

# TE OGH 2008/10/14 8ObA1/08t

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.10.2008

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Danzl als Vorsitzenden und durch die Hofräte Dr. Spenling und Dr. Kuras sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Lukas Stärker und Mag. Manuela Majeranowski als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Universität \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Wolfgang Lirk ua, Rechtsanwälte in Salzburg, gegen die beklagte Partei Univ.-Prof. Mag. Dieter K\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Sabine Berger, Rechtsanwältin in Salzburg, wegen Feststellung, über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 19. Oktober 2007, GZ 11 Ra 66/07s-18, mit dem über Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 17. April 2007, GZ 11 Cga 26/06v-15, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 1.991,52 EUR bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 331,92 EUR Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte wurde vom Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung gemäß § 9 Abs 1 und 5 des Kunsthochschul-Organisationsgesetzes (KHSchOrgG) vom 1. 10. 1993 bis zum 30. 6. 1994, vom 1. 10. 1994 bis zum 30. 6. 1995 und vom 1. 10. 1995 bis zum 30. 6. 1996 für jeweils ein Studienjahr zum Gastprofessor für Malerei an der Hochschule \*\*\*\*\* bestellt. Diese Gastprofessur mit Leitungsfunktion wurde für die Dauer der Studienjahre 1996/97 und 1997/98 verlängert. Schließlich wurde der Beklagte für die Dauer des Studienjahres 1998/99 mit der Leitung der Klasse „künstlerische Ausbildung für Malerei“ an der Abteilung Kunsterziehung mit dem Hinweis betraut, dass die Bestelldauer von Gesetzes wegen bis zum 30. 9. 2000 verlängert werde, sofern sie vor diesem Termin abgelaufen wäre. Der Beklagte wurde vom Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung gemäß Paragraph 9, Absatz eins und 5 des Kunsthochschul-Organisationsgesetzes (KHSchOrgG) vom 1. 10. 1993 bis zum 30. 6. 1994, vom 1. 10. 1994 bis zum 30. 6. 1995 und vom 1. 10. 1995 bis zum 30. 6. 1996 für jeweils ein Studienjahr zum Gastprofessor für Malerei an der Hochschule \*\*\*\*\* bestellt. Diese Gastprofessur mit Leitungsfunktion wurde für die Dauer der Studienjahre 1996/97 und 1997/98 verlängert. Schließlich wurde der Beklagte für die Dauer des Studienjahres 1998/99 mit der Leitung der Klasse „künstlerische Ausbildung für Malerei“ an der Abteilung Kunsterziehung mit dem Hinweis betraut, dass die Bestelldauer von Gesetzes wegen bis zum 30. 9. 2000 verlängert werde, sofern sie vor diesem Termin abgelaufen wäre.

Schließlich schlossen der Beklagte und der Rektor der Klägerin, dieser namens der Republik Österreich, einen für die Zeit vom 1. 10. 2000 bis zum 30. 9. 2005 befristeten Dienstvertrag gemäß dem Vertragsbedienstetengesetz 1948 (VBG) und dem Bundesgesetz über die Organisation der Universitäten der Künste (KUOG).

Mit Schreiben vom 23. 2. 2005 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, dass der Dienstvertrag bis 30. 9. 2005 befristet sei und somit „heuer“ auslaufe. Nunmehr kämen die Bestimmungen des Universitätsgesetzes 2002 (UG 2002) zur Anwendung, nach denen das Rektorat eine befristete Professur mit bis zu zwei Jahren ohne Berufungsverfahren ausschreiben könne. Ab einer Befristung von über zwei Jahren sei ein volles Berufungsverfahren erforderlich und ab einer Befristung von über drei Jahren bzw im Fall einer unbefristeten Professur eine Ausweisung der Stelle im Entwicklungsplan der Universität. Eine einmalige Verlängerung des Vertrags auf weitere fünf Jahre sei daher aus rechtlichen Gründen nicht mehr möglich.

Im Mitteilungsblatt der Klägerin wurde die bisher vom Beklagten eingenommene Stelle ua mit dem Hinweis ausgeschrieben, dass ein auf höchstens zwei Jahre befristetes Arbeitsverhältnis zur Universität (gemäß § 99 UG 2002) begründet werde. Im Mitteilungsblatt der Klägerin wurde die bisher vom Beklagten eingenommene Stelle ua mit dem Hinweis ausgeschrieben, dass ein auf höchstens zwei Jahre befristetes Arbeitsverhältnis zur Universität (gemäß Paragraph 99, UG 2002) begründet werde.

Mit Schreiben vom 31. 5. 2005 bewarb sich der Beklagte um die ausgeschriebene Professur, wobei er darauf hinwies, dass er die Ausschreibung nach § 99 UG 2002 für unnötig halte, weil er sich ohnedies bereits derzeit in einem über den 30. 9. 2005 hinausreichenden unbefristeten Dienstverhältnis befinde. Mit Schreiben vom 31. 5. 2005 bewarb sich der Beklagte um die ausgeschriebene Professur, wobei er darauf hinwies, dass er die Ausschreibung nach Paragraph 99, UG 2002 für unnötig halte, weil er sich ohnedies bereits derzeit in einem über den 30. 9. 2005 hinausreichenden unbefristeten Dienstverhältnis befinde.

Am 28. 9. 2005 folgte die Klägerin dem Beklagten einen vorbereiteten Arbeitsvertrag aus, in dem ua festgehalten war, dass das Arbeitsverhältnis am 30. 9. 2007 ende.

Am 1. 10. 2005 nahm der Beklagte seine Unterrichtstätigkeit bei der Klägerin auf. Diese nahm seine Arbeitsleistungen an.

Mit Schreiben vom 10. 11. 2005 urgierte der Beklagte die Zahlung seines Gehalts für Oktober 2005. Er wies darauf hin, dass die Klägerin seine Arbeitsleistungen angenommen habe, weshalb schlüssig ein Arbeitsvertrag zustande gekommen sei.

Darauf erwiderte die Klägerin mit Schreiben vom 5. 12. 2005, dass die Zahlung des Gehalts unter Aufrechterhaltung der Bedingung erfolge, dass das Arbeitsverhältnis bis zum 30. 9. 2007 befristet sei. Zudem forderte sie den Beklagten auf, diese Befristung durch die Unterfertigung des ihm ausgefolgten Arbeitsvertrags zu bestätigen.

Dem entgegnete der Beklagte mit Schreiben vom 22. 12. 2005, in dem er erklärte, den Arbeitsvertrag nicht zu unterfertigen, weil er die Befristung bis 30. 9. 2007 nicht akzeptiere.

