

TE OGH 2025/9/26 9Ra53/25t

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.09.2025

Kopf

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Mag. Pöhlmann als Vorsitzenden, die Richterin Mag. Dr. Vogler und den Richter Mag. Falmbigl sowie die fachkundigen Laienrichter DI Felix Jansky und Gottfried Wolfgang Sommer in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Mag. A*, geboren am **, pA B* - **, vertreten durch Mag. Thomas Preisinger, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Republik Österreich (C*, **), vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, wegen Feststellung (Streitwert: EUR 20.000), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 20.1.2025, **–13, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Berufung wird Folge gegeben und das angefochtene Urteil dahingehend abgeändert, dass es lautet:

„1. Das Klagebegehren, es werde mit Wirkung zwischen der klagenden und der beklagten Partei festgestellt, dass das Dienstverhältnis zwischen den Parteien über den 30.4.2024 hinaus unbefristet fortbesteht, wird abgewiesen.

2. Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit EUR 4.015,10 (darin EUR 14,40 Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit EUR 1.850,35 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

Text

Entscheidungsgründe:

Beginnend mit 1.7.2022 wurde ein privatrechtliches Dienstverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten (Personalstelle: C*) begründet. Dieses Dienstverhältnis wurde entsprechend Punkt 5. des Dienstvertrages auf bestimmte Zeit für die Dauer des Mutterschutzes und Karenzurlaubes von DI (FH) D*, MAIS, längstens jedoch bis zum 31.7.2023 eingegangen.

Der Dienstvertrag wurde mit Nachtrag dahingehend abgeändert, dass das Dienstverhältnis mit Wirksamkeit vom 1.8.2023 auf bestimmte Zeit für die Dauer des Beschäftigungsverbot und des Karenzurlaubes von E*, MA, längstens jedoch bis zum 31.1.2024 eingegangen wird.

Mit weiterem Nachtrag vom 22.12.2023 wurde der Dienstvertrag dahingehend abgeändert, dass das Dienstverhältnis mit Wirksamkeit vom 1.2.2024 auf bestimmte Zeit für die Dauer des Karenzurlaubes von Dr. F*, längstens jedoch bis zum 30.4.2024 eingegangen wird.

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass er in einem unbefristeten Dienstverhältnis zur Beklagten stehe. Die

Nachträge stellten eine Verlängerung des Dienstverhältnisses auf bestimmte Zeit dar, die die Grenzen des § 4 VBG überschritten. Er habe die abwesenden Personen nie unmittelbar tatsächlich vertreten. Der Kläger begehrt die Feststellung, dass er in einem unbefristeten Dienstverhältnis zur Beklagten stehe. Die Nachträge stellten eine Verlängerung des Dienstverhältnisses auf bestimmte Zeit dar, die die Grenzen des Paragraph 4, VBG überschritten. Er habe die abwesenden Personen nie unmittelbar tatsächlich vertreten.

Die Beklagte wendet ein, mit dem Kläger sei ein befristetes Dienstverhältnis zur Vertretung eingegangen und zweimal befristet zur Vertretung fortgesetzt worden. Dies sei gem § 4a Abs 1 iVm Abs 2 Z 1 VBG selbst dann zulässig, wenn der Kläger die im Dienstvertrag genannten abwesenden Personen nicht unmittelbar tatsächlich vertreten hätte. Überdies sei seine Tätigkeit ohnehin auch als unmittelbare Vertretung von DI (FH) D*, MAIS, und E*, MA, zu werten, weil deren Funktionen weitgehend einer Referententätigkeit entsprächen, sodass sie mit der vom Kläger ausgeübten Tätigkeit, insbesondere im Hinblick auf das Mobilitäts- und Rotationsprinzips iSd § 15 des Bundesgesetzes über Aufgaben und Organisationen des auswärtigen Dienstes, durchaus vergleichbar seien. Die Beklagte wendet ein, mit dem Kläger sei ein befristetes Dienstverhältnis zur Vertretung eingegangen und zweimal befristet zur Vertretung fortgesetzt worden. Dies sei gem Paragraph 4 a, Absatz eins, in Verbindung mit Absatz 2, Ziffer eins, VBG selbst dann zulässig, wenn der Kläger die im Dienstvertrag genannten abwesenden Personen nicht unmittelbar tatsächlich vertreten hätte. Überdies sei seine Tätigkeit ohnehin auch als unmittelbare Vertretung von DI (FH) D*, MAIS, und E*, MA, zu werten, weil deren Funktionen weitgehend einer Referententätigkeit entsprächen, sodass sie mit der vom Kläger ausgeübten Tätigkeit, insbesondere im Hinblick auf das Mobilitäts- und Rotationsprinzips iSd Paragraph 15, des Bundesgesetzes über Aufgaben und Organisationen des auswärtigen Dienstes, durchaus vergleichbar seien.

