

# TE OGH 1987/12/2 9ObA141/87

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 02.12.1987

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof.Dr. Kuderna als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Gamerith und Dr. Bauer sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Raimund Kabelka und Jürgen Mühlhauser als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Werner R\*\*\*, Volksschuldirektor, Johnsbach 27, vertreten durch Dr. Walter Riedl, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei LAND S\*\*\*, vertreten durch den Landeshauptmann Dr. Josef K\*\*\*, Graz, Landhaus, dieser vertreten durch Dr. Alfred Lind und Dr. Klaus Rainer, Rechtsanwälte in Graz, wegen S 54.409,90 sA, infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgerichtes in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 25. Mai 1987, GZ 8 Ra 1054/87-12, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Graz als Arbeits- und Sozialgerichtes vom 30. Jänner 1987, GZ 36 Cga 37/87-7, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung

1) den

**B e s c h l u ß**

gefaßt:

## **Spruch**

Die wegen Nichtigkeit erhobene Revision wird zurückgewiesen;

2) zu Recht erkannt:

Im übrigen wird der Revision nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit S 3.517,35 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten S 308,85 Umsatzsteuer und S 120,-- Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## **Text**

Entscheidungsgründe:

Der Kläger war seit 19. November 1979 bei der beklagten Partei als Vertragslehrer beschäftigt und in das Entlohnungsschema II L, Entlohnungsgruppe 1 2 a 1 des VGB 1948, welches auf die Dienstverhältnisse zwischen den Streitparteien Anwendung zu finden hatte, eingereiht. Das Dienstverhältnis wurde vorerst für die Dauer der erforderlichen Vertretung, längstens bis 31. August 1980 eingegangen, wurde jedoch mit Dienstvertragsnachträgen ebenfalls für die Dauer der erforderlichen Vertretung mehrmals ohne Unterbrechung jeweils für ein Jahr verlängert. Mit Bescheid vom 7. Dezember 1984 wurde der Kläger mit Wirksamkeit ab 1. Jänner 1985 auf eine Planstelle eines Lehrers für Volksschulen ernannt und in das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis übernommen. Mit Bescheid vom 24. Juni 1985 wurde er mit Wirksamkeitsbeginn vom 1. September 1985 zum Leiter der Volksschule Johnsbach ernannt, wo er bereits seit dem Schuljahr 1981/82 zur Dienstleistung verpflichtet und mit der provisorischen Leitung der

Volksschule betraut war. Der Kläger begehrte die Bezahlung eines Betrages von S 54.409,90 sA und brachte vor, daß er als Vertragslehrer grundsätzlich in das Entlohnungsschema I L einzureihen gewesen wäre. Eine Einreihung in das Entlohnungsschema II L wäre nur zulässig gewesen, wenn er zur Vertretung oder sonst für eine vorübergehende Verwendung aufgenommen worden wäre. Spätestens ab seiner Tätigkeit an der Volksschule Johnsbach liege aber ein Vertretungsfall nicht mehr vor; eine über fünfjährige Tätigkeit als Vertragslehrer könne auch nicht als vorübergehend bezeichnet werden. Der begehrte Betrag ergebe sich aus der Differenz zwischen den Ansätzen der beiden Entlohnungsschemen für die Zeit vom 1. November 1983 bis 31. Dezember 1984.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung der Klage. Eine vorübergehende Verwendung liege auch dann vor, wenn ein frei gewordener Dienstposten, der nur im Ausschreibungs- und Besetzungsverfahren zu besetzen sei, bis zur ordnungsgemäßen Besetzung durch einen Vertragslehrer ausgefüllt werde. Ein solcher Fall sei hier vorgelegen, da trotz mehrmaliger Ausschreibungen keine Bewerbungen um den Posten an der Volksschule Johnsbach eingelangt seien; erst der Kläger habe sich nach seiner Definitivstellung um diese Leiterstelle beworben. Es liege auch ein Fall der Vertretung im Sinne des § 38 Abs 3 VBG vor.

Weiters erhob die beklagte Partei die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges. Der Kläger mache einen Anspruch nach dem Amtshaftungsgesetz geltend.