Am 10. 12. 2005 überwies die Klägerin dem Beklagten die Gehälter für Oktober bis Dezember 2005. Seit Jänner 2006 zahlt sie dem Beklagten regelmäßig monatlich das Gehalt mit Vorbehalt.

Der Beklagte war zumindest ab 1. 10. 2000 bei der Klägerin vollzeitbeschäftigt. Neben seiner Lehrtätigkeit im Fach Malerei erfüllte er auch andere Funktionen. So war er etwa bis Juli 2005 Leiter der Abteilung Bildende Kunst und Werkpädagogik, wobei er vielfältige administrative, organisatorische und universitätspolitische Aufgaben zu erledigen hatte. Auch die jetzige Professur beschränkt sich nicht nur auf die bloße Lehrtätigkeit, sondern umfasst auch vielfältige andere Aufgabenbereiche.

Die Klägerin begehrt mit ihrer am 7. 2. 2006 eingebrachten Klage die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Streitparteien auf zwei Jahre befristet sei und zum 30. 9. 2007 ende. Der Abschluss eines unbefristeten Vertrags sei nach § 99 UG 2002 gar nicht möglich gewesen. Daher sei ein befristetes Arbeitsverhältnis vereinbart worden, was dem Beklagten auch bewusst gewesen sei. Durch seine Arbeitsleistungen habe er schlüssig den Bedingungen des von ihm nicht unterschriebenen Arbeitsvertrags zugestimmt. Eine Zusage des Rektors, dass im Anschluss an den mit 30. 9. 2005 befristeten Arbeitsvertrag ein weiterer fünfjähriger Vertrag folgen werde, habe es nicht gegeben. Die Klägerin begehrt mit ihrer am 7. 2. 2006 eingebrachten Klage die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Streitparteien auf zwei Jahre befristet sei und zum 30. 9. 2007 ende. Der Abschluss eines unbefristeten Vertrags sei nach Paragraph 99,

UG 2002 gar nicht möglich gewesen. Daher sei ein befristetes Arbeitsverhältnis vereinbart worden, was dem Beklagten auch bewusst gewesen sei. Durch seine Arbeitsleistungen habe er schlüssig den Bedingungen des von ihm nicht unterschriebenen Arbeitsvertrags zugestimmt. Eine Zusage des Rektors, dass im Anschluss an den mit 30. 9. 2005 befristeten Arbeitsvertrag ein weiterer fünfjähriger Vertrag folgen werde, habe es nicht gegeben.

Der Beklagte beantragte, das Klagebegehren abzuweisen. Die Klägerin habe seine ab 1. 10. 2005 erbrachten Arbeitsleistungen anstandslos entgegengenommen und sein Gehalt gezahlt, weshalb schlüssig ein unbefristeter Arbeitsvertrag zustande gekommen sei. Der Rektor habe erklärt, dass der Kläger nach dem 30. 9. 2005 einen weiteren fünfjährigen Vertrag erhalten werde. Jedenfalls handle es sich schon seit dem Studienjahr 1993/94 um unzulässige Kettendienstverträge.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Eine konkludente Vereinbarung über ein unbefristetes Arbeitsverhältnis sei nicht zustande gekommen, weil die Klägerin das Gehalt des Beklagten ausdrücklich unter Vorbehalt und unter Hinweis auf die Bedingungen des von ihr unterfertigten Arbeitsvertrags ausgezahlt habe.

Die arbeitsrechtlichen Beziehungen der Streitparteien seien in drei Phasen zu unterteilen: In der ersten Phase (1. 10. 1993 bis 30. 9. 2000) sei der Beklagte Gastprofessor gemäß § 9 Abs 1 Z 5 KHSchOrgG gewesen; in der zweiten Phase (vom 1. 10. 2000 bis zum 30. 9. 2005) sei er im Rahmen einer fünfjährig befristeten Vertragsprofessur nach § 57 VBG bei der Klägerin angestellt gewesen; die dritte Phase habe am 1. 10. 2005 mit dem Antritt der laut Ausschreibungstext auf zwei Jahre befristeten Universitätsprofessur nach dem UG 2002 begonnen. Da in diesen drei Phasen der Beschäftigung des Beklagten bei der Klägerin drei unterschiedliche Gesetze zur Anwendung gelangt seien (KHSchOrgG, VBG und UG 2002), liege kein sachlich nicht gerechtfertigtes Kettendienstverhältnis vor. Die arbeitsrechtlichen Beziehungen der Streitparteien seien in drei Phasen zu unterteilen: In der ersten Phase (1. 10. 1993 bis 30. 9. 2000) sei der Beklagte Gastprofessor gemäß Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 5, KHSchOrgG gewesen; in der zweiten Phase (vom 1. 10. 2000 bis zum 30. 9. 2005) sei er im Rahmen einer fünfjährig befristeten Vertragsprofessur nach Paragraph 57, VBG bei der Klägerin angestellt gewesen; die dritte Phase habe am 1. 10. 2005 mit dem Antritt der laut Ausschreibungstext auf zwei Jahre befristeten Universitätsprofessur nach dem UG 2002 begonnen. Da in diesen drei Phasen der Beschäftigung des Beklagten bei der Klägerin drei unterschiedliche Gesetze zur Anwendung gelangt seien (KHSchOrgG, VBG und UG 2002), liege kein sachlich nicht gerechtfertigtes Kettendienstverhältnis vor.

Gemäß § 126 Abs 4 UG 2002 sei die fünfjährig befristete Vertragsprofessur des Beklagten von 2000 bis 2005 trotz des Inkrafttretens des UG im Jahr 2002 bis zu deren Ende dem VBG unterworfen gewesen. In weiterer Folge sei jedoch das VBG nicht mehr anzuwenden. Das nunmehrige Dienstverhältnis sei als neues bzw als erstes Dienstverhältnis des Beklagten nach dem UG 2002 anzusehen. Insofern liege nach Maßgabe der Vertragsbedingungen und des UG 2002 ein auf zwei Jahre befristetes Arbeitsverhältnis vor, das mit 30. 9. 2007 ende. Dass der Beklagte zumindest ab 2000 nicht „ausschließlich in der Lehre“ tätig gewesen sei, sei für die Entscheidung nicht relevant. Gemäß Paragraph 126, Absatz 4, UG 2002 sei die fünfjährig befristete Vertragsprofessur des Beklagten von 2000 bis 2005 trotz des Inkrafttretens des UG im Jahr 2002 bis zu deren Ende dem VBG unterworfen gewesen. In weiterer Folge sei jedoch das VBG nicht mehr anzuwenden. Das nunmehrige Dienstverhältnis sei als neues bzw als erstes Dienstverhältnis des Beklagten nach dem UG 2002 anzusehen. Insofern liege nach Maßgabe der Vertragsbedingungen und des UG 2002 ein auf zwei Jahre befristetes Arbeitsverhältnis vor, das mit 30. 9. 2007 ende. Dass der Beklagte zumindest ab 2000 nicht „ausschließlich in der Lehre“ tätig gewesen sei, sei für die Entscheidung nicht relevant.