Mit dem angefochtenen Urteil stellte das Erstgericht fest, dass das Dienstverhältnis zwischen den Parteien über den 30.4.2024 hinaus unbefristet fortbestehe.

Es legte dieser Entscheidung zusätzlich zum eingangs zusammengefassten unstrittigen Sachverhalt die aus den Seiten 4 bis 6 der Urteilsausfertigung ersichtlichen Feststellungen zugrunde, auf die verwiesen wird.

Daraus wird hervorgehoben:

„Der Kläger trat am 1.7.2022 erstmalig in das Dienstverhältnis in den Bundesdienst ein und befand sich zu diesem Zeitpunkt in Ausbildung zum Jungdiplomaten mit dem Titel Attaché. Er wurde zunächst für kurze Zeit als Referent in einer Inlandsverwendung in der Presseabteilung (Abt I.3.) eingesetzt. Danach wurde er auf Stage in die österreichische Außenstelle der Botschaft in G*, nach H* in die Ukraine berufen. In der Funktion des Stagiaire arbeitete der Kläger hauptsächlich im Berichtswesen. Er verfasste Berichte über die Geschehnisse in dem Krisengebiet der Ukraine, nämlich vor allem über die politischen, militärischen, wirtschaftlichen und diplomatischen Vorkommnisse im Land. Er hielt Kontakt zu nationalen und lokalen Behörden, ebenso zu Vertretungen anderer ausländischer Behörden und Botschaften und tätigte Vorbereitungen in der Besucherbetreuung sowie Betreuung von hochrangigen Delegationen.“ „Der Kläger trat am 1.7.2022 erstmalig in das Dienstverhältnis in den Bundesdienst ein und befand sich zu diesem Zeitpunkt in Ausbildung zum Jungdiplomaten mit dem Titel Attaché. Er wurde zunächst für kurze Zeit als Referent in einer Inlandsverwendung in der Presseabteilung (Abt römisch eins.3.) eingesetzt. Danach wurde er auf Stage in die österreichische Außenstelle der Botschaft in G*, nach H* in die Ukraine berufen. In der Funktion des Stagiaire arbeitete der Kläger hauptsächlich im Berichtswesen. Er verfasste Berichte über die Geschehnisse in dem Krisengebiet der Ukraine, nämlich vor allem über die politischen, militärischen, wirtschaftlichen und diplomatischen Vorkommnisse im Land. Er hielt Kontakt zu nationalen und lokalen Behörden, ebenso zu Vertretungen anderer ausländischer Behörden und Botschaften und tätigte Vorbereitungen in der Besucherbetreuung sowie Betreuung von hochrangigen Delegationen.

Wenn ein Auszubildender auf Stage ist bedeutet dies, dass er in der Grundausbildung im Ausland im Einsatz ist. Er wird auf die Auslandsverwendung vorbereitet und erlernt die Aufgaben, die ein Referent an dieser Stelle zu erfüllen hat.

Das erste Stage dauerte beim Kläger von 26.09.2022 bis 24.3.2023, eine bei der beklagten Partei üblichen Zeit von rund sechs Monaten. Als der Kläger nach I* zurückberufen wurde, kam er zunächst in die Nahostabteilung (Abt II.6.), wo er ab 25.3. bis 18.6.2023 wieder auf einer Referentenstelle verwendet wurde. Er übte wieder die üblichen Tätigkeiten für die Zentrale aus, wie das Verfassen von Mappenbeiträgen für den Bundesminister, eine klassische Unterlagenaufbereitung. Er hielt sich über die Lage der Region informiert, pflegte den Kontakt zu den jeweiligen Botschaftsvertretern und bereitete Berichte und Weisungsbeiträge vor. Das erste Stage dauerte beim Kläger von

