe die Rechte und Pflichten des Bundes fortzusetzen, wobei ab diesem Zeitpunkt das VBG 1948 zum Bestandteil des Einzelarbeitsvertrags (lex contractus) geworden sei. Die Vertragsbedienstetenverhältnisse seien nur unter den in § 32 Abs 2 und 4 VBG dargestellten besonderen Voraussetzungen kündbar gewesen. Ein befristetes Dienstverhältnis habe aber grundsätzlich mit dem ursprünglich vereinbarten Endtermin, hier dem 14. 5. 2004 als Ende des zweiten Dienstverhältnisses geendet. Ein schützenswertes Vertrauen des Arbeitnehmers auf die Aufrechterhaltung früherer Rechtspositionen sei nicht mehr zu erkennen. Wenn ein neues Dienstverhältnis begründet werde, finde dies im Anwendungsbereich des neuen Dauerrechts (UG 2002) statt und könne nur mehr auf dessen Grundlage und zu dessen Bedingungen erfolgen (9 ObA 139/06s; 8 ObA 1/08t). Schon die Rechtsfolgen der Verlängerungsvereinbarung vom 22. 4. 2004 seien daher jedenfalls nach UG 2002 zu beurteilen. Damit könne der Kläger den besonderen Kündigungsschutz des VBG nicht für sich in Anspruch nehmen, vielmehr wäre sein Dienstverhältnis nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen auflösbar gewesen. Im Hinblick auf diese Auflösungsmöglichkeit sei die Position des Klägers keineswegs der eines Universitätsprofessors vergleichbar. Damit könne auch das Ausschreibungsgebot des § 107 UG - anders als bei der unbefristeten Bestellung eines Universitätsprofessors - nicht als dem Schutz von Allgemeininteressen dienend angesehen werden und auch ein ohne Ausschreibung eingegangenes unbefristetes Dienstverhältnis zum Kläger jedenfalls nicht nichtig sein. Allerdings stehe dem Klagebegehren die Bestimmung des § 109 UG entgegen, weil befristete Arbeitsverträge - auch zusammengerechnet - grundsätzlich nicht länger als sechs Jahre dauern dürften; ein darüber hinausgehender Vertrag sei von Anfang an nichtig. Die Annahme einer bloßen Teilnichtigkeit etwa dahin, dass ein befristeter Vertrag auf sechs Jahre oder überhaupt ein Vertrag ohne Zeitbestimmung angenommen werde, sei aufgrund des klaren Gesetzeswortlautes ausgeschlossen. Der Gesetzgeber ordne vielmehr bei Verstößen gegen die Maximalfrist ausdrücklich die Rechtsunwirksamkeit des gesamten Arbeitsvertrags an. Die Sechsjahresfrist, die infolge des Inkrafttretens des UG 2002 mit 1. 1. 2004 bei Abschluss des dritten Dienstverhältnisses zu beachten gewesen sei, habe mit 14. 5. 2006 geendet und sei mit Begründung des vierten Dienstverhältnisses ab 11. 7. 2006 überschritten worden. Wenn dieses vierte Dienstverhältnis nach dem Klagsstandpunkt kein „neues, erstmaliges Dienstverhältnis“ gewesen sei, sei es von Anfang an nichtig gewesen, womit jedenfalls kein unbefristetes Arbeitsverhältnis begründet worden sei. Wenn das vierte Dienstverhältnis als ein „neues, erstmaliges Dienstverhältnis“ zu beurteilen sei, sei infolge der zulässigen Befristung ebenfalls nichts zu gewinnen. Damit komme es auf die Frage, ob für die Zeit der Lücke ein

schlüssiges Arbeitsverhältnis anzunehmen sei und ob im Hinblick auf das vom Kläger gewählte Feststellungsbegehren nicht bereits ein Leistungsbegehren hätte erhoben werden können, gar nicht mehr an. Die Revision sei zulässig, weil Rechtsprechung zur Frage, welche Rechtsfolgen aus der Bestimmung des § 109 Abs 1 UG 2002 „bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit“ abzuleiten seien, fehle. Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten Folge und änderte das Ersturteil im Sinne einer Klagsabweisung ab. Rechtlich führte das Berufungsgericht zusammengefasst aus, nach Paragraph 126, UG 2002 seien Bedienstete des Bundes, die am Tag vor dem vollen Wirksamwerden des UG 2002 beschäftigt gewesen seien, mit Wirksamwerden dieses Gesetzes Arbeitnehmer der Universität geworden. Nach Paragraph 126, Absatz 4, UG 2002 sei hinsichtlich einer allfälligen zeitlichen Befristung des Arbeitsverhältnisses keine Änderung eingetreten. Die Universität habe die Rechte und Pflichten des Bundes fortzusetzen, wobei ab diesem Zeitpunkt das VBG 1948 zum Bestandteil des Einzelarbeitsvertrags (lex contractus) geworden sei. Die Vertragsbedienstetenverhältnisse seien nur unter den in Paragraph 32, Absatz 2 und 4 VBG dargestellten besonderen Voraussetzungen kündbar gewesen. Ein befristetes Dienstverhältnis habe aber grundsätzlich mit dem ursprünglich vereinbarten Endtermin, hier dem 14. 5. 2004 als Ende des zweiten Dienstverhältnisses geendet. Ein schützenswertes Vertrauen des Arbeitnehmers auf die Aufrechterhaltung früherer Rechtspositionen sei nicht mehr zu erkennen. Wenn ein neues Dienstverhältnis begründet werde, finde dies im Anwendungsbereich des neuen Dauerrechts (UG 2002) statt und könne nur mehr auf dessen Grundlage und zu dessen Bedingungen erfolgen (9 ObA 139/06s; 8 ObA 1/08t). Schon die Rechtsfolgen der Verlängerungsvereinbarung vom 22. 4. 2004 seien daher jedenfalls nach UG 2002 zu beurteilen. Damit könne der Kläger den besonderen Kündigungsschutz des VBG nicht für sich in Anspruch nehmen, vielmehr wäre sein Dienstverhältnis nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen auflösbar gewesen. Im Hinblick auf diese Auflösungsmöglichkeit sei die Position des Klägers keineswegs der eines Universitätsprofessors vergleichbar. Damit könne auch das Ausschreibungsgebot des Paragraph 107, UG - anders als bei der unbefristeten Bestellung eines Universitätsprofessors - nicht als dem Schutz von Allgemeininteressen dienend angesehen werden und auch ein ohne Ausschreibung eingegangenes unbefristetes Dienstverhältnis zum Kläger jedenfalls nicht nichtig sein. Allerdings stehe dem Klagebegehren die Bestimmung des Paragraph 109, UG entgegen, weil befristete Arbeitsverträge - auch zusammengerechnet - grundsätzlich nicht länger als sechs Jahre dauern dürften; ein darüber hinausgehender Vertrag sei von Anfang an nichtig. Die Annahme einer bloßen Teilnichtigkeit etwa dahin, dass ein befristeter Vertrag auf sechs Jahre oder überhaupt ein Vertrag ohne Zeitbestimmung angenommen werde, sei aufgrund des klaren Gesetzeswortlautes ausgeschlossen. Der Gesetzgeber ordne vielmehr bei Verstößen gegen die Maximalfrist ausdrücklich die Rechtsunwirksamkeit des gesamten Arbeitsvertrags an. Die Sechsjahresfrist, die infolge des Inkrafttretens des UG 2002 mit 1. 1. 2004 bei Abschluss des dritten Dienstverhältnisses zu beachten gewesen sei, habe mit 14. 5. 2006 geendet und sei mit Begründung des vierten Dienstverhältnisses ab 11. 7. 2006 überschritten worden. Wenn dieses vierte Dienstverhältnis nach dem Klagsstandpunkt kein „neues, erstmaliges Dienstverhältnis“ gewesen sei, sei es von Anfang an nichtig gewesen, womit jedenfalls kein unbefristetes Arbeitsverhältnis begründet worden sei. Wenn das vierte Dienstverhältnis als ein „neues, erstmaliges Dienstverhältnis“ zu beurteilen sei, sei infolge der zulässigen Befristung ebenfalls nichts zu gewinnen. Damit komme es auf die Frage, ob für die Zeit der Lücke ein schlüssiges Arbeitsverhältnis anzunehmen sei und ob im Hinblick auf das vom Kläger gewählte Feststellungsbegehren nicht bereits ein Leistungsbegehren hätte erhoben werden können, gar nicht mehr an. Die Revision sei zulässig, weil Rechtsprechung zur Frage, welche Rechtsfolgen aus der Bestimmung des Paragraph 109, Absatz eins, UG 2002 „bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit“ abzuleiten seien, fehle.