Das Berufungsgericht änderte diese Entscheidung im Sinne der Abweisung des Klagebegehrens ab und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Seine Rechtsausführungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Nach § 109 Abs 1 UG 2002 seien Arbeitsverhältnisse auf bestimmte Zeit bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit des Arbeitsvertrags auf höchstens sechs Jahre zu befristen, sofern im UG 2002 nichts anderes bestimmt sei. Nach § 109 Abs 2 UG 2002 sei eine mehrmalige unmittelbar aufeinander folgende Befristung nur bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die im Rahmen von Drittmittelprojekten oder Forschungsprojekten beschäftigt werden, und bei ausschließlich in der Lehre verwendetem Personal sowie bei Ersatzkräften zulässig. Die Gesamtdauer solcher unmittelbar aufeinander folgender Arbeitsverhältnisse einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers dürfe 6 Jahre, im Fall der Teilzeitbeschäftigung 8 Jahre, nicht überschreiten. Nach Paragraph 109, Absatz eins, UG 2002 seien Arbeitsverhältnisse auf bestimmte Zeit bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit des Arbeitsvertrags auf

höchstens sechs Jahre zu befristen, sofern im UG 2002 nichts anderes bestimmt sei. Nach Paragraph 109, Absatz 2, UG 2002 sei eine mehrmalige unmittelbar aufeinander folgende Befristung nur bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die im Rahmen von Drittmittelprojekten oder Forschungsprojekten beschäftigt werden, und bei ausschließlich in der Lehre verwendetem Personal sowie bei Ersatzkräften zulässig. Die Gesamtdauer solcher unmittelbar aufeinander folgender Arbeitsverhältnisse einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers dürfe 6 Jahre, im Fall der Teilzeitbeschäftigung 8 Jahre, nicht überschreiten.

Nach § 126 UG 2002 sei das zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des UG 2002 bestandene befristete Dienstverhältnis des Klägers nach dem VBG in ein Dienstverhältnis zur klagenden Universität übergeleitet worden; diese habe das befristete Dienstverhältnis unverändert fortgesetzt. Nach Paragraph 126, UG 2002 sei das zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des UG 2002 bestandene befristete Dienstverhältnis des Klägers nach dem VBG in ein Dienstverhältnis zur klagenden Universität übergeleitet worden; diese habe das befristete Dienstverhältnis unverändert fortgesetzt.

Bei dem in der Folge am 1. 10. 2005 abgeschlossenen befristeten Arbeitsverhältnis zwischen den Streitparteien handle es sich zwar um das erste Arbeitsverhältnis zwischen diesen nach dem UG 2002; doch sei nach der zu 9 ObA 139/06s vertretenen Rechtsauffassung des Obersten Gerichtshofs die fünfjährige Befristung des nach dem VBG abgeschlossenen und nach § 126 Abs 4 UG 2002 übergeleiteten Arbeitsverhältnisses auf die maximale Befristungsdauer nach § 109 Abs 2 UG 2002 „anzurechnen“. Da die Gesamtdauer beider Arbeitsverhältnisse die Maximalfrist von sechs Jahren übersteige, sei daher das Arbeitsverhältnis als unbefristet anzusehen. Bei dem in der Folge am 1. 10. 2005 abgeschlossenen befristeten Arbeitsverhältnis zwischen den Streitparteien handle es sich zwar um das erste Arbeitsverhältnis zwischen diesen nach dem UG 2002; doch sei nach der zu 9 ObA 139/06s vertretenen Rechtsauffassung des Obersten Gerichtshofs die fünfjährige Befristung des nach dem VBG abgeschlossenen und nach Paragraph 126, Absatz 4, UG 2002 übergeleiteten Arbeitsverhältnisses auf die maximale Befristungsdauer nach Paragraph 109, Absatz 2, UG 2002 „anzurechnen“. Da die Gesamtdauer beider Arbeitsverhältnisse die Maximalfrist von sechs Jahren übersteige, sei daher das Arbeitsverhältnis als unbefristet anzusehen.

Ob der Beklagte „ausschließlich in der Lehre“ (iSd § 109 Abs 2 UG 2002) beschäftigt gewesen sei, sei nicht unmittelbar entscheidungsrelevant, weil jedenfalls der Abschluss eines weiteren Arbeitsverhältnisses ab 1. 10. 2005 im Rahmen des § 109 Abs 1 UG unzulässig wäre. Die Frage, ob zwischen den Streitparteien aufgrund konkludenter Handlungen ein unbefristetes Arbeitsverhältnis abgeschlossen worden sei, könne daher dahingestellt bleiben. Ob der Beklagte „ausschließlich in der Lehre“ (iSd Paragraph 109, Absatz 2, UG 2002) beschäftigt gewesen sei, sei nicht unmittelbar entscheidungsrelevant, weil jedenfalls der Abschluss eines weiteren Arbeitsverhältnisses ab 1. 10. 2005 im Rahmen des Paragraph 109, Absatz eins, UG unzulässig wäre. Die Frage, ob zwischen den Streitparteien aufgrund konkludenter Handlungen ein unbefristetes Arbeitsverhältnis abgeschlossen worden sei, könne daher dahingestellt bleiben.

Die ordentliche Revision sei im Hinblick auf die Entscheidung 9 ObA 139/06s nicht zulässig.

Gegen dieses Urteil richtet sich die außerordentliche Revision der Klägerin mit dem Antrag, das Berufungsurteil im Sinne der Wiederherstellung des Ersturteils abzuändern.

Der Beklagte beantragte, die außerordentliche Revision zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig, weil das Berufungsgericht die Rechtslage verkannt hat. Sie ist im Ergebnis aber nicht berechtigt.

Unbefristeter Dienstvertrag schon aufgrund seit 1993 abgeschlossener Kettendienstverträge?

Da sich der Beklagte darauf beruft, er sei schon vor seinem Dienstverhältnis aufgrund des VBG im Rahmen von Kettendienstverträgen beschäftigt worden und stehe schon deshalb in einem unbefristeten Dienstverhältnis, ist zunächst die Beschäftigung des Beklagten als Gastprofessor nach § 9 Abs 1 Z 5 KHSchOrgG in den Jahren von 1993 bis 2000 zu erörtern. Da sich der Beklagte darauf beruft, er sei schon vor seinem Dienstverhältnis aufgrund des VBG im Rahmen von Kettendienstverträgen beschäftigt worden und stehe schon deshalb in einem unbefristeten Dienstverhältnis, ist zunächst die Beschäftigung des Beklagten als Gastprofessor nach Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 5, KHSchOrgG in den Jahren von 1993 bis 2000 zu erörtern.