26.09.2022 bis 24.3.2023, eine bei der beklagten Partei üblichen Zeit von rund sechs Monaten. Als der Kläger nach I* zurückberufen wurde, kam er zunächst in die Nahostabteilung (Abt römisch zwei.6.), wo er ab 25.3. bis 18.6.2023 wieder auf einer Referentenstelle verwendet wurde. Er übte wieder die üblichen Tätigkeiten für die Zentrale aus, wie das Verfassen von Mappenbeiträgen für den Bundesminister, eine klassische Unterlagenaufbereitung. Er hielt sich über die Lage der Region informiert, pflegte den Kontakt zu den jeweiligen Botschaftsvertretern und bereitete Berichte und Weisungsbeiträge vor.

Die Befristung des Dienstvertrages lief am 31.7.2023 aus. Eine unmittelbare Vertretung der Diplomatin DI (FH) D*, MAIS, auf deren Arbeitsplatz fand nicht statt. Frau DI D*, MAIS, war vor ihrem Mutterschutz und ihrer Karenz von 15.10.2018 bis 06.05.2022 als Erstzugeteilte an der Österreichischen Botschaft in ** tätig. Ihre Mutterschutz- und Karenzzeit dauerte von 8.5.2022 bis 30.9.2023. Als Erstzugeteilte konnte sie auch den Botschafter vertreten. Eine solche Möglichkeit stand dem Kläger niemals zu, zumal er sich noch in Ausbildung befand.

Ab 19.6.2023 bis 1.10.2023 wurde der Kläger in der Zentralstelle als Referent in der Südost-Europaabteilung eingesetzt. Die Arbeitsaufgaben waren beschränkt, weil schon bekannt war, dass der Kläger ab Oktober 2023 nach J* wechseln würde. Der Kläger sollte eine Möglichkeit der Bewährung bekommen, um die bis dahin durchwachsene Leistung zu verbessern.

[...]

E*, MA, war vor ihrem Beschäftigungsverbot und ihrer Karenz als Erstzugeteilte an der Österreichischen Botschaft in ** von 5.4.2021 bis 12.6.2023 tätig und befand sich sodann von 14.6.2023 bis 31.1.2024 in Mutterschutz bzw. in Karenz. Eine unmittelbare Vertretung für die Diplomatin F*, MA, auf deren Arbeitsplatz hatte der Kläger niemals inne.

Die beklagte Partei folgt dem Prinzip, jede Planstelle auch auszunutzen, wenn diese auf Grund von Pensionierungen frei wird oder wenn längerfristige Karenzierungen anfallen. Es wird versucht, das entsprechende Personal zur Verfügung zu haben, indem jede Planstelle durch Personen befüllt wird, die neu aufgenommen wurden. Allerdings können neu ausgebildete Mitarbeiter nicht sofort in der höherrangigen Position im Management eingesetzt werden.

Die Funktion als Erstzugeteilte/r hat zwar generell eine Referententätigkeit zum Inhalt, der vom Kläger ausgeübte Aufgaben- und Verantwortungsbereich als Attaché ist damit aber nicht vergleichbar. Es handelt sich um eine Ausbildung, in der die Praxis im auswärtigen Dienst (auf Stage) vermittelt wird, während der Erstzugeteilte nach der Dienstprüfung als ausgebildeter Diplomat (mit dem diplomatischen Titel Gesandter oder Botschaftsrat) agiert und sogar den Botschafter vertreten kann.

Von 2.10.2023 bis 1.3.2024 wurde der Kläger als Stagiaire an der Österreichischen Botschaft in J* verwendet. Ein zweites Stage als Trainingsverwendung ist etwas Besonderes, zumal sonst nur einmal ein Stage gemacht wird. Im konkreten Fall gab es eine Lücke, weil ein Mutterschutz bzw. Karenzfall eingetreten war. Der Kläger kam zur Überbrückung nach J*.

Dr. F* war Botschafter in **, Albanien, und wurde karenziert. Der Kläger konnte ihn in dem weiten Verantwortungsgebiet eines Botschafters nicht vertreten, seine Akten nicht bearbeiten und hatte auch niemals Kontakt zu ihm oder den anderen Vertretenen.