Das Erstgericht verwarf die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit, sprach aus, daß zur Entscheidung in der Rechtssache ein Senat in der Zusammensetzung gemäß § 11 Abs 1 ASGG berufen sei und gab dem Klagebegehren zur Gänze statt. Ein Vertretungsfall nach § 38 Abs 3 VBG liege nur vor, wenn eine Planstelle ordnungsgemäß besetzt sei, der Planstelleninhaber jedoch an der Ausübung des Dienstes verhindert sei. Eine solche Vertretung habe der Kläger nicht vorzunehmen gehabt. Hingegen liege eine vorübergehende Verwendung - die von einer Vertretung zu unterscheiden sei - dann vor, wenn ein Vertragslehrer einen Dienstposten zwischen der Zeit seines Freiwerdens und der Wiederbesetzung ausfülle. Diesbezüglich habe die beklagte Partei wohl ein Vorbringen erstattet, dieses jedoch nicht unter Beweis gestellt. Da somit ein Fall des § 39 Abs 2 VBG nicht vorliege, wäre der Kläger im relevanten Zeitraum in das Entlohnungsschema I einzureihen gewesen. Das Berufungsgericht verwarf die Berufung wegen Nichtigkeit; eine allfällig unrichtige Besetzung des Erstgerichtes sei geheilt, weil sich die qualifiziert vertretene beklagte Partei in die Verhandlung eingelassen habe, ohne diesen Umstand geltend zu machen. Im übrigen sei die von der beklagten Partei in diesem Zusammenhang vertretene Ansicht auch unzutreffend, weil der von der klagenden Partei erhobene Anspruch aus einem privatrechtlichen Arbeitsvertrag abgeleitet sei.

Im übrigen gab das Berufungsgericht der Berufung nicht Folge. Das Unterscheidungsmerkmal zwischen Dienstverhältnissen nach §§ 39 Abs 1 und 39 Abs 2 VBG sei die Dauer; Dienstverhältnissen nach § 39 Abs 2 komme vorübergehender Charakter zu und sie könnten nur für einen bestimmten Anlaßfall begründet werden. Es erscheine daher gerechtfertigt, in der Frage, ob ein Vertragsbedienstetenverhältnis nach dieser Bestimmung zu beurteilen sei, einen strengen Maßstab anzulegen. Die beklagte Partei habe mit ihrem Vorbringen, daß eine definitive Besetzung der Leiterstelle nicht möglich gewesen sei, da trotz mehrmaliger Ausschreibung keine Bewerbungen eingegangen seien, keinen Vertretungsfall, sondern eine andere vorübergehende Verwendung des Klägers behauptet, obwohl in den 5 Nachträgen der befristete Dienstvertrag jeweils für die Dauer der erforderlichen Vertretung verlängert worden sei. Da aber diese Dienstvertragsnachträge jeweils auch einen kalendermäßig bestimmten Endzeitpunkt enthalten hätten, könne man dennoch davon ausgehen, daß die Bestimmung des § 4 Abs 3 VBG bei diesen Nachträgen eingehalten worden sei, wonach ein Dienstverhältnis nur dann als auf bestimmte Dauer eingegangen gelte, wenn es von vornherein auf die Besorgung einer bestimmten zeitlich begrenzten Arbeit oder auf eine kalendermäßig bestimmte Zeit abgestellt sei. Die beklagte Partei sei jedoch nicht berechtigt gewesen, den Kläger in das Entlohnungsschema II L einzureihen. Es sei nicht nur von Bedeutung, ob der Dienstposten des Leiters der Volksschule Johnsbach vakant gewesen sei, sondern auch, ob die beklagte Partei alles unternommen habe, um diesen Dienstposten wieder zu besetzen; denn nur in diesem Fall könnte davon ausgegangen werden, daß der Kläger den Dienstposten vorübergehend ausfüllen sollte; andernfalls wäre es in das Belieben der beklagten Partei gestellt, diesen Posten auch für längere Zeit nicht mehr zu besetzen, sondern für diesen einen nach § 39 Abs 2 VBG zu entlohnenden Vertragslehrer zu verwenden. Die beklagte Partei habe diese Umstände und damit das Vorliegen der Voraussetzungen für eine vorübergehende Verwendung des Klägers nicht nachgewiesen. Der Kläger sei daher zu Unrecht nicht im Sinn des § 39 Abs 1 VBG in das Entlohnungsschema I L eingereiht worden. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der

beklagten Partei aus den Revisionsgründen der Nichtigkeit und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung der Sache mit dem Antrag, die Entscheidung im Sinne einer Klageabweisung abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die klagende Partei beantragt, der Revision nicht Folge zu geben. Im Rahmen des Revisionsgrundes der Nichtigkeit führt die beklagte Partei neuerlich aus, daß der von der klagenden Partei geltend gemachte Anspruch als Amtshaftungsanspruch zu qualifizieren und das Verfahren daher nach den Bestimmungen des Amtshaftungsgesetzes durchzuführen wäre. Dieser Nichtigkeitsgrund wurde bereits in der Berufung geltend gemacht, sein Vorliegen jedoch vom Berufungsgericht verneint. Der Beschluß des Berufungsgerichtes, mit dem eine wegen Nichtigkeit erhobene Berufung verworfen wurde, kann - auch wenn er in das Berufungsurteil aufgenommen wurde - weder mit Revision noch mit Rekurs bekämpft werden (RiZ 1967, 129 uva, zuletzt etwa 5 Ob 53/87).