Die eben zitierte Bestimmung, die - wie das gesamte KHSchOrgG - gemäß BGBl I 130/1998 (KUOG) mit 30. 9. 1998

außer Kraft getreten ist (§ 78 Abs 4 leg cit), hat (soweit hier von Interesse) folgenden Wortlaut: Die eben zitierte Bestimmung, die - wie das gesamte KHSchOrgG - gemäß Bundesgesetzblatt Teil eins, 130 aus 1998, (KUOG) mit 30. 9. 1998 außer Kraft getreten ist (Paragraph 78, Absatz 4, leg cit), hat (soweit hier von Interesse) folgenden Wortlaut:

§ 9. Lehrer Paragraph 9, Lehrer

(1) Lehrer an Hochschulen sind: ...

Z 5 „Gastprofessoren. Diese können für mindestens ein und höchstens zehn Semester zur Abhaltung bestimmter Lehrveranstaltungen eingeladen werden; durch diese Tätigkeit wird kein Dienstverhältnis begründet. ... Die Einladung als Gastprofessor kann mit Genehmigung des Bundesministers für Wissenschaft, Forschung und Kunst bis zu einer Gesamtdauer von höchstens 16 Semestern verlängert werden, wenn der betreffende Gastprofessor zum Klassenleiter bestellt ist. Mit der Erteilung der Genehmigung des Bundesministers für Wissenschaft, Forschung und Kunst zur Verlängerung der Einladung des Gastprofessors gilt auch dessen Bestellung zum Klassenleiter als verlängert.“ Ziffer 5, „Gastprofessoren. Diese können für mindestens ein und höchstens zehn Semester zur Abhaltung bestimmter Lehrveranstaltungen eingeladen werden; durch diese Tätigkeit wird kein Dienstverhältnis begründet. ... Die Einladung als Gastprofessor kann mit Genehmigung des Bundesministers für Wissenschaft, Forschung und Kunst bis zu einer Gesamtdauer von höchstens 16 Semestern verlängert werden, wenn der betreffende Gastprofessor zum Klassenleiter bestellt ist. Mit der Erteilung der Genehmigung des Bundesministers für Wissenschaft, Forschung und Kunst zur Verlängerung der Einladung des Gastprofessors gilt auch dessen Bestellung zum Klassenleiter als verlängert.“

Die Beschäftigung des Beklagten als Gastprofessor hat - zumal er ab dem Studienjahr 1998/99 mit der Leitung einer Klasse betraut war - die im Gesetz vorgesehenen Grenzen nicht überschritten. Durch diese Tätigkeit wurde nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes kein Dienstverhältnis begründet, sodass der Beklagte daraus nichts für seinen Rechtsstandpunkt, er befinde sich seit Jahren in einem unbefristeten Dienstverhältnis, ableiten kann.

Der für die Zeit vom 1. 10. 2000 bis zum 30. 9. 2005 zwischen dem Beklagten und der durch den Rektor vertretenen Republik Österreich nach dem VBG abgeschlossene Vertrag ist daher der erste Dienstvertrag über die Tätigkeit des Beklagten an der klagenden Universität. Die Befristung dieses Vertrags mit fünf Jahren war im Sinne des damals geltenden § 57 VBG zulässig, der überdies eine einmalige Verlängerung um höchstens weitere fünf Jahre erlaubt hätte. Der für die Zeit vom 1. 10. 2000 bis zum 30. 9. 2005 zwischen dem Beklagten und der durch den Rektor vertretenen Republik Österreich nach dem VBG abgeschlossene Vertrag ist daher der erste Dienstvertrag über die Tätigkeit des Beklagten an der klagenden Universität. Die Befristung dieses Vertrags mit fünf Jahren war im Sinne des damals geltenden Paragraph 57, VBG zulässig, der überdies eine einmalige Verlängerung um höchstens weitere fünf Jahre erlaubt hätte.

Allerdings war zum Zeitpunkt, in dem die Klägerin wegen des bevorstehenden Auslaufens des nach dem VBG abgeschlossenen Vertrags die bisher vom Beklagten besetzte Stelle ausschrieb und dem Beklagten, der sich um diese Stelle beworben hatte, einen schriftlichen Vertragstext übermittelte, schon das UG 2002, BGBl I 2002/120, in Kraft getreten und daher für die Beurteilung maßgebend. Allerdings war zum Zeitpunkt, in dem die Klägerin wegen des bevorstehenden Auslaufens des nach dem VBG abgeschlossenen Vertrags die bisher vom Beklagten besetzte Stelle ausschrieb und dem Beklagten, der sich um diese Stelle beworben hatte, einen schriftlichen Vertragstext übermittelte, schon das UG 2002, BGBl römisch eins 2002/120, in Kraft getreten und daher für die Beurteilung maßgebend.

Die Vertragserklärungen der Parteien:

An dieser Stelle ist - nicht zuletzt aufgrund des Einwands des Beklagten, die Streitparteien hätten damals (konkludent) einen befristeten Dienstvertrag vereinbart - auf die beiderseitigen Erklärungen und Handlungen im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Arbeitsvertrags im Jahr 2005 einzugehen:

Die Klägerin hat in ihrer Ausschreibung deutlich gemacht, ein auf höchstens zwei Jahre befristetes Arbeitsverhältnis zur Universität begründen zu wollen. Der Beklagte hat sich aufgrund dieser Ausschreibung beworben, aber gleichzeitig darauf hingewiesen, dass er sich aus seiner Sicht bereits derzeit in einem unbefristeten Dienstverhältnis befinde. Diesem Standpunkt ist die Klägerin in unmissverständlicher Weise nicht gefolgt; sie folgte dem Beklagten einen vorbereiteten Arbeitsvertrag aus, nach dessen Inhalt das Arbeitsverhältnis am 30. 9. 2007 enden sollte. Dieser Vertrag wurde jedoch vom Beklagten nicht unterschrieben. In der Folge nahm der Beklagte seine Arbeit auf, die auch von der

Klägerin entgegengenommen wurde. Die an den Kläger geleisteten Gehaltszahlungen erfolgten jedoch unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, dass das Arbeitsverhältnis bis 30. 9. 2007 befristet sei. Dieser Standpunkt wurde aber vom Beklagten mit seinem Schreiben vom 22. 12. 2005 abermals nicht akzeptiert.