Der Aufgabenbereich in J* war für den Kläger weitestgehend gleich wie in G*/H*. Die Tätigkeiten umfassten hauptsächlich das Verfassen von Berichten über relevante wirtschaftliche, diplomatische, politische und gesellschaftspolitische Ereignisse. Auch das Besuchen von internationalen Konferenzen, die Kontaktpflege mit anderen EU-Botschaftsvertretern und wesentliche Besuchsvorbereitungen waren Inhalt des Aufgabenbereiches. Nach dem 1.3.2024 bestand kein Anlass mehr den Kläger in J* zu verwenden, weil die Überbrückungszeit zu Ende war und die Mitarbeiterin wieder eingesetzt werden konnte.

Nach seiner Rückkehr aus J* kam der Kläger in die Abteilung für Entwicklungszusammenarbeit, nämlich die Abteilung ** am 2.3.2024. Es wurde eine Überbrückung von drei Monaten gewählt, um eine soziale Lösung zu finden. Bereits am 5.3.2024 wurde ihm mündlich mitgeteilt, dass der Vertrag auslaufen wird, weil seine Leistungen als nicht entsprechend beurteilt worden waren. Mit Schreiben vom 8.3.2024 wurde der Kläger vom Ende des befristeten Dienstverhältnisses durch Zeitablauf mit 30.4.2024 verständigt.

Beim Kläger erfolgte die Aufnahme in eine Karenzersatzstelle in der Verwendung V1/1 Ausbildungsphase, die er bis zum Ende des Dienstverhältnisses beibehält.

In rechtlicher Hinsicht folgte das Erstgericht, § 4 Abs 4 VBG 1948 zeige, dass der Gesetzgeber grundsätzlich vom Abschluss unbefristeter Dienstverhältnisse ausgehe; befristete Dienstverträge sollten die Ausnahme bilden und nur in den im Gesetz umschriebenen Fällen zulässig sein. Bei der Auslegung der Ausnahmebestimmungen sei ein strenger Maßstab anzulegen. Absicht des Gesetzgebers sei es, die Umgehung der Bestimmungen zu verhindern, die den sozialen Schutz des Vertragsbediensteten bei Dienstverhältnissen auf unbestimmte Zeit gewährleisten. Die enge Umschreibung der Zulässigkeit von wiederholten befristeten Dienstverhältnissen solle sicherstellen, dass grundsätzlich Dienstverhältnisse unbefristet begründet werden und wiederholte Befristungen nur dann wirksam erfolgen könnten, wenn es sich (bezogen auf den vorliegenden Fall) um einen tatsächlichen Vertretungsfall handle. Nur dann trete nach dem Willen des Gesetzgebers das Interesse des Dienstnehmers an der Begründung eines den vollen sozialen Schutz nach dem VBG 1948 genießenden unbefristeten Dienstverhältnisses gegenüber den Interessen des Dienstgebers an einer Vorsorge für einen bloß vorübergehenden Einsatz des Dienstnehmers zurück. In rechtlicher Hinsicht folgte das Erstgericht, Paragraph 4, Absatz 4, VBG 1948 zeige, dass der Gesetzgeber grundsätzlich vom Abschluss unbefristeter Dienstverhältnisse ausgehe; befristete Dienstverträge sollten die Ausnahme bilden und nur in den im Gesetz umschriebenen Fällen zulässig sein. Bei der Auslegung der Ausnahmebestimmungen sei ein strenger Maßstab anzulegen. Absicht des Gesetzgebers sei es, die Umgehung der Bestimmungen zu verhindern, die den sozialen Schutz des Vertragsbediensteten bei Dienstverhältnissen auf unbestimmte Zeit gewährleisten. Die enge Umschreibung der Zulässigkeit von wiederholten befristeten Dienstverhältnissen solle sicherstellen, dass grundsätzlich Dienstverhältnisse unbefristet begründet werden und wiederholte Befristungen nur dann wirksam erfolgen könnten, wenn es sich (bezogen auf den vorliegenden Fall) um einen tatsächlichen Vertretungsfall handle. Nur dann trete nach dem Willen des Gesetzgebers das Interesse des Dienstnehmers an der Begründung eines den vollen sozialen Schutz nach dem VBG 1948 genießenden unbefristeten Dienstverhältnisses gegenüber den Interessen des Dienstgebers an einer Vorsorge für einen bloß vorübergehenden Einsatz des Dienstnehmers zurück.