Dagegen richtet sich die Revision des Klägers mit dem Antrag, das Berufungsurteil im klagsstattgebenden Sinn abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte begehrt, der Revision keine Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig und im Sinne des Aufhebungsantrags auchberechtigt.

1. Im Revisionsverfahren gesteht auch die Beklagte zu, dass ab dem 1. 1. 2004, dem Zeitpunkt des Vollwirksamwerdens des UG 2002, abgeschlossene Verträge einschließlich Verlängerungsvereinbarungen „alter“ befristeter Dienstverhältnisse nach dem VBG am neuen Dauerrecht des UG 2002 zu messen sind. Das entspricht auch der Entscheidung 9 ObA 139/06s, in der zur Anwendung des UG 2002 auf vor dessen Inkrafttreten befristet abgeschlossene, danach „verlängerte“ Dienstverhältnisse aus § 126 Abs 4 UG 2002 abgeleitet wurde, dass ein auf die Universität übergeleitetes befristetes Arbeitsverhältnis unverändert von der Universität fortgesetzt wird und mit dem

ursprünglich vereinbarten Endtermin endet. Die Universität hat nunmehr zu entscheiden, ob sie es bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses belässt oder ob sie ein weiteres Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer begründet. Die Begründung eines weiteren Arbeitsverhältnisses, nunmehr durch die Universität, findet aber im Anwendungsbereich des neuen Dauerrechts statt und kann daher nur mehr auf dessen Grundlage und zu dessen Bedingungen erfolgen (vgl dazu auch Schrammel in Mayer, UG § 126 Anm IV.8.).1. Im Revisionsverfahren gesteht auch die Beklagte zu, dass ab dem 1. 1. 2004, dem Zeitpunkt des Vollwirksamwerdens des UG 2002, abgeschlossene Verträge einschließlich Verlängerungsvereinbarungen „alter“ befristeter Dienstverhältnisse nach dem VBG am neuen Dauerrecht des UG 2002 zu messen sind. Das entspricht auch der Entscheidung 9 ObA 139/06s, in der zur Anwendung des UG 2002 auf vor dessen Inkrafttreten befristet abgeschlossene, danach „verlängerte“ Dienstverhältnisse aus Paragraph 126, Absatz 4, UG 2002 abgeleitet wurde, dass ein auf die Universität übergeleitetes befristetes Arbeitsverhältnis unverändert von der Universität fortgesetzt wird und mit dem ursprünglich vereinbarten Endtermin endet. Die Universität hat nunmehr zu entscheiden, ob sie es bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses belässt oder ob sie ein weiteres Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer begründet. Die Begründung eines weiteren Arbeitsverhältnisses, nunmehr durch die Universität, findet aber im Anwendungsbereich des neuen Dauerrechts statt und kann daher nur mehr auf dessen Grundlage und zu dessen Bedingungen erfolgen vergleiche dazu auch Schrammel in Mayer, UG Paragraph 126, Anmerkung römisch vier.8.).

Umstände, die eine bei Abschluss des dritten Dienstvertrags vorrangige Kontrahierungspflicht der Beklagten und einen entsprechenden Rechtsanspruch des Klägers auf eine Verlängerungsvereinbarung nach dem VBG begründen könnten (s dazu Grimm in Pfeil, Personalrecht der Universitäten, § 126 UG Rz 7; Reissner, Möglichkeiten und Grenzen der Gestaltung von Arbeitsverträgen an Universitäten - Befristungen, Konkurrenzklauseln und Ausbildungskostenklauseln, in Reissner/Tinhofer, Das neue Universitätsarbeitsrecht [2007] 39 ff, 60; Windisch-Graetz, Die Beschäftigungsgruppen nach dem UG 2002 - Probleme der Personalüberleitung, in Reissner/Tinhofer, aaO 5 ff, 1 ff), wurden nicht festgestellt. Danach ist auch das mit Nachtrag vom 22. 4. 2004 abgeschlossene „dritte Dienstverhältnis“ vom 15. 5. 2004 bis 14. 5. 2006 nach § 109 UG 2002 zu beurteilen. Umstände, die eine bei Abschluss des dritten Dienstvertrags vorrangige Kontrahierungspflicht der Beklagten und einen entsprechenden Rechtsanspruch des Klägers auf eine Verlängerungsvereinbarung nach dem VBG begründen könnten (s dazu Grimm in Pfeil, Personalrecht der Universitäten, Paragraph 126, UG Rz 7; Reissner, Möglichkeiten und Grenzen der Gestaltung von Arbeitsverträgen an Universitäten - Befristungen, Konkurrenzklauseln und Ausbildungskostenklauseln, in Reissner/Tinhofer, Das neue Universitätsarbeitsrecht [2007] 39 ff, 60; Windisch-Graetz, Die Beschäftigungsgruppen nach dem UG 2002 - Probleme der Personalüberleitung, in Reissner/Tinhofer, aaO 5 ff, 1 ff), wurden nicht festgestellt. Danach ist auch das mit Nachtrag vom 22. 4. 2004 abgeschlossene „dritte Dienstverhältnis“ vom 15. 5. 2004 bis 14. 5. 2006 nach Paragraph 109, UG 2002 zu beurteilen.

2. § 109 UG 2002 in der hier maßgeblichen Fassung des BGBl I Nr 120/2002 lautet: 2. Paragraph 109, UG 2002 in der hier maßgeblichen Fassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 120 aus 2002, lautet:

§ 109 (1) Arbeitsverhältnisse können auf unbestimmte oder bestimmte Zeit abgeschlossen werden. Arbeitsverhältnisse auf bestimmte Zeit sind bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit des Arbeitsvertrags auf höchstens sechs Jahre zu befristen, sofern in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist. Paragraph 109, (1) Arbeitsverhältnisse können auf unbestimmte oder bestimmte Zeit abgeschlossen werden. Arbeitsverhältnisse auf bestimmte Zeit sind bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit des Arbeitsvertrags auf höchstens sechs Jahre zu befristen, sofern in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist.

(2) Eine mehrmalige unmittelbar aufeinanderfolgende Befristung ist nur bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die im Rahmen von Drittmittelprojekten oder Forschungsprojekten beschäftigt werden, bei ausschließlich in der Lehre verwendetem Personal sowie bei Ersatzkräften zulässig. Die Gesamtdauer solcher unmittelbar aufeinanderfolgender Arbeitsverhältnisse einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers darf sechs Jahre, im Fall der Teilzeitbeschäftigung acht Jahre nicht überschreiten.