Diese Erklärungen und Handlungen der Parteien machen deutlich, dass der Beklagte zwar Arbeitsleistungen erbrachte, die von der Klägerin auch angenommen wurden, dass aber über einen wesentlichen Vertragspunkt, nämlich über die Dauer des Arbeitsverhältnisses, ein offener Dissens wegen Diskrepanz der jeweiligen Erklärungen (Koziol/Welser I13 127 f) bestand.

Die weitere Beurteilung dieses Umstands hängt davon ab, ob man - mit der Klägerin - die Zulässigkeit des Abschlusses eines (weiteren) befristeten Arbeitsvertrags bejaht. Tut man dies, wäre wohl wegen der unterbliebenen Einigung über einen wesentlichen und überdies in die Verhandlungen einbezogenen Vertragspunkts überhaupt kein wirksamer Arbeitsvertrag zustande gekommen. Wollte man hingegen davon ausgehen, dass zu diesem Zeitpunkt nur der Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags zulässig war bzw auch die Vereinbarung eines befristeten Vertrags ein unbefristetes Dienstverhältnis zur Folge gehabt hätte, wäre - sieht man von der noch zu erörternden Besonderheit des vorliegenden Falls ab - die mangelnde Einigung über die Dauer des Vertrags ohne Relevanz, weil in diesem Fall schon das tatsächlich erzielte Einvernehmen, in einem Arbeitsverhältnis Arbeit zu leisten bzw entgegenzunehmen, zur einzig möglichen Rechtsfolge führen müsste, nämlich zum Zustandekommen eines unbefristeten Arbeitsvertrags.

Zur Zulässigkeit des Abschlusses eines weiteren befristeten Arbeitsvertrags:

Das Berufungsgericht ging davon aus, dass nach dem Auslaufen des übergeleiteten befristeten Dienstverhältnisses gemäß § 109 UG 2002 der von der Beklagten angestrebte Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags nicht mehr bzw jedenfalls nicht mehr in der von der Klägerin angestrebten Länge von zwei Jahren zulässig war. Dazu berief es sich auf die Entscheidung 9 ObA 139/06s. Das Berufungsgericht ging davon aus, dass nach dem Auslaufen des übergeleiteten befristeten Dienstverhältnisses gemäß Paragraph 109, UG 2002 der von der Beklagten angestrebte Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags nicht mehr bzw jedenfalls nicht mehr in der von der Klägerin angestrebten Länge von zwei Jahren zulässig war. Dazu berief es sich auf die Entscheidung 9 ObA 139/06s.

Nach dieser Entscheidung ist im Fall der Vereinbarung einer „Verlängerung“ eines nach § 126 Abs 1 UG 2002 übergeleiteten befristeten Arbeitsverhältnisses (bzw im Fall einer „Neuaufnahme“ nach der Beendigung des übergeleiteten befristeten Arbeitsverhältnisses) auf das mit dieser „Verlängerungsvereinbarung“ begründete Arbeitsverhältnis das neue Dauerrecht, und somit auch § 109 Abs 2 UG 2002 über die mehrmalige Befristung aufeinander folgender Dienstverhältnisse, anzuwenden. Nach dieser Entscheidung ist im Fall der Vereinbarung einer „Verlängerung“ eines nach Paragraph 126, Absatz eins, UG 2002 übergeleiteten befristeten Arbeitsverhältnisses (bzw im Fall einer „Neuaufnahme“ nach der Beendigung des übergeleiteten befristeten Arbeitsverhältnisses) auf das mit dieser „Verlängerungsvereinbarung“ begründete Arbeitsverhältnis das neue Dauerrecht, und somit auch Paragraph 109, Absatz 2, UG 2002 über die mehrmalige Befristung aufeinander folgender Dienstverhältnisse, anzuwenden.

Nach § 109 Abs 2 UG 2002 ist eine mehrmalige unmittelbar aufeinanderfolgende Befristung nur bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zulässig, die im Rahmen von Drittmittelprojekten oder Forschungsprojekten beschäftigt werden, bei ausschließlich in der Lehre verwendetem Personal sowie bei Ersatzkräften. Die Gesamtdauer solcher unmittelbar aufeinanderfolgender Arbeitsverhältnisse einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers darf sechs Jahre, im Fall der Teilzeitbeschäftigung acht Jahre nicht überschreiten. Nach Paragraph 109, Absatz 2, UG 2002 ist eine mehrmalige unmittelbar aufeinanderfolgende Befristung nur bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zulässig, die im Rahmen von Drittmittelprojekten oder Forschungsprojekten beschäftigt werden, bei ausschließlich in der Lehre verwendetem Personal sowie bei Ersatzkräften. Die Gesamtdauer solcher unmittelbar aufeinanderfolgender Arbeitsverhältnisse einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers darf sechs Jahre, im Fall der Teilzeitbeschäftigung acht Jahre nicht überschreiten.

Bei der Beurteilung, ob eine Befristung im Sinne dieser Bestimmung zulässig ist, ist im Sinne der Entscheidung 9 ObA 139/06s auch ein schon vor dem Inkrafttreten des UG 2002 begründetes und auf die Universität übergeleitetes befristetes Dienstverhältnis zu berücksichtigen.

An dieser Rechtsauffassung ist festzuhalten. Die Klägerin stellt sie nicht grundsätzlich in Frage, meint aber, sie sei im vorliegenden Fall nicht anwendbar: Der übergeleitete befristete Vertrag des Beklagten sei auf der Grundlage des für Universitätsprofessoren geltenden § 57 VBG geschlossen worden, der eine einmalige Verlängerung eines befristeten

Dienstverhältnisses erlaubt habe. Von dieser Verlängerungsmöglichkeit hätten die Parteien ausgehen können; sie bleibe daher auch nach dem Inkrafttreten des UG 2002 gewahrt. An dieser Rechtsauffassung ist festzuhalten. Die Klägerin stellt sie nicht grundsätzlich in Frage, meint aber, sie sei im vorliegenden Fall nicht anwendbar: Der übergeleitete befristete Vertrag des Beklagten sei auf der Grundlage des für Universitätsprofessoren geltenden Paragraph 57, VBG geschlossen worden, der eine einmalige Verlängerung eines befristeten Dienstverhältnisses erlaubt habe. Von dieser Verlängerungsmöglichkeit hätten die Parteien ausgehen können; sie bleibe daher auch nach dem Inkrafttreten des UG 2002 gewahrt.

Dem ist nicht zu folgen: Nach der mehrfach zitierten Entscheidung<sup>9</sup> ObA 139/06s kann der vor der Ausgliederung befristet angestellte Bedienstete damit rechnen, dass sein Vertrag trotz der Ausgliederung von der Universität bis zum vereinbarten Endtermin unverändert fortgesetzt wird. Er muss aber damit rechnen, dass der Vertrag mit dem vereinbarten Endtermin ausläuft und im Fall eines neuen - nunmehr nach dem UG 2002 zu beurteilenden - Vertrags kein schützenswertes Vertrauen auf die Aufrechterhaltung früherer Rechtspositionen mehr besteht. Dies gilt aber selbstverständlich auch für den Dienstgeber, der sich ebenfalls nicht auf frühere Rechtspositionen berufen kann, um im neuen Recht normierte Rechtsfolgen zu vermeiden.