Vertretung bedeute allgemein, die Aufgaben einer konkret bestellten anderen Person zu übernehmen und die Arbeitsleistung an ihrer Stelle zu erbringen. Für einen Vertretungsfall sei erforderlich, dass einer bestimmten Person grundsätzlich die Erfüllung eines Aufgabenbereiches zugewiesen sei; im Fall ihrer Vertretung übernehme eine andere Person, der Vertreter, diese Verpflichtung an ihrer Stelle.

Die Beklagte habe den ihr obliegenden Beweis des Vorliegens des Ausnahmetatbestandes einer echten Vertretung nicht erbracht. Der Kläger habe weder zeitlich noch inhaltlich vollumfänglich die Aufgaben einer konkret bestellten anderen Person zu erbringen gehabt. Selbst wenn die Art der Tätigkeiten und Aufgaben vergleichbar seien, hätte der Kläger die zu erfüllende Verpflichtung und Verantwortung der genannten Personen nicht übernehmen können, weil er sich für jene Tätigkeiten gerade in Ausbildung befunden habe. Die Funktion als Erstzugeteilte/r habe zwar generell eine Referententätigkeit zum Inhalt, der vom Kläger ausgeübte Aufgaben- und Verantwortungsbereich als Attaché sei damit aber nicht vergleichbar. Es handle sich um eine Ausbildung, in der die Praxis im auswärtigen Dienst (größtenteils auf Stage) vermittelt werde, während der Erstzugeteilte nach der Dienstprüfung als ausgebildeter Diplomat (mit dem diplomatischen Titel Gesandter oder Botschaftsrat) agiere und sogar den Botschafter vertreten könne.

Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten aus den Berufsgründen der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil dahingehend abzuändern, dass das Klagebegehren abgewiesen werde.

Der Kläger beantragt, der Berufung keine Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Berufung ist im Sinne des im Abänderungsantrag enthaltenen (RS0041774) Aufhebungsantrags berechtigt.

1. Zum Berufsgrund der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung:

1.1. Die Beklagte wendet sich gegen die oben durch Unterstreichungen hervorgehobene Feststellung sowie folgende Ausführungen des Erstgerichts im Rahmen der Beweiswürdigung bzw. rechtlichen Beurteilung, die ihrer Ansicht nach dislozierte Feststellungen beinhalten:

„Die Feststellung, dass die Funktion als Erstzugeteilte/r zwar generell eine Referententätigkeit zum Inhalt hat, der vom Kläger ausgeübte Aufgaben- und Verantwortungsbereich als Attaché damit aber nicht vergleichbar ist, gründet sich auf den Umstand des Vorliegens einer Ausbildung.“ sowie

„Die Funktion als Erstzugeteilte/r hat zwar generell eine Referententätigkeit zum Inhalt, der vom Kläger ausgeübte Aufgaben- und Verantwortungsbereich als Attaché ist damit aber nicht vergleichbar.“

Die Beklagte begehrt insgesamt folgende Ersatzfeststellung:

„Die Funktion als Erstzugeteilte/r hat generell eine Referententätigkeit zum Inhalt, der vom Kläger ausgeübte Aufgaben- und Verantwortungsbereich als Attaché ist damit vergleichbar.“

Diese ergebe sich aus den Aussagen der Zeugen Mag. K* und Mag. L*.

1.2. Die Beweistrüge der Beklagten beziehen sich ausschließlich darauf, ob die Tätigkeit eines Attachés und eines Erstzugeteilten „vergleichbar“ ist, wobei das Wort „vergleichbar“ hier sowohl im Urteil als auch in der Berufung im Sinne von „ähnlich“ oder „gleichzuhaltend“ verwendet wurde.