Die beiden Absätze geben klar zu erkennen, dass zwischen dem - mit Ausnahme der Höchstbefristung - unter keinen weiteren Voraussetzungen stehenden einmaligen Abschluss eines befristeten Arbeitsverhältnisses einerseits (Abs 1) und mehrmaligen unmittelbar aufeinander folgenden Befristungen andererseits (Abs 2) zu unterscheiden ist. Die beiden Absätze geben klar zu erkennen, dass zwischen dem - mit Ausnahme der Höchstbefristung - unter keinen weiteren Voraussetzungen stehenden einmaligen Abschluss eines befristeten Arbeitsverhältnisses einerseits (Absatz

eins,) und mehrmaligen unmittelbar aufeinander folgenden Befristungen andererseits (Absatz 2,) zu unterscheiden ist.

Bereits zu 8 ObA 1/08t wurde ausgesprochen, dass bei der Beurteilung, ob eine Befristung im Sinne dieser Bestimmung zulässig ist, auch ein schon vor dem Inkrafttreten des UG 2002 begründetes und auf die Universität übergeleitetes befristetes Dienstverhältnis zu berücksichtigen ist. In dieser Entscheidung wurde auch festgehalten, dass nach dem klaren Wortlaut des § 109 Abs 2 UG 2002 eine mehrmalige unmittelbar aufeinander folgende Befristung nur bei Arbeitnehmern oder Arbeitnehmerinnen zulässig ist, die eine der dort angeführten Voraussetzungen erfüllen. Diese Ansicht teilen auch Reissner (aaO 48 f), Dumpelnic (Universitätsarbeitsrecht [2008] 83) und Löschnigg/Rainer (Aneinanderreihung von (befristeten) Arbeitsverträgen nach Universitätsgesetz 2002, in Funk, Öffentliche Universitäten im wirtschaftlichen Wettbewerb [2010], 111 ff, 117 ff; s auch Schrammel in Mayer, aaO § 109 Anm V.3.; aA Kiesel-Szontagh, Kettenarbeitsverträge im Bereich des wissenschaftlichen Universitätspersonals zulässig? ecolex 2007, 365). Bereits zu 8 ObA 1/08t wurde ausgesprochen, dass bei der Beurteilung, ob eine Befristung im Sinne dieser Bestimmung zulässig ist, auch ein schon vor dem Inkrafttreten des UG 2002 begründetes und auf die Universität übergeleitetes befristetes Dienstverhältnis zu berücksichtigen ist. In dieser Entscheidung wurde auch festgehalten, dass nach dem klaren Wortlaut des Paragraph 109, Absatz 2, UG 2002 eine mehrmalige unmittelbar aufeinander folgende Befristung nur bei Arbeitnehmern oder Arbeitnehmerinnen zulässig ist, die eine der dort angeführten Voraussetzungen erfüllen. Diese Ansicht teilen auch Reissner (aaO 48 f), Dumpelnic (Universitätsarbeitsrecht [2008] 83) und Löschnigg/Rainer (Aneinanderreihung von (befristeten) Arbeitsverträgen nach Universitätsgesetz 2002, in Funk, Öffentliche Universitäten im wirtschaftlichen Wettbewerb [2010], 111 ff, 117 ff; s auch Schrammel in Mayer, aaO Paragraph 109, Anmerkung , römisch fünf.3.; aA Kiesel-Szontagh, Kettenarbeitsverträge im Bereich des wissenschaftlichen Universitätspersonals zulässig? ecolex 2007, 365).

Zwischen den Streitteilen ist nicht strittig, dass beim Kläger keiner der Ausnahmetatbestände des § 109 Abs 2 UG 2002 (Beschäftigung im Rahmen von Drittmittel- oder Forschungsprojekt, Lehrpersonal, Ersatzkraft) gegeben ist. Angesichts dessen, dass mit ihm bereits zwei befristete Dienstverhältnisse in unmittelbarer Folge abgeschlossen worden waren, bei Abschluss der weiteren Vereinbarung am 22. 4. 2004 die Voraussetzungen des Abs 2 für eine weitere Befristung jedoch nicht vorlagen, kann bereits die Befristung des „dritten“ Dienstverhältnisses nicht mehr als zulässig angesehen werden (idS auch Reissner, aaO 60; Windisch-Graetz, aaO 13). Zwischen den Streitteilen ist nicht strittig, dass beim Kläger keiner der Ausnahmetatbestände des Paragraph 109, Absatz 2, UG 2002 (Beschäftigung im Rahmen von Drittmittel- oder Forschungsprojekt, Lehrpersonal, Ersatzkraft) gegeben ist. Angesichts dessen, dass mit ihm bereits zwei befristete Dienstverhältnisse in unmittelbarer Folge abgeschlossen worden waren, bei Abschluss der weiteren Vereinbarung am 22. 4. 2004 die Voraussetzungen des Absatz 2, für eine weitere Befristung jedoch nicht vorlagen, kann bereits die Befristung des „dritten“ Dienstverhältnisses nicht mehr als zulässig angesehen werden (idS auch Reissner, aaO 60; Windisch-Graetz, aaO 13).

3. Die Rechtsfolge einer unzulässigen Mehrfachbefristung wird in § 109 UG 2002 nicht explizit angesprochen. Das Berufungsgericht hat für seinen Standpunkt - gänzlich unwirksames Arbeitsverhältnis - den Wortlaut des Abs 1 („bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit“) und die daran anknüpfende Ansicht von Schrammel ins Treffen geführt. Der Beurteilung nach Abs 1 leg cit steht allerdings entgegen, dass die Streitteile mit dem dritten Dienstverhältnis kein singuläres befristetes Dienstverhältnis, sondern ein weiteres, den beiden vorangegangenen Dienstverhältnissen unmittelbar folgendes befristetes Dienstverhältnis schließen wollten, sodass Abs 1 schon tatbestandlich nicht erfüllt ist. 3. Die Rechtsfolge einer unzulässigen Mehrfachbefristung wird in Paragraph 109, UG 2002 nicht explizit angesprochen. Das Berufungsgericht hat für seinen Standpunkt - gänzlich unwirksames Arbeitsverhältnis - den Wortlaut des Absatz eins, („bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit“) und die daran anknüpfende Ansicht von Schrammel ins Treffen geführt. Der Beurteilung nach Absatz eins, leg cit steht allerdings entgegen, dass die Streitteile mit dem dritten Dienstverhältnis kein singuläres befristetes Dienstverhältnis, sondern ein weiteres, den beiden vorangegangenen Dienstverhältnissen unmittelbar folgendes befristetes Dienstverhältnis schließen wollten, sodass Absatz eins, schon tatbestandlich nicht erfüllt ist.

Eben für eine solche Konstellation wurde bereits in der Entscheidung 8 ObA 1/08t ausgesprochen, dass die Parteien daher nur mehr ein unbefristetes Dienstverhältnis vereinbaren konnten. Die dort mangelnde Einigung über die Dauer des Vertrags wurde als nicht relevant erachtet, „weil schon das tatsächlich erzielte Einvernehmen, in einem Arbeitsverhältnis Arbeit zu leisten bzw entgegenzunehmen, mangels möglicher Alternativen als Vereinbarung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses zu werten ist“.