Das Berufungsgericht legte seiner Entscheidung die in 9 ObA 139/06s vertretene Rechtsauffassung zugrunde und zog daraus den Schluss, dass zwischen den Streitparteien ein unbefristetes Dienstverhältnis zustande gekommen sei. Es setzte sich mit den hier von den Parteien abgegebenen Vertragserklärungen nicht näher auseinander, ging aber offenkundig von der Vereinbarung eines Dienstverhältnisses aus, durch dessen Abschluss unter Einrechnung der Zeit des vorangegangenen, übergeleiteten befristeten Vertrags die in § 109 Abs 2 UG 2002 normierte sechsjährige Höchstfrist überschritten worden sei. Das Dienstverhältnis sei daher im Sinne dieser Bestimmung als unbefristet anzusehen. Sei der Beklagte nicht „ausschließlich in der Lehre“ tätig gewesen, wäre der Abschluss eines weiteren befristeten Arbeitsverhältnisses überhaupt unzulässig gewesen, weil Kettendienstverträge nur im Rahmen des § 109 Abs 2 UG 2002 möglich seien, dann aber keine der darin genannten Voraussetzungen gegeben wäre. Auf den Einwand des Beklagten, er habe seine neben der Lehre ausgeübten Aufgaben nicht zu Lasten seiner Lehrtätigkeit, sondern trotz dieser Aufgaben durchgeführt, komme es daher nicht an. Das Berufungsgericht legte seiner Entscheidung die in 9 ObA 139/06s vertretene Rechtsauffassung zugrunde und zog daraus den Schluss, dass zwischen den Streitparteien ein unbefristetes Dienstverhältnis zustande gekommen sei. Es setzte sich mit den hier von den Parteien abgegebenen Vertragserklärungen nicht näher auseinander, ging aber offenkundig von der Vereinbarung eines Dienstverhältnisses aus, durch dessen Abschluss unter Einrechnung der Zeit des vorangegangenen, übergeleiteten befristeten Vertrags die in Paragraph 109, Absatz 2, UG 2002 normierte sechsjährige Höchstfrist überschritten worden sei. Das Dienstverhältnis sei daher im Sinne dieser Bestimmung als unbefristet anzusehen. Sei der Beklagte nicht „ausschließlich in der Lehre“ tätig gewesen, wäre der Abschluss eines weiteren befristeten Arbeitsverhältnisses überhaupt unzulässig gewesen, weil Kettendienstverträge nur im Rahmen des Paragraph 109, Absatz 2, UG 2002 möglich seien, dann aber keine der darin genannten Voraussetzungen gegeben wäre. Auf den Einwand des Beklagten, er habe seine neben der Lehre ausgeübten Aufgaben nicht zu Lasten seiner Lehrtätigkeit, sondern trotz dieser Aufgaben durchgeführt, komme es daher nicht an.

Dazu ist wie folgt Stellung zu nehmen:

Das eben wiedergegebene Vorbringen des Beklagten, er habe seine nicht der Lehrtätigkeit zuzurechnenden Aufgaben nicht zu Lasten seiner Lehrtätigkeit, sondern trotz (gemeint wohl: neben) dieser ausgeübt, ändert nichts am festgestellten Umstand, dass der Beklagte nicht nur in der Lehre tätig war. Damit wurde er aber nicht „ausschließlich in der Lehre verwendet“. Nach dem klaren Wortlaut des § 109 Abs 2 UG 2002 ist aber eine mehrmalige unmittelbar aufeinanderfolgende Befristung nur bei Arbeitnehmern oder Arbeitnehmerinnen zulässig, die eine der dort angeführten Voraussetzungen erfüllen. Hier kommt mangels jeglicher gegenteiliger Anhaltspunkte nur die ausschließliche Lehrtätigkeit in Betracht. Da der Beklagte im übergeleiteten befristeten Dienstverhältnis nicht ausschließlich in der Lehre tätig war, war daher die (abermahlige) Vereinbarung eines befristeten Vertrags überhaupt nicht mehr zulässig; auch nicht für die Dauer eines Jahres (Differenz zwischen der in § 109 Abs 2 genannten Höchstfrist von sechs Jahren und der Dauer des vorangegangenen fünfjährigen Dienstverhältnisses). Das eben wiedergegebene Vorbringen des Beklagten, er habe seine nicht der Lehrtätigkeit zuzurechnenden Aufgaben nicht zu Lasten seiner Lehrtätigkeit, sondern trotz (gemeint wohl: neben) dieser ausgeübt, ändert nichts am festgestellten Umstand, dass der Beklagte nicht nur in der Lehre tätig war. Damit wurde er aber nicht „ausschließlich in der Lehre verwendet“.

Nach dem klaren Wortlaut des Paragraph 109, Absatz 2, UG 2002 ist aber eine mehrmalige unmittelbar aufeinanderfolgende Befristung nur bei Arbeitnehmern oder Arbeitnehmerinnen zulässig, die eine der dort angeführten Voraussetzungen erfüllen. Hier kommt mangels jeglicher gegenteiliger Anhaltspunkte nur die ausschließliche Lehrtätigkeit in Betracht. Da der Beklagte im übergeleiteten befristeten Dienstverhältnis nicht ausschließlich in der Lehre tätig war, war daher die (abermalige) Vereinbarung eines befristeten Vertrags überhaupt nicht mehr zulässig; auch nicht für die Dauer eines Jahres (Differenz zwischen der in Paragraph 109, Absatz 2, genannten Höchstfrist von sechs Jahren und der Dauer des vorangegangenen fünfjährigen Dienstverhältnisses).

Die Parteien konnten daher wirksam nur mehr ein unbefristetes Dienstverhältnis vereinbaren.

Im Sinne der oben angestellten Überlegungen ist daher die bereits erörterte mangelnde Einigung über die Dauer des Vertrags ohne Relevanz, 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.

Das Berufungsverfahren für Universitätsprofessorinnen bzw Universitätsprofessoren:

Zu Recht weist die Revisionswerberin allerdings darauf hin, dass sie - ausgehend von ihrem Standpunkt, ein befristetes Arbeitsverhältnis begründen zu können und zu wollen - das für ein unbefristetes Dienstverhältnis vorgeschriebene Berufungsverfahren nicht durchgeführt habe.