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision wegen Nichtigkeit war daher zurückzuweisen. Im übrigen kommt der Revision Berechtigung nicht zu. Das Vertragsbedienstetengesetz 1948 kennt ein Dienstverhältnis auf Probe, auf bestimmte Zeit oder auf unbestimmte Zeit (§ 4 Abs 1 lit c und Abs 3). Für Vertragsbedienstete im Lehramt gilt gemäß § 38 Abs 2 VBG das Dienstverhältnis auch dann auf bestimmte Zeit eingegangen, wenn es von vornherein auf Unterrichtsperioden (Schuljahr, Semester und dgl.) abgestellt ist. Während im allgemeinen ein Dienstverhältnis, das auf bestimmte Zeit eingegangen worden ist (nur) einmal auf bestimmte Zeit - höchstens 3 Monate - verlängert werden kann und bei Fortsetzung über diese Zeit hinaus so angesehen wird, wie wenn es von Anfang an auf unbestimmte Zeit eingegangen worden wäre (§ 4 Abs 4 VBG), gilt diese Vorschrift nicht für Vertragslehrer, die zu einer Vertretung oder zur vorübergehenden Verwendung aufgenommen wurden (§ 38 Abs 3 VBG). Läßt man ein Dienstverhältnis auf Probe als hier gegenstandslos unberücksichtigt, so kann auch ein Vertragsbediensteter im Lehramt auf unbestimmte Zeit oder auf bestimmte Zeit aufgenommen werden, wobei sich die Dienstverhältnisse auf bestimmte Zeit aufgliedern lassen in Dienstverhältnisse zur Vertretung oder vorübergehenden Verwendung und in andere Dienstverhältnisse auf bestimmte Zeit. Die Regelung des § 38 Abs 3 und § 39 Abs 2 VBG bezieht sich nur auf vertretungsweise oder zur vorübergehenden Verwendung aufgenommene Vertragslehrer, nicht aber auch auf Vertragslehrer, mit denen sonst ein Dienstverhältnis auf bestimmte Zeit eingegangen wurde (s.a. 4 Ob 119/61). Für Vertragsbedienstete im Lehrberuf, die auf bestimmte Zeit aufgenommen wurden, ohne daß der Fall der Vertretung oder der vorübergehenden Verwendung vorläge, gilt die Bestimmung des § 4 Abs 4 VBG 1948. Das bedeutet, daß in diesen Fällen das Dienstverhältnis nur einmal auf bestimmte Zeit - höchstens 3 Monate - verlängert werden kann und bei weiterer Fortsetzung als von Anfang an auf unbestimmte Zeit eingegangen anzusehen ist. Gemäß § 39 Abs 1 VBG sind solche Vertragslehrer in das Entlohnungsschema I L einzureihen. Bei Prüfung der Frage, ob ein Fall des § 38 Abs 3 VBG vorliegt und damit der Ausschluß des Geltungsbereiches des § 4 Abs 4 VBG gegeben ist, ist ein strenger Maßstab anzulegen. Der Gesetzgeber gestattet für den Geltungsbereich des VBG nur die einmalige Verlängerung eines befristeten Dienstverhältnisses und beschränkt auch diese Verlängerung. Daraus ist die Absicht des Gesetzgebers deutlich erkennbar, jede Umgehung der Bestimmungen, die den sozialen Schutz des Vertragsbediensteten bei Dienstverhältnissen auf unbestimmte Zeit gewährleisten, zu verhindern (Erd, ZAS 1970, 15 ff. insbesondere 16). Das im § 4 Abs 4 VBG normierte Verbot von Kettenverträgen steht einer extensiven Interpretation von Ausnahmebestimmungen hier entgegen.

Die Revisionswerberin vertritt im wesentlichen weiterhin die Auffassung, daß ein Vertretungsfall nicht nur dann gegeben sei, wenn eine Planstelle ordnungsgemäß besetzt, der Planstelleninhaber jedoch an der Ausübung des Dienstes verhindert sei. Der Vertretungsfall sei nicht auf die Dienststelle, der dem Lehrer zugewiesen wurde, zu beziehen, sondern auf die Vertretung eines abwesenden Lehrers im Rahmen des gesamten Stellenplanes. In diesem Sinn sei der Kläger zur Vertretung beschäftigt gewesen. Auch der Fall der vorübergehenden Verwendung sei gegeben. Eine Beschäftigung zur vorübergehenden Verwendung liege vor, wenn ein frei gewordener Dienstposten, der nur im Ausschreibungs- und Besetzungsverfahren zu vergeben sei, bis zur ordnungsgemäßen Besetzung durch einen Vertragslehrer ausgefüllt werde. Diese Voraussetzungen seien bei Verwendung des Klägers an der Volksschule Johnsbach erfüllt gewesen. Die Tatsache, daß eine vorübergehende Verwendung vorgelegen sei, stehe im übrigen schon aufgrund der in den Nachträgen jeweils vorgenommenen Befristung fest. Diesen Ausführungen kann nicht beigetreten werden.