Ob und in welchem Ausmaß eine Ähnlichkeit bzw. „Vergleichbarkeit“ der Tätigkeiten vorliegen muss, damit ein Vertretungsfall iSd § 4a Abs 2 VBG vorliegt, ist eine Rechtsfrage und keine feststellungsfähige Tatsache, worauf auch bereits das Erstgericht zutreffend hingewiesen hat (Seite 7 der Urteilsausfertigung). Gegen das festgestellte Tatsachensubstrat, das zur Beantwortung dieser Rechtsfrage heranzuziehen ist, insbesondere die Beschreibung der jeweiligen Tätigkeiten, wendet sich die Berufung nicht, sodass von der Beklagten in Wahrheit keine Beweistrüge, sondern ausschließlich eine Rechtsrüge gesetzeskonform zur Ausführung gelangt. Es wird daher auf die Ausführungen in Punkt 2. verwiesen. Ob und in welchem Ausmaß eine Ähnlichkeit bzw. „Vergleichbarkeit“ der Tätigkeiten vorliegen muss, damit ein Vertretungsfall iSd Paragraph 4 a, Absatz 2, VBG vorliegt, ist eine Rechtsfrage und keine feststellungsfähige Tatsache, worauf auch bereits das Erstgericht zutreffend hingewiesen hat (Seite 7 der Urteilsausfertigung). Gegen das festgestellte Tatsachensubstrat, das zur Beantwortung dieser Rechtsfrage heranzuziehen ist, insbesondere die Beschreibung der jeweiligen Tätigkeiten, wendet sich die Berufung nicht, sodass von der Beklagten in Wahrheit keine Beweistrüge, sondern ausschließlich eine Rechtsrüge gesetzeskonform zur Ausführung gelangt. Es wird daher auf die Ausführungen in Punkt 2. verwiesen.

2. Zum Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung:

2.1. In der Berufung bzw. Berufungsbeantwortung wiederholen die Parteien im Wesentlichen ihre bereits im erstinstanzlichen Verfahren getätigten Rechtsausführungen zu den Voraussetzungen einer „Vertretung“ iSd § 4a VBG. 2.1. In der Berufung bzw. Berufungsbeantwortung wiederholen die Parteien im Wesentlichen ihre bereits im erstinstanzlichen Verfahren getätigten Rechtsausführungen zu den Voraussetzungen einer „Vertretung“ iSd Paragraph 4 a, VBG.

Die Beklagte führt insbesondere aus, dass keine unmittelbare Vertretungssituation erforderlich sei, sondern nur eine vorübergehende Personallücke. Dies ergebe sich auch aus den in § 7 Abs 2 der Anlage IV zum Bundesfinanzgesetz 2022 geregelten Voraussetzungen des Einsatzes von Ersatzkräften. Die Beklagte führt insbesondere aus, dass keine unmittelbare Vertretungssituation erforderlich sei, sondern nur eine vorübergehende Personallücke. Dies ergebe sich auch aus den in Paragraph 7, Absatz 2, der Anlage römisch vier zum Bundesfinanzgesetz 2022 geregelten Voraussetzungen des Einsatzes von Ersatzkräften.

Der Kläger verweist insbesondere unter Hinweis auf 9 ObA 7/98i darauf, dass nur bei einem tatsächlichen Vertretungsfall das Interesse des Dienstnehmers an der Begründung eines unbefristeten Dienstverhältnisses gegenüber den Interessen des Dienstgebers an einer Vorsorge für einen bloß vorübergehenden Einsatz des Dienstnehmers zurücktrete.

2.2. Gem § 4 Abs 4 VBG kann ein Dienstverhältnis, das auf bestimmte Zeit eingegangen worden ist, auf bestimmte Zeit einmal verlängert werden, wobei diese Verlängerung drei Monate nicht überschreiten darf. Wird das Dienstverhältnis darüber hinaus fortgesetzt, so wird es von da ab so angesehen, wie wenn es von Anfang an auf unbestimmte Zeit eingegangen worden wäre. 2.2. Gem Paragraph 4, Absatz 4, VBG kann ein Dienstverhältnis, das auf bestimmte Zeit eingegangen worden ist, auf bestimmte Zeit einmal verlängert werden, wobei diese Verlängerung drei Monate nicht überschreiten darf. Wird das Dienstverhältnis darüber hinaus fortgesetzt, so wird es von da ab so angesehen, wie wenn es von Anfang an auf unbestimmte Zeit eingegangen worden wäre.