Dies steht zum einen auch im Einklang mit den Erläuterungen zu § 109 Abs 2 UG 2002, wonach ein die Gesamtdauer der Befristungen übersteigendes Arbeitsverhältnis - anders als nach Abs 1 - als unbefristetes Arbeitsverhältnis gelten soll (RV 1134 BlgNR 21. GP 100; AB 1224 BlgNR 21. GP 12). Zum anderen gibt auch die in der Literatur zur Rechtsfolge des Abs 1 („bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit“) geäußerte Kritik keinen Anlass, diese Rechtsfolge - entgegen dem zu 8 ObA 1/08t gewonnenen Ergebnis eines unbefristeten Dienstvertrags - auf Fälle einer unzulässigen Mehrfachbefristung zu übertragen: Zwar geht Schrammel, aaO Anm I.2., zu Abs 1 aufgrund des Wortlauts der Bestimmung von einer Totalnichtigkeit des unzulässig befristeten Vertrags aus. Dem steht aber die überwiegende kritische Lehre (Pfeil in Pfeil, Personalrecht der Universitäten, § 109 UG Rz 6, Reissner, aaO 45, Dumpelnik aaO 124) gegenüber, die von einer nur ex nunc wirkenden Nichtigkeit ausgeht. Hervorzuheben ist hier insbesondere die Kritik von Löschnigg/Rainer, aaO 143 f, die zu einer möglichen Totalunwirksamkeit des Arbeitsvertrags ausführen, Ziel der Regelung sei die Vermeidung übermäßig langer Befristungen. Die Verpflichtung zur Einhaltung des § 109 UG treffe primär den/die Arbeitgeber/in. Es liege keine übergeordnete Zwecksetzung vor, die eine derart drastische Sanktion wie die Totalnichtigkeit des Arbeitsvertrags rechtfertigen würde. Die schwächere Position habe der Stellenbewerber inne. Zudem gelte § 109 UG auch für das allgemeine Universitätspersonal. Die Sanktionen bei Verstößen gegen § 109 UG müssten daher eine gewisse sachlich gebotene Gleichmäßigkeit mit jenen bei unzulässigen Kettendienstverträgen aufweisen, wolle man eine verfassungsrechtlich gleichheitswidrige Rechtsfolgenanordnung vermeiden. Schließlich wäre nicht einzusehen, warum die Rechtsfolgenanordnung des Abs 1 von Abs 2, zu dem nicht die Rechtsunwirksamkeit des gesamten Arbeitsvertrags vertreten werde, derart stark divergieren sollte. Der Wortlaut des § 109 Abs 1 UG sei daher in Hinblick auf die „Rechtsunwirksamkeit des Arbeitsvertrags“ als Widerspruch zur inneren Zwecksetzung des UG, zur immanenten Teleologie der gesamten Arbeitsrechtsordnung und zum europarechtlichen Diskriminierungsverbot zu sehen, der mittels teleologischer Reduktion zu beseitigen sei. Dies steht zum einen auch im Einklang mit den Erläuterungen zu Paragraph 109, Absatz 2, UG 2002, wonach ein die Gesamtdauer der Befristungen übersteigendes Arbeitsverhältnis - anders als nach Absatz eins, - als unbefristetes Arbeitsverhältnis gelten soll Regierungsvorlage 1134 BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode 100; Ausschussbericht 1224 BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode 12). Zum anderen gibt auch die in der Literatur zur Rechtsfolge des Absatz eins, („bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit“) geäußerte Kritik keinen Anlass, diese Rechtsfolge - entgegen dem zu 8 ObA 1/08t gewonnenen Ergebnis eines unbefristeten Dienstvertrags - auf Fälle einer unzulässigen Mehrfachbefristung zu übertragen: Zwar geht Schrammel, aaO Anmerkung römisch eins.2., zu Absatz eins, aufgrund des Wortlauts der Bestimmung von einer Totalnichtigkeit des unzulässig befristeten Vertrags aus. Dem steht aber die überwiegende kritische Lehre (Pfeil in Pfeil, Personalrecht der Universitäten, Paragraph 109, UG Rz 6, Reissner, aaO 45, Dumpelnik aaO 124) gegenüber, die von einer nur ex nunc wirkenden Nichtigkeit ausgeht. Hervorzuheben ist hier insbesondere die Kritik von Löschnigg/Rainer, aaO 143 f, die zu einer möglichen Totalunwirksamkeit des Arbeitsvertrags ausführen, Ziel der Regelung sei die Vermeidung übermäßig langer Befristungen. Die Verpflichtung zur Einhaltung des Paragraph 109, UG treffe primär den/die Arbeitgeber/in. Es liege keine übergeordnete Zwecksetzung vor, die eine derart drastische Sanktion wie die Totalnichtigkeit des Arbeitsvertrags rechtfertigen würde. Die schwächere Position habe der Stellenbewerber inne. Zudem gelte Paragraph 109, UG auch für das allgemeine Universitätspersonal. Die Sanktionen bei Verstößen gegen Paragraph 109, UG müssten daher eine gewisse sachlich gebotene Gleichmäßigkeit mit jenen bei unzulässigen Kettendienstverträgen aufweisen, wolle man eine verfassungsrechtlich gleichheitswidrige Rechtsfolgenanordnung vermeiden. Schließlich wäre nicht einzusehen, warum die Rechtsfolgenanordnung des Absatz eins, von Absatz 2., zu dem nicht die Rechtsunwirksamkeit des gesamten Arbeitsvertrags vertreten werde, derart stark divergieren sollte. Der Wortlaut des Paragraph 109, Absatz eins, UG sei daher in Hinblick auf die „Rechtsunwirksamkeit des Arbeitsvertrags“ als Widerspruch zur inneren Zwecksetzung des UG, zur immanenten Teleologie der gesamten Arbeitsrechtsordnung und zum europarechtlichen Diskriminierungsverbot zu sehen, der mittels teleologischer Reduktion zu beseitigen sei.

Diese berechtigte Kritik muss aber jeder Erwägung entgegenstehen, die „sonstige Rechtsunwirksamkeit des Arbeitsvertrags“ iSd Abs 1 auf unzulässige Mehrfachbefristungen zu übertragen. Es hat daher bei dem Ergebnis zu bleiben, dass im Falle einer von Beginn an unzulässigen Mehrfachbefristung die Befristung als solche der Unwirksamkeit anheimfällt, sodass der Vertrag - hier der dritte Dienstvertrag des Klägers - als unbefristet anzusehen ist. Diese berechtigte Kritik muss aber jeder Erwägung entgegenstehen, die „sonstige Rechtsunwirksamkeit des Arbeitsvertrags“ iSd Absatz eins, auf unzulässige Mehrfachbefristungen zu übertragen. Es hat daher bei dem Ergebnis

zu bleiben, dass im Falle einer von Beginn an unzulässigen Mehrfachbefristung die Befristung als solche der Unwirksamkeit anheimfällt, sodass der Vertrag - hier der dritte Dienstvertrag des Klägers - als unbefristet anzusehen ist.

4. Zur Ausschreibung:

Damit stellt sich die Frage, welche Folgen das - von der Beklagten nun zugestandene - Unterbleiben der Ausschreibung dieser Stelle („drittes Dienstverhältnis“) hat, auf das sie sich nun für ihren Standpunkt beruft.

Gemäß § 107 Abs 1 UG 2002 idFBGBl I Nr 120/2002 sind alle zur Besetzung offen stehenden Stellen vom Rektorat öffentlich auszuschreiben. Die Ausschreibungsfrist hat zumindest drei Wochen zu betragen. Gemäß Paragraph 107, Absatz eins, UG 2002 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 120 aus 2002, sind alle zur Besetzung offen stehenden Stellen vom Rektorat öffentlich auszuschreiben. Die Ausschreibungsfrist hat zumindest drei Wochen zu betragen.

Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Ausschreibungspflicht sind nicht geregelt.