Das Berufungsverfahren für Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren, das ein Teil der Personalaufnahme ist (Schrammel in Mayer, UG 2002 § 107 S 326 ff), ist in den §§ 98 und 99 UG 2002 geregelt. Das Gesetz sieht zwei Arten des Berufungsverfahrens vor, ein ordentliches (§ 98 UG 2002) - für unbefristet oder länger als drei Jahre befristet zu besetzende Stellen - und ein abgekürztes, das dann durchzuführen ist, wenn eine Aufnahme nur für einen Zeitraum von bis zu zwei Jahren erfolgen soll (§ 99 UG 2002). Das Berufungsverfahren für Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren, das ein Teil der Personalaufnahme ist (Schrammel in Mayer, UG 2002 Paragraph 107, S 326 ff), ist in den Paragraphen 98 und 99 UG 2002 geregelt. Das Gesetz sieht zwei Arten des Berufungsverfahrens vor, ein ordentliches (Paragraph 98, UG 2002) - für unbefristet oder länger als drei Jahre befristet zu besetzende Stellen - und ein abgekürztes, das dann durchzuführen ist, wenn eine Aufnahme nur für einen Zeitraum von bis zu zwei Jahren erfolgen soll (Paragraph 99, UG 2002).

Für unbefristete oder länger als drei Jahre befristete Professuren sieht § 98 Abs 1 UG 2002 die fachliche Widmung der Stelle im Entwicklungsplan vor; nach Abs 2 ist die Stelle im In- und Ausland öffentlich auszuschreiben. § 98 Abs 3 schreibt die Bestellung von Gutachtern durch die im Senat vertretenen Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren vor, die diese Aufgabe auch an die Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren des betroffenen Fachbereichs übertragen können. Die Abs 4 bis 8 normieren die Einsetzung einer Berufungskommission durch den Senat, die Beurteilung der Eignung der Bewerber durch die Gutachter und das weitere Verfahren bis zur Erstellung eines drei Bewerber umfassenden Besetzungsvorschlags durch die Berufungskommission, aus dem der Rektor die Auswahlentscheidung zu treffen oder den er an die Kommission zurückzuverweisen hat. Die Abs 9 und 10 des § 98 UG 2002 schreiben schließlich vor, dass die Auswahlentscheidung dem Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen bekannt zu geben ist, dem dagegen die Beschwerde an die Schiedskommission offensteht. Gibt die Schiedskommission der Beschwerde statt, wird die Auswahlentscheidung unwirksam. Eine neue Auswahlentscheidung ist unter Beachtung der von der Schiedskommission vertretenen Rechtsanschauung zu treffen. Die Abs 11 und 12 schließlich befassen sich mit den Berufungsverhandlungen und dem Abschluss des Arbeitsvertrags. Für unbefristete oder länger als drei Jahre befristete Professuren sieht Paragraph 98, Absatz eins, UG 2002 die fachliche Widmung der Stelle im Entwicklungsplan vor; nach Absatz 2, ist die Stelle im In- und Ausland öffentlich auszuschreiben. Paragraph 98, Absatz 3, schreibt die Bestellung von Gutachtern durch die im Senat vertretenen Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren vor, die diese Aufgabe auch an die Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren des betroffenen Fachbereichs übertragen können. Die Absatz 4 bis 8 normieren die Einsetzung einer Berufungskommission durch den Senat, die Beurteilung der Eignung der Bewerber durch die Gutachter und das weitere Verfahren bis zur Erstellung eines drei Bewerber umfassenden Besetzungsvorschlags durch die Berufungskommission, aus dem der Rektor die Auswahlentscheidung zu treffen oder den er an die Kommission zurückzuverweisen hat. Die Absatz 9 und 10 des Paragraph 98, UG 2002 schreiben schließlich vor, dass die Auswahlentscheidung dem Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen bekannt zu geben ist,

dem dagegen die Beschwerde an die Schiedskommission offensteht. Gibt die Schiedskommission der Beschwerde statt, wird die Auswahlentscheidung unwirksam. Eine neue Auswahlentscheidung ist unter Beachtung der von der Schiedskommission vertretenen Rechtsanschauung zu treffen. Die Absätze 11 und 12 schließlich befassen sich mit den Berufungsverhandlungen und dem Abschluss des Arbeitsvertrags.

Im abgekürzten Berufungsverfahren (für bis zu zwei Jahre befristete Besetzungen) sind gemäß § 99 Abs 1 UG 2002 die Abs 1 und 3 bis 8 des § 98 UG 2002 nicht anzuwenden. Nach § 99 Abs 2 UG 2002 hat die Rektorin oder der Rektor die Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren des betroffenen Fachbereichs anzuhören. Im abgekürzten Berufungsverfahren (für bis zu zwei Jahre befristete Besetzungen) sind gemäß Paragraph 99, Absatz eins, UG 2002 die Absatz eins und 3 bis 8 des Paragraph 98, UG 2002 nicht anzuwenden. Nach Paragraph 99, Absatz 2, UG 2002 hat die Rektorin oder der Rektor die Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren des betroffenen Fachbereichs anzuhören.

Unter Hinweis auf diese Bestimmungen macht die Klägerin in ihrer Revision geltend, dass die Begründung eines unbefristeten Dienstverhältnisses mit dem Kläger die Festlegung der Stelle im Entwicklungsplan und deren öffentliche Ausschreibung im In- und Ausland vorausgesetzt hätte.

Der damit vorgebrachte Hinweis auf die öffentliche Ausschreibung im In- und Ausland übersieht, dass § 99 Abs 1 UG 2002 für das abgekürzte Verfahren vom in § 98 Abs 2 UG 2002 normierten Gebot der Ausschreibung keine Ausnahme vorsieht. In dieser Hinsicht besteht somit zwischen dem ordentlichen und dem abgekürzten Verfahren kein Unterschied. Nach den Feststellungen wurde die Stelle des Beklagten - allerdings als eine auf zwei Jahre befristete Stelle - im Mitteilungsblatt der Klägerin ausgeschrieben. Ob auch eine Ausschreibung im Ausland erfolgte - wie dies auch im abgekürzten Verfahren notwendig gewesen wäre - kann nach dem Akteninhalt nicht beurteilt werden. Fest steht aber, dass eine unbefristet zu besetzende Stelle - und nur eine solche stand für den Kläger nach den obigen Ausführungen zur Disposition - nicht ausgeschrieben wurde. Der damit vorgebrachte Hinweis auf die öffentliche Ausschreibung im In- und Ausland übersieht, dass Paragraph 99, Absatz eins, UG 2002 für das abgekürzte Verfahren vom in Paragraph 98, Absatz 2, UG 2002 normierten Gebot der Ausschreibung keine Ausnahme vorsieht. In dieser Hinsicht besteht somit zwischen dem ordentlichen und dem abgekürzten Verfahren kein Unterschied. Nach den Feststellungen wurde die Stelle des Beklagten - allerdings als eine auf zwei Jahre befristete Stelle - im Mitteilungsblatt der Klägerin ausgeschrieben. Ob auch eine Ausschreibung im Ausland erfolgte - wie dies auch im abgekürzten Verfahren notwendig gewesen wäre - kann nach dem Akteninhalt nicht beurteilt werden. Fest steht aber, dass eine unbefristet zu besetzende Stelle - und nur eine solche stand für den Kläger nach den obigen Ausführungen zur Disposition - nicht ausgeschrieben wurde.