Gem § 4a Abs 2 VBG gilt die Bestimmung des § 4 Abs 4 VBG nicht, wenn der Vertragsbedienstete nur zur Vertretung aufgenommen wurde (Z 1) oder das Dienstverhältnis des Vertragsbediensteten im Anschluss an ein Dienstverhältnis, das zum Zweck der im BAG vorgesehenen Weiterverwendung von ausgebildeten Lehrlingen abgeschlossen wurde, zur

Vertretung verlängert wird (Z 2) oder das Dienstverhältnis nach § 62 Abs 2, § 70 Abs 2 oder § 76 Abs 2 des Ausschreibungsgesetzes 1989 befristet verlängert wird (Z 3) oder eine in einem befristeten Bundesdienstverhältnis befindliche Person nach § 86 des Ausschreibungsgesetzes 1989 neuerlich in ein befristetes Dienstverhältnis übernommen wird (Z 4). Gem Paragraph 4 a, Absatz 2, VBG gilt die Bestimmung des Paragraph 4, Absatz 4, VBG nicht, wenn der Vertragsbedienstete nur zur Vertretung aufgenommen wurde (Ziffer eins,) oder das Dienstverhältnis des Vertragsbediensteten im Anschluss an ein Dienstverhältnis, das zum Zweck der im BAG vorgesehenen Weiterverwendung von ausgelernten Lehrlingen abgeschlossen wurde, zur Vertretung verlängert wird (Ziffer 2,) oder das Dienstverhältnis nach Paragraph 62, Absatz 2,, Paragraph 70, Absatz 2, oder Paragraph 76, Absatz 2, des Ausschreibungsgesetzes 1989 befristet verlängert wird (Ziffer 3,) oder eine in einem befristeten Bundesdienstverhältnis befindliche Person nach Paragraph 86, des Ausschreibungsgesetzes 1989 neuerlich in ein befristetes Dienstverhältnis übernommen wird (Ziffer 4,).

Bei der Aneinanderreihung mehrerer befristeter Dienstverhältnisse genügt es nicht, dass bloß das erste zur Vertretung abgeschlossen wird, sondern diese Voraussetzung muss für sämtliche Befristungen gelten (9 ObA 14/25m mN).

2.3. Die Bestimmung des § 4a Abs 2 VBG wurde durch das Vertragsbedienstetenreformgesetz (BGBl I Nr 10/1999) eingeführt. 2.3. Die Bestimmung des Paragraph 4 a, Absatz 2, VBG wurde durch das Vertragsbedienstetenreformgesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 1999,) eingeführt.

In den Materialien wurde dazu ausgeführt:

„Diese Bestimmung wurde in Absätze gegliedert und um die in Abs. 2 angeführten besonderen Fälle, bei denen die befristete Fortsetzung eines befristeten Dienstverhältnisses zu keiner Verlängerung des Dienstverhältnisses nach § 4 Abs. 4 oder gleichartiger Vorschriften führen sollen, erweitert. Diese Fälle betreffen befristete Dienstverhältnisse zur Ausübung von Vertretung und Vertretungstätigkeiten im Anschluß an die Behaltezeit von ausgelernten Lehrlingen in einem Dienstverhältnis sowie die bisher schon im Ausschreibungsgesetz 1989 geregelten Fälle, die aus Gründen der besseren Übersichtlichkeit und Rechtssystematik in das VBG 1948 übernommen werden.“ (BUA 1561 BlgNR 20. GP 11; 284/ME 20. GP 39). „Diese Bestimmung wurde in Absätze gegliedert und um die in Absatz 2, angeführten besonderen Fälle, bei denen die befristete Fortsetzung eines befristeten Dienstverhältnisses zu keiner Verlängerung des Dienstverhältnisses nach Paragraph 4, Absatz 4, oder gleichartiger Vorschriften führen sollen, erweitert. Diese Fälle betreffen befristete Dienstverhältnisse zur Ausübung von Vertretung und Vertretungstätigkeiten im Anschluß an die Behaltezeit von ausgelernten Lehrlingen in einem Dienstverhältnis sowie die bisher schon im Ausschreibungsgesetz 1