Schrammel, aaO § 107 UG 2002, Anm VII.1 und VII.2, vertritt dazu Schrammel, aaO Paragraph 107, UG 2002, Anmerkung, römisch sieben.1 und römisch sieben.2, vertritt dazu:

„Werden die Vorschriften des § 107 UG 2002 über die Ausschreibung von Stellen, über die Beteiligung des Leiters von Organisationseinheiten, über das Vorschlagsrecht von Projektleitern oder über das Berufungsverfahren von Professoren nicht eingehalten, handeln Rektorat bzw Rektor rechtswidrig. Damit ist allerdings nicht gesagt, dass Arbeitsverträge, die unter Missachtung der Bestimmungen des § 107 UG 2002 abgeschlossen wurden, rechtsunwirksam (nichtig) sind. Die Rechtsunwirksamkeit ist im Gesetz - anders als zB in § 109 UG 2002 - nicht ausdrücklich angeordnet. Nach herrschender Ansicht ist allerdings ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nicht nur dann als nichtig anzusehen, wenn diese Rechtsfolge ausdrücklich normiert ist, sondern auch dann, wenn der Verbotszweck die Ungültigkeit des Geschäfts notwendig verlangt (OGH 7. 8. 2003, 8 Ob 174/02z; 23. 12. 1998, 9 ObA 338/98s, DRdA 1999, 231; 28. 3. 1979, 3 Ob 522/78, SZ 52/52; Krejci in Rummel, ABGB Rz 26 ff zu § 879). Bei Verstößen gegen Gesetze, die dem Schutz von Allgemeininteressen, der öffentlichen Ordnung und der Sicherheit dienen, ist die Rechtsfolge der Nichtigkeit eine absolute. Sie ist von Amts wegen wahrzunehmen und hat die Nichtigkeit des gesamten Geschäfts zur Folge. Auf die Nichtigkeit kann sich der Vertragspartner auch dann berufen, wenn er diese beim Vertragsabschluss gekannt hat, weil anders der Zweck solcher Verbotsnormen kaum zu erreichen wäre. Wendet man diese allgemeinen Grundsätze auf Verstöße gegen § 107 UG 2002 an, so ist zu differenzieren: Eine Missachtung des Berufungsverfahrens für dauernd bestellte Professoren muss die Nichtigkeit des Arbeitsvertrags nach sich ziehen. Das Berufungsverfahren soll einerseits eine hohe Qualität der Lehrenden und Forschenden sicherstellen, es dient aber auch dem Prinzip der autonomen Ergänzung der Universitätsprofessoren. Das Berufungsverfahren dient insoweit dem Schutz von Allgemeininteressen, Verstöße ziehen eine absolute Nichtigkeit des abgeschlossenen Arbeitsvertrags nach sich. ...“ „Werden die Vorschriften des Paragraph 107, UG 2002 über die Ausschreibung von Stellen, über die Beteiligung des Leiters von Organisationseinheiten, über das Vorschlagsrecht von Projektleitern oder über das Berufungsverfahren von Professoren nicht eingehalten, handeln Rektorat bzw Rektor rechtswidrig. Damit ist allerdings nicht gesagt, dass Arbeitsverträge, die unter Missachtung der Bestimmungen des Paragraph 107, UG 2002 abgeschlossen wurden, rechtsunwirksam (nichtig) sind. Die Rechtsunwirksamkeit ist im Gesetz - anders als zB in Paragraph 109, UG 2002 - nicht ausdrücklich angeordnet. Nach herrschender Ansicht ist allerdings ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nicht nur dann als nichtig anzusehen, wenn diese Rechtsfolge ausdrücklich normiert ist, sondern auch dann, wenn der Verbotszweck die Ungültigkeit des Geschäfts notwendig verlangt (OGH 7. 8. 2003, 8 Ob 174/02z; 23. 12. 1998, 9 ObA 338/98s, DRdA 1999, 231; 28. 3. 1979, 3 Ob 522/78, SZ 52/52; Krejci in Rummel, ABGB Rz 26 ff zu Paragraph 879,). Bei Verstößen gegen Gesetze, die dem Schutz von Allgemeininteressen, der öffentlichen Ordnung und der Sicherheit dienen, ist die Rechtsfolge der Nichtigkeit eine absolute. Sie ist von Amts wegen wahrzunehmen und hat die Nichtigkeit des gesamten Geschäfts zur Folge. Auf die Nichtigkeit kann sich der Vertragspartner auch dann berufen, wenn er diese beim Vertragsabschluss gekannt hat, weil anders der Zweck solcher Verbotsnormen kaum zu erreichen wäre. Wendet man diese allgemeinen Grundsätze auf Verstöße gegen Paragraph 107, UG 2002 an, so ist zu differenzieren: Eine Missachtung des Berufungsverfahrens für dauernd bestellte Professoren muss die Nichtigkeit des Arbeitsvertrags nach sich ziehen. Das Berufungsverfahren soll einerseits eine

hohe Qualität der Lehrenden und Forschenden sicherstellen, es dient aber auch dem Prinzip der autonomen Ergänzung der Universitätsprofessoren. Das Berufungsverfahren dient insoweit dem Schutz von Allgemeininteressen, Verstöße ziehen eine absolute Nichtigkeit des abgeschlossenen Arbeitsvertrags nach sich. ...“

Dem hat sich der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung⁸ Ob 1/08t in Bezug auf die Nichteinhaltung des Berufungsverfahrens für Universitätsprofessorinnen und -professoren angeschlossen, denn „es kann nicht zweifelhaft sein, dass das Gebot der Ausschreibung einer unbefristeten Stelle eines Universitätsprofessors im In- und Ausland auch dem Schutz von Allgemeininteressen dient. ... Auf diese Nichtigkeit kann sich auch die Klägerin berufen.“

Schwieriger erachtet Schrammel, aaO Anm VII, die Beurteilung von Verstößen gegen die Ausschreibungspflicht. Sie solle zur Transparenz beitragen, womit zweifellos ein Allgemeininteresse angesprochen werde. Dieses Allgemeininteresse sei aber nicht so stringent, dass Verstöße gegen die Ausschreibungspflicht automatisch die Nichtigkeit des Vertrags nach sich ziehen. Immerhin beziehe sich die Ausschreibungspflicht auf alle Stellen, die in der Universität zu besetzen seien, ungeachtet ihrer Bedeutung für die Allgemeinheit. Arbeitsverträge mit Personen, die ohne vorhergehende Ausschreibung abgeschlossen worden seien, bleiben wirksam. Schwieriger erachtet Schrammel, aaO Anmerkung , römisch sieben, die Beurteilung von Verstößen gegen die Ausschreibungspflicht. Sie solle zur Transparenz beitragen, womit zweifellos ein Allgemeininteresse angesprochen werde. Dieses Allgemeininteresse sei aber nicht so stringent, dass Verstöße gegen die Ausschreibungspflicht automatisch die Nichtigkeit des Vertrags nach sich ziehen. Immerhin beziehe sich die Ausschreibungspflicht auf alle Stellen, die in der Universität zu besetzen seien, ungeachtet ihrer Bedeutung für die Allgemeinheit. Arbeitsverträge mit Personen, die ohne vorhergehende Ausschreibung abgeschlossen worden seien, bleiben wirksam.

Ähnlich ist Schöberl in Pfeil, aaO § 107 UG 2002 Rz 5 der Ansicht, dass das Gebot der Transparenz, verwirklicht durch die Ausschreibungspflicht, nicht so stark zu gewichten sei, dass ein ohne vorhergehende Ausschreibung der Stelle abgeschlossener Arbeitsvertrag nichtig sei. Ähnlich ist Schöberl in Pfeil, aaO Paragraph 107, UG 2002 Rz 5 der Ansicht, dass das Gebot der Transparenz, verwirklicht durch die Ausschreibungspflicht, nicht so stark zu gewichten sei, dass ein ohne vorhergehende Ausschreibung der Stelle abgeschlossener Arbeitsvertrag nichtig sei.