Der Beklagte hat auch nicht bestritten, dass im Entwicklungsplan die von ihm in Anspruch genommene unbefristete Stelle nicht vorgesehen ist. Da unbestritten nur ein abgekürztes Berufungsverfahren stattgefunden hat, muss auch davon ausgegangen werden, dass das in den Abs 3 bis 8 des § 98 UG 2002 vorgesehene Gutachterverfahren und die Einsetzung einer Berufungskommission unterblieben sind. Der Beklagte hat auch nicht bestritten, dass im Entwicklungsplan die von ihm in Anspruch genommene unbefristete Stelle nicht vorgesehen ist. Da unbestritten nur ein abgekürztes Berufungsverfahren stattgefunden hat, muss auch davon ausgegangen werden, dass das in den Absatz 3, bis 8 des Paragraph 98, UG 2002 vorgesehene Gutachterverfahren und die Einsetzung einer Berufungskommission unterblieben sind.

Damit stellt sich die Frage, welche Konsequenzen das Unterbleiben des ordentlichen Berufungsverfahrens auf den durch die Erklärungen der Parteien zustande gekommenen (unbefristeten) Dienstvertrag hat.

Schrammel (in Mayer, UG 2002, 332 f, Anm VII.1 und VII.2) vertritt dazu - im Zusammenhang mit § 107 UG 2002, der generell die Ausschreibungspflicht regelt - folgende Auffassung: Schrammel (in Mayer, UG 2002, 332 f, Anmerkung römisch VII.1 und römisch VII.2) vertritt dazu - im Zusammenhang mit Paragraph 107, UG 2002, der generell die Ausschreibungspflicht regelt - folgende Auffassung:

„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 Geschäftes 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 Geschäftes 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. „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 Geschäftes 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 Geschäftes 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 Arbeitsvertrages 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 Arbeitsvertrages nach sich. ..." (Weitere Ausführungen über andere Konstellationen mit teilweise anderen Folgen sind hier nicht von Relevanz.) 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 Arbeitsvertrages 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 Arbeitsvertrages nach sich. ..." (Weitere Ausführungen über andere Konstellationen mit teilweise anderen Folgen sind hier nicht von Relevanz.)

Diesen Ausführungen, die der von Schrammel zitierten herrschenden Auffassung zu § 879 ABGB entsprechen, schließt sich der Oberste Gerichtshof an. 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. Auch das Gutachterverfahren und - vor allem - die in § 98 Abs 8 UG 2002 normierte grundsätzliche Bindung der Auswahlentscheidung des Rektors an den Dreivorschlag der Berufungskommission - der Rektor kann von diesem Vorschlag nicht abweichen, er kann ihn nur an die Kommission zurückverweisen - ist nicht anders zu beurteilen. Im Sinne der herrschenden Auffassung stellt daher die Besetzung einer unbefristeten Stelle eines Universitätsprofessors ohne Einhaltung des dafür vorgesehenen Berufungsverfahrens einen Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen dar, die dem Schutz von Allgemeininteressen dienen. Schrammel ist daher beizupflichten, dass so zustande gekommene Arbeitsverträge nichtig bzw unwirksam sind. Auf diese Nichtigkeit kann sich auch die Klägerin berufen. Diesen Ausführungen, die der von Schrammel zitierten herrschenden Auffassung zu Paragraph 879, ABGB entsprechen, schließt sich der Oberste Gerichtshof an. 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. Auch das Gutachterverfahren und - vor allem - die in Paragraph 98, Absatz 8, UG 2002 normierte grundsätzliche Bindung der Auswahlentscheidung des Rektors an den Dreivorschlag der Berufungskommission - der Rektor kann von diesem Vorschlag nicht abweichen, er kann ihn nur an die Kommission zurückverweisen - ist nicht anders zu

beurteilen. Im Sinne der herrschenden Auffassung stellt daher die Besetzung einer unbefristeten Stelle eines Universitätsprofessors ohne Einhaltung des dafür vorgesehenen Berufungsverfahrens einen Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen dar, die dem Schutz von Allgemeininteressen dienen. Schrammel ist daher beizupflichten, dass so zustande gekommene Arbeitsverträge nichtig bzw unwirksam sind. Auf diese Nichtigkeit kann sich auch die Klägerin berufen.

Das bedeutet, dass auch der Dienstvertrag des Beklagten unwirksam ist. Aus den dargelegten Gründen besteht daher zwischen den Streitparteien weder ein befristeter noch ein unbefristeter Dienstvertrag. Die daraus und aus der dennoch vom Kläger verrichteten Arbeitsleistung resultierenden rechtlichen Konsequenzen sind nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

Obzwar dieses Ergebnis letztlich zumindest teilweise dem Standpunkt der Klägerin entspricht, erweist sich dennoch das Klagebegehren, das auf der Annahme eines Arbeitsvertrags zwischen den Streitparteien beruht und mit dem die Feststellung angestrebt wird, dass dieser auf zwei Jahre befristet ist (bzw war), als nicht berechtigt.

Wenn auch mit anderer Begründung hat es daher bei der schon vom Berufungsgericht vorgenommenen Abweisung des Klagebegehrens zu bleiben.

Der Revision war daher ein Erfolg zu versagen.

Da es somit bei den (vom Berufungsgericht ohnedies zu Gunsten des Beklagten getroffenen) Entscheidungen über die Kosten des erst- und des zweitinstanzlichen Verfahrens zu bleiben hat, ist auf seine Ausführungen in der Revisionsbeantwortung, mit denen er „aus Gründen der rechtlichen Vorsicht“ seinen in zweiter Instanz erhobenen Kostenrekurs wiederholt, nicht einzugehen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf die §§ 41, 50 Abs 1 ZPO. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf die Paragraphen 41,, 50 Absatz eins, ZPO.

**Textnummer**

E88916

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2008:008OBA00001.08T.1014.000

**Im RIS seit**

13.11.2008

**Zuletzt aktualisiert am**

17.02.2012

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

© 2025 JUSLINE

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

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