Im Gegensatz zur Rechtsmeinung der beklagten Partei kann der Begriff "Vertretung" nicht in dem von ihr gewünschten weiten Sinn verstanden werden. Vertreter ist eine Person, die jemand anderen vorübergehend vertritt (Duden, Das

große Wörterbuch der deutschen Sprache, VI, 2785 f; in diesem Sinn auch Österreichisches Wörterbuch 36, 407). Vertretung im hier relevanten Zusammenhang bedeutet die Aufgaben einer konkret bestellten anderen Person zu übernehmen und die Arbeitsleistung an ihrer Stelle zu erbringen. Für einen Vertretungsfall ist erforderlich, daß einer bestimmten Person grundsätzlich die Erfüllung eines Aufgabenbereiches zugewiesen ist; im Fall ihrer Verhinderung übernimmt eine andere Person, der Vertreter, diese Verpflichtung an ihrer Stelle. Ist eine Planstelle vakant, so kommt eine Vertretung begrifflich nicht in Frage, weil es an der Person des Vertretenen mangelt. Der Kläger hatte niemand zu vertreten, weil der Dienstposten nicht besetzt war (in diesem Sinn auch 4 Ob 119/61).

Auch der Fall der vorübergehenden Verwendung liegt nicht vor. Soweit die Revisionswerberin sich auf eine Feststellung des Erstgerichtes des Inhalts beruft, daß die Schulleiterstelle deshalb nicht habe besetzt werden können, weil sich trotz wiederholter Ausschreibungen kein Bewerber gefunden habe, weicht sie vom Akteninhalt ab. An der zitierten Stelle des Urteils des Erstgerichtes findet sich lediglich eine Wiedergabe der Behauptungen der beklagten Partei, während das Erstgericht bei seiner Entscheidung davon ausgegangen ist, daß die beklagte Partei den Nachweis für diese Behauptung nicht erbracht habe. Dieser Frage kommt im übrigen entscheidende Bedeutung nicht zu.

Der Begriff "vorübergehende Verwendung" beinhaltet ein wesentliches zeitliches Moment. Eine vorübergehende Dienstleistung ist ein aushilfsweises Tätigwerden, das durch kurzfristige Sonderverhältnisse auf Seite des Dienstgebers veranlaßt wird und einen absehbaren Zeitraum nicht überschreitet. Im Schuldienst wäre der Fall einer vorübergehenden Verwendung etwa gegeben, wenn im Fall der Vakanz einer Planstelle ein Vertragslehrer bis zur Neubesetzung zum erstmöglichen Termin mit der Dienstleistung beauftragt wird. Bleibt jedoch eine Planstelle jahrelang unbesetzt, und wird ein Vertragslehrer mit der Dienstleistung betraut, so wird der Rahmen einer vorübergehenden Verwendung überschritten. Die Gründe für die lange Vakanz sind dabei unerheblich. Selbst wenn Ausschreibungen ergebnislos erfolgt wären und die lange Nichtbesetzung der Planstelle auf einen Mangel an Bewerbern zurückzuführen wäre, wäre für die beklagte Partei nichts gewonnen. Allein aus der Tatsache, daß der Kläger jahrelang an der Schule in Johnsbach tätig war, ergibt sich, daß er einen Dienstposten auszufüllen hatte, für den ein ständiger Bedarf bestand. Eine vorübergehende Verwendung liegt unter diesen Voraussetzungen nicht mehr vor. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß die Dienstverträge jeweils befristet abgeschlossen wurden.

Der Rechtsansicht des Berufungsgerichtes, daß die in den Nachträgen zum Dienstvertrag enthaltenen Befristungen zulässig und wirksam gewesen seien, kann daher nicht beigetreten werden. Wie dargestellt liegen die Voraussetzungen des § 38 Abs 3 VBG, unter denen allein eine Befristung über § 4 Abs 4 VBG hinaus wirksam vereinbart werden kann, nicht vor. Gemäß § 4 Abs 4 VBG bestand daher im strittigen Zeitraum ein unbefristetes Dienstverhältnis, sodaß schon aus diesem Grund davon auszugehen ist, daß der Kläger in das Entlohnungsschema I L einzustufen war.

Das der Höhe nach nicht bestrittene Begehren des Klägers besteht daher zu Recht.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41 ZPO.

#### **Anmerkung**

E13061

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1987:009OBA00141.87.1202.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19871202\_OGH0002\_009OBA00141\_8700000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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