Unbestrittenermaßen soll die Verpflichtung zur Stellenausschreibung an Universitäten eine hohe Qualität der Lehrenden und Forschenden sicherstellen, die grundsätzlich auch für wissenschaftliche Mitarbeiter im Forschungs- und Lehrbetrieb zu wünschen ist. Der Oberste Gerichtshof teilt dazu aber die Ansicht des Berufungsgerichts, dass die Allgemeininteressen bei diesen Stellen nicht in gleicher Weise wie bei Universitätsprofessoren ausgeprägt sind: Während ihr Tätigkeitsprofil mit der „Mitarbeit“ an der Erfüllung der Aufgaben der Universität in Forschung und Lehre im jeweiligen Fach umschrieben ist (§ 100 UG 2002), sind Professoren für die Forschung und Lehre „verantwortlich“ (§ 98 UG 2002). Nur letztere unterliegen aufgrund der Bedeutung der Position dem Berufungsverfahren nach § 98 UG 2002 mit den Eckpunkten eines Gutachterverfahrens, eines Dreivorschlags der Berufungskommission und der Bindung der Auswahlentscheidung des Rektors an diesen. Überdies können Universitätsprofessoren ihre Lehrbefugnis auch noch nach der Versetzung in den Ruhestand ausüben (§ 104 Abs 2 UG 2002). Diese Erwägungen haben aber zur Folge, dass beim Kläger - anders als bei der Bestellung eines Universitätsprofessors - ein Verstoß gegen das Ausschreibungsgebot nicht mit der Unwirksamkeit des Dienstvertrags zu sanktionieren ist. Unbestrittenermaßen soll die Verpflichtung zur Stellenausschreibung an Universitäten eine hohe Qualität der Lehrenden und Forschenden sicherstellen, die grundsätzlich auch für wissenschaftliche Mitarbeiter im Forschungs- und Lehrbetrieb zu wünschen ist. Der Oberste Gerichtshof teilt dazu aber die Ansicht des Berufungsgerichts, dass die Allgemeininteressen bei diesen Stellen nicht in gleicher Weise wie bei Universitätsprofessoren ausgeprägt sind: Während ihr Tätigkeitsprofil mit der „Mitarbeit“ an der Erfüllung der Aufgaben der Universität in Forschung und Lehre im jeweiligen Fach umschrieben ist (Paragraph 100, UG 2002), sind Professoren für die Forschung und Lehre „verantwortlich“ (Paragraph 98, UG 2002). Nur letztere unterliegen aufgrund der Bedeutung der Position dem Berufungsverfahren nach Paragraph 98, UG 2002 mit den Eckpunkten eines Gutachterverfahrens, eines Dreivorschlags der Berufungskommission und der Bindung der Auswahlentscheidung des Rektors an diesen. Überdies können Universitätsprofessoren ihre Lehrbefugnis auch noch nach der Versetzung in den Ruhestand ausüben (Paragraph 104, Absatz 2, UG 2002). Diese Erwägungen haben aber zur Folge, dass beim Kläger - anders als bei der Bestellung eines Universitätsprofessors - ein Verstoß gegen das Ausschreibungsgebot nicht mit der Unwirksamkeit des Dienstvertrags zu sanktionieren ist.

5. Damit ist auf den im Revisionsverfahren geäußerten Einwand der Beklagten, das Vertragsverhältnis sei mangels Einbeziehung des Arbeitskreises für Gleichbehandlungsfragen gemäß § 42 Abs 7 UG 2002 unwirksam, einzugehen. § 42

UG 2002 idF BGBl I Nr 120/2002 sieht auszugsweise vor⁵. Damit ist auf den im Revisionsverfahren geäußerten Einwand der Beklagten, das Vertragsverhältnis sei mangels Einbeziehung des Arbeitskreises für Gleichbehandlungsfragen gemäß Paragraph 42, Absatz 7, UG 2002 unwirksam, einzugehen. Paragraph 42, UG 2002 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 120 aus 2002, sieht auszugsweise vor:

Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen

§ 42. (1) An jeder Universität ist vom Senat ein Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen einzurichten, dessen Aufgabe es ist, Diskriminierungen durch Universitätsorgane aufgrund des Geschlechts entgegenzuwirken und die Angehörigen und Organe der Universität in Fragen der Gleichstellung von Frauen und Männern sowie der Frauenförderung zu beraten und zu unterstützen. Paragraph 42, (1) An jeder Universität ist vom Senat ein Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen einzurichten, dessen Aufgabe es ist, Diskriminierungen durch Universitätsorgane aufgrund des Geschlechts entgegenzuwirken und die Angehörigen und Organe der Universität in Fragen der Gleichstellung von Frauen und Männern sowie der Frauenförderung zu beraten und zu unterstützen.

(2) - (5) ...

(6) Dem Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen sind insbesondere unverzüglich zur Kenntnis zu bringen:

1. alle Ausschreibungstexte für die Besetzung von Stellen und Funktionen;
2. die Liste der eingelangten Bewerbungen;
3. die Liste der zu Aufnahmegesprächen eingeladenen Bewerberinnen und Bewerber.

(7) Das Rektorat hat gleichzeitig mit der Information des zuständigen Betriebsrats den Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen darüber in Kenntnis zu setzen, mit welcher Bewerberin oder mit welchem Bewerber ein Arbeitsvertrag abgeschlossen werden soll. Arbeitsverträge, die ohne vorherige Verständigung des Arbeitskreises oder vor Ablauf der Frist gemäß Abs 8 abgeschlossen werden, sind unwirksam. (7) Das Rektorat hat gleichzeitig mit der Information des zuständigen Betriebsrats den Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen darüber in Kenntnis zu setzen, mit welcher Bewerberin oder mit welchem Bewerber ein Arbeitsvertrag abgeschlossen werden soll. Arbeitsverträge, die ohne vorherige Verständigung des Arbeitskreises oder vor Ablauf der Frist gemäß Absatz 8, abgeschlossen werden, sind unwirksam.

(8) Hat der Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen Grund zur Annahme, dass die Entscheidung eines Universitätsorgans eine Diskriminierung von Personen aufgrund ihres Geschlechts darstellt, ist er berechtigt, innerhalb von zwei Wochen die Schiedskommission anzurufen.

(9) - (10) ...

Bejaht die Schiedskommission das Vorliegen einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, hat das Universitätsorgan eine neue Personalentscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Schiedskommission zu treffen (§ 43 Abs 6 UG 2002). Arbeitsverträge, die von der Rektorin oder vom Rektor während eines anhängigen Verfahrens vor der Schiedskommission oder trotz eines negativen Bescheids der Schiedskommission abgeschlossen werden, sind unwirksam (§ 43 Abs 8 UG 2002). Bejaht die Schiedskommission das Vorliegen einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, hat das Universitätsorgan eine neue Personalentscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Schiedskommission zu treffen (Paragraph 43, Absatz 6, UG 2002). Arbeitsverträge, die von der Rektorin oder vom Rektor während eines anhängigen Verfahrens vor der Schiedskommission oder trotz eines negativen Bescheids der Schiedskommission abgeschlossen werden, sind unwirksam (Paragraph 43, Absatz 8, UG 2002).

Für die Frage der Reichweite der Anordnung des § 43 Abs 7 UG 2002, dass ohne die vorherige Verständigung des Arbeitskreises oder vor Ablauf der Frist gemäß Abs 8 abgeschlossene Arbeitsverträge unwirksam sind, ist - nicht anders als im Rahmen des § 109 UG 2002 (s oben) - zunächst nach dem Gesetzeszweck der Bestimmung zu fragen. Für die Frage der Reichweite der Anordnung des Paragraph 43, Absatz 7, UG 2002, dass ohne die vorherige Verständigung des Arbeitskreises oder vor Ablauf der Frist gemäß Absatz 8, abgeschlossene Arbeitsverträge unwirksam sind, ist - nicht anders als im Rahmen des Paragraph 109, UG 2002 (s oben) - zunächst nach dem Gesetzeszweck der Bestimmung zu fragen.

Die ErlBem, RV 1134 BlgNR 21 GP 87 (zu den §§ 41-44) halten dazu fest: „Die Gleichstellung von Frauen und Männern

ist ein gesellschaftspolitischer Auftrag, zu dem sich die österreichische Bundesregierung mehrfach bekannt hat und der auch in der österreichischen Rechtsordnung verankert ist. ... Die Analyse der Istsituation an den Universitäten zeigt, dass Frauen als Forscherinnen (Künstlerinnen) und akademische Lehrerinnen noch immer unterrepräsentiert sind. ... Angesichts des europaweit rückläufigen Interesses junger Menschen an einer wissenschaftlichen bzw künstlerischen Universitätslaufbahn werden es sich die vollrechtsfähigen Universitäten in Zukunft nicht leisten können, auf das wissenschaftliche und künstlerische Potential der Frauen zu verzichten. Die Gleichstellung der Geschlechter an den Universitäten muss daher ein wesentliches Ziel der Reform der Universitäten sein. ... Die ErlBem, Regierungsvorlage 1134, BlgNR 21 Gesetzgebungsperiode 87, (zu den Paragraphen 41 -, 44,) halten dazu fest: „Die Gleichstellung von Frauen und Männern ist ein gesellschaftspolitischer Auftrag, zu dem sich die österreichische Bundesregierung mehrfach bekannt hat und der auch in der österreichischen Rechtsordnung verankert ist. ... Die Analyse der Istsituation an den Universitäten zeigt, dass Frauen als Forscherinnen (Künstlerinnen) und akademische Lehrerinnen noch immer unterrepräsentiert sind. ... Angesichts des europaweit rückläufigen Interesses junger Menschen an einer wissenschaftlichen bzw künstlerischen Universitätslaufbahn werden es sich die vollrechtsfähigen Universitäten in Zukunft nicht leisten können, auf das wissenschaftliche und künstlerische Potential der Frauen zu verzichten. Die Gleichstellung der Geschlechter an den Universitäten muss daher ein wesentliches Ziel der Reform der Universitäten sein. ...

Im Hinblick auf die angestrebte Erhöhung der Zahl der Frauen an den Universitäten ist es entscheidend, bei Verdacht einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts auch an einer vollrechtsfähigen Universität das Einspruchsrecht des Arbeitskreises und die anschließende Hemmung des weiteren Ablaufs des Verfahrens in Personalangelegenheiten zu erhalten, wie dies das UOG 1993 und das KUOG vorsehen.

Die Erfahrung mit Beschwerden vor der Bundes-Gleichbehandlungskommission aus anderen Bereichen zeigt, dass ein Schadenersatzanspruch der diskriminierten Person keinen Ersatz für einen nicht erhaltenen Arbeitsplatz oder einen trotz entsprechender Qualifikation und erworbener Verdienste nicht erreichten beruflichen Aufstieg bieten kann. Dass dies umso mehr für Bewerberinnen um hoch spezialisierte und oftmals sehr rare Stellen in bestimmten Forschungsbereichen gilt, liegt auf der Hand. ...

Das für Personalentscheidungen zuständige Organ (in der Regel die Rektorin oder der Rektor) soll an die Entscheidung dieser Schiedskommission gebunden sein, also seiner neuerlichen Entscheidung die Rechtsanschauung der Schiedskommission zugrunde legen müssen. ... Arbeitsverträge, die während der zweiwöchigen Frist für die Erhebung einer Beschwerde, während eines anhängigen Beschwerdeverfahrens oder gegen die Entscheidung der Schiedskommission abgeschlossen werden, sollen unwirksam sein. Gleiches soll für Änderungen von Arbeitsverhältnissen gelten. Personen, die entgegen dieser Vorschrift beschäftigt werden, stehen gegenüber der Universität für die Dauer der Beschäftigung die gleichen Ansprüche wie aufgrund eines gültigen Arbeitsvertrags zu.“

Diese Ausführungen lassen deutlich erkennen, dass der Gesetzeszweck einer Einbeziehung des Arbeitskreises für Gleichbehandlungsfragen vorrangig in einem allgemeinen gesellschaftspolitischen Interesse am diskriminierungsfreien Zugang zu wissenschaftlichen oder künstlerischen Laufbahnen an den Universitäten liegt. Unterbleibt die Einbeziehung dieses Arbeitskreises, verlangt dies jedenfalls die Ungültigkeit des Vertrags.

Zu keinem anderen Ergebnis führt die - jüngst auch in der Entscheidung⁸ ObA 1/11x herangezogene - Ansicht von Schrammel, aaO § 107 Anm VII.2., die sich dahin zusammenfassen lässt, dass bei der Verletzung zwingender Mitwirkungsregeln anderer Personen oder Gremien, gegen deren Willen ein Vertrag nicht durchgesetzt werden kann, die vom Rektor dennoch abgeschlossenen Verträge nichtig sind. Diese Voraussetzung trifft auch auf den Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen zu, weil er bei Annahme einer geschlechterdiskriminierenden Entscheidung eines Universitätsorgans eine Entscheidung der Schiedskommission darüber herbeiführen kann, deren Rechtsansicht für das Universitätsorgan bei der neuerlichen Personalentscheidung bindend ist (§ 43 Abs 6, 8 UG 2002). Zu keinem anderen Ergebnis führt die - jüngst auch in der Entscheidung⁸ ObA 1/11x herangezogene - Ansicht von Schrammel, aaO Paragraph 107, Anmerkung , römisch sieben.2., die sich dahin zusammenfassen lässt, dass bei der Verletzung zwingender Mitwirkungsregeln anderer Personen oder Gremien, gegen deren Willen ein Vertrag nicht durchgesetzt werden kann, die vom Rektor dennoch abgeschlossenen Verträge nichtig sind. Diese Voraussetzung trifft auch auf den Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen zu, weil er bei Annahme einer geschlechterdiskriminierenden Entscheidung eines Universitätsorgans eine Entscheidung der Schiedskommission darüber herbeiführen kann, deren Rechtsansicht für das Universitätsorgan bei der neuerlichen Personalentscheidung bindend ist (Paragraph 43, Absatz 6, 8, UG 2002).

Die Ansicht des Klägers, dass die Beklagte die von ihr herbeigeführte Rechtsunwirksamkeit des Vertrags nicht zu ihrem Vorteil nutzen könne, kann in diesem Zusammenhang nicht verfangen, weil, wie schon zu 8 ObA 1/08t ausgeführt, anders der Zweck solcher Verbotsnormen kaum zu erreichen wäre. Der Schutz des Betroffenen wird lediglich dadurch erreicht, dass ihm nach den oben zitierten Erläuternden Bemerkungen für die Dauer der Beschäftigung die gleichen Ansprüche wie aufgrund eines gültigen Arbeitsverhältnisses zustehen. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten wurde nicht behauptet und ist auch dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.

Für den Fall, dass der Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen nicht iSd § 42 Abs 7 UG 2002 mit dem dritten mit dem Kläger abgeschlossenen Dienstverhältnis befasst war, führt dies zu dessen Unwirksamkeit. Für den Fall, dass der Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen nicht iSd Paragraph 42, Absatz 7, UG 2002 mit dem dritten mit dem Kläger abgeschlossenen Dienstverhältnis befasst war, führt dies zu dessen Unwirksamkeit.

Dennoch könnte bei Abschluss des Dienstvertrags im Juli 2006 nicht von der Begründung eines „neuen“ Dienstverhältnisses iSd § 109 Abs 1 UG mit der Folge ausgegangen werden, dass die darin vorgesehene Befristung von vier Jahren wieder zulässig gewesen wäre, würde es doch diametral dem Zweck der eingeschränkten Möglichkeit zur Mehrfachbefristung widersprechen, eine neuerliche Befristung alleine deshalb zu erlauben, weil das unmittelbar vorangegangene, tatsächlich durchgehend gelebte und praktizierte Dienstverhältnis in einer Reihe von befristeten Dienstverhältnissen aus formalen Gründen unwirksam war. Einem Dienstgeber wäre es sonst ein Leichtes, die Beschränkungen des § 109 UG 2002 durch formale Unzulänglichkeiten eines befristeten Dienstvertrags zu umgehen. Für die „Lücke“ (14. 5. - 11. 7. 2006), zu deren Bedeutung auf die zutreffende Ansicht der Vorinstanzen verwiesen wird (§ 510 Abs 3 ZPO), kann nichts anderes gelten. Da unter Berücksichtigung des tatsächlich effektuierten dritten Dienstverhältnisses aber auch der Abschluss des vierten Dienstvertrags eine weitere „unmittelbar aufeinanderfolgende Befristung“ iSd § 109 Abs 2 UG 2002 beinhaltet, ohne dass die Voraussetzungen des Abs 2 erfüllt wären, befindet sich der Kläger grundsätzlich in einem unbefristeten Dienstverhältnis. Dennoch könnte bei Abschluss des Dienstvertrags im Juli 2006 nicht von der Begründung eines „neuen“ Dienstverhältnisses iSd Paragraph 109, Absatz eins, UG mit der Folge ausgegangen werden, dass die darin vorgesehene Befristung von vier Jahren wieder zulässig gewesen wäre, würde es doch diametral dem Zweck der eingeschränkten Möglichkeit zur Mehrfachbefristung widersprechen, eine neuerliche Befristung alleine deshalb zu erlauben, weil das unmittelbar vorangegangene, tatsächlich durchgehend gelebte und praktizierte Dienstverhältnis in einer Reihe von befristeten Dienstverhältnissen aus formalen Gründen unwirksam war. Einem Dienstgeber wäre es sonst ein Leichtes, die Beschränkungen des Paragraph 109, UG 2002 durch formale Unzulänglichkeiten eines befristeten Dienstvertrags zu umgehen. Für die „Lücke“ (14. 5. - 11. 7. 2006), zu deren Bedeutung auf die zutreffende Ansicht der Vorinstanzen verwiesen wird (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO), kann nichts anderes gelten. Da unter Berücksichtigung des tatsächlich effektuierten dritten Dienstverhältnisses aber auch der Abschluss des vierten Dienstvertrags eine weitere „unmittelbar aufeinanderfolgende Befristung“ iSd Paragraph 109, Absatz 2, UG 2002 beinhaltet, ohne dass die Voraussetzungen des Absatz 2, erfüllt wären, befindet sich der Kläger grundsätzlich in einem unbefristeten Dienstverhältnis.

Davon ist erneut die Frage der für den Abschluss dieses Dienstverhältnisses entstandenen Pflicht zur Ausschreibung der Stelle und der Befassung des Arbeitskreises für Gleichbehandlungsfragen zu trennen, wofür auf die obigen Ausführungen verwiesen wird.

Für eine abschließende Beurteilung kann den Feststellungen jedoch nicht zweifelsfrei entnommen werden, ob und inwieweit der Arbeitskreis über den beabsichtigten Abschluss des dritten und des vierten Dienstverhältnisses mit dem Kläger in Kenntnis gesetzt wurde. Da die Klärung dieses Umstands nach der dargelegten Bedeutung des Arbeitskreises für die Frage des Bestands eines unbefristeten Dienstverhältnisses von ausschlaggebendem Gewicht ist und die Beklagte überdies erst in der Revisionsbeantwortung in dieser Deutlichkeit vertreten hat, dass dessen Wirksamkeit an § 42 UG 2002 scheitert, ist die Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen zur Ergänzung der entsprechenden Feststellungen wie auch zur Vermeidung einer Überraschungsentscheidung unumgänglich. Für eine abschließende Beurteilung kann den Feststellungen jedoch nicht zweifelsfrei entnommen werden, ob und inwieweit der Arbeitskreis über den beabsichtigten Abschluss des dritten und des vierten Dienstverhältnisses mit dem Kläger in Kenntnis gesetzt wurde. Da die Klärung dieses Umstands nach der dargelegten Bedeutung des Arbeitskreises für die Frage des Bestands eines unbefristeten Dienstverhältnisses von ausschlaggebendem Gewicht ist und die Beklagte überdies erst in der

Revisionsbeantwortung in dieser Deutlichkeit vertreten hat, dass dessen Wirksamkeit an Paragraph 42, UG 2002 scheitert, ist die Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen zur Ergänzung der entsprechenden Feststellungen wie auch zur Vermeidung einer Überraschungsentscheidung unumgänglich.

Zusammenfassend ist festzuhalten:

1. Ist eine mehrmalige unmittelbar aufeinander folgende Befristung eines Dienstvertrags mangels der Voraussetzungen des § 109 Abs 2 UG 2002 unzulässig, so führt dies zu einem unbefristeten Dienstvertrag. 1. Ist eine mehrmalige unmittelbar aufeinander folgende Befristung eines Dienstvertrags mangels der Voraussetzungen des Paragraph 109, Absatz 2, UG 2002 unzulässig, so führt dies zu einem unbefristeten Dienstvertrag.

2. Eine Verletzung der Pflicht zur Stellenausschreibung iSd § 107 Abs 1 UG 2002 führt bei wissenschaftlichen Mitarbeitern im Forschungs- und Lehrbetrieb nicht zur Unwirksamkeit ihres Dienstvertrags. Wurde er allerdings ohne vorherige Verständigung des Arbeitskreises für Gleichbehandlungsfragen abgeschlossen, so ist er iSd § 42 Abs 7 UG 2002 unwirksam. 2. Eine Verletzung der Pflicht zur Stellenausschreibung iSd Paragraph 107, Absatz eins, UG 2002 führt bei wissenschaftlichen Mitarbeitern im Forschungs- und Lehrbetrieb nicht zur Unwirksamkeit ihres Dienstvertrags. Wurde er allerdings ohne vorherige Verständigung des Arbeitskreises für Gleichbehandlungsfragen abgeschlossen, so ist er iSd Paragraph 42, Absatz 7, UG 2002 unwirksam.

3. Ein formal unwirksames befristetes Dienstverhältnis, das tatsächlich durchgehend praktiziert wurde, steht der Zulässigkeit des Abschlusses eines unmittelbar folgenden befristeten Dienstvertrags ohne die weiteren Voraussetzungen des § 109 Abs 2 UG 2002 entgegen. 3. Ein formal unwirksames befristetes Dienstverhältnis, das tatsächlich durchgehend praktiziert wurde, steht der Zulässigkeit des Abschlusses eines unmittelbar folgenden befristeten Dienstvertrags ohne die weiteren Voraussetzungen des Paragraph 109, Absatz 2, UG 2002 entgegen.

Zur von der Beklagten verneinten Zulässigkeit des Feststellungsbegehrens ist abschließend auf die gegenteilige ständige Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0039019) zu verweisen.

Nach all dem ist der Revision im Sinne des hilfsweise gestellten Aufhebungsantrags Folge zu geben und die Rechtssache an das Erstgericht zurückzuverweisen.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO. Der Kostenvorbehalt beruht auf Paragraph 52, ZPO.

Schlagworte

Arbeitsrecht

Textnummer

E99435

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2011:009OBA00076.11H.1125.000

Im RIS seit

10.01.2012

Zuletzt aktualisiert am

18.11.2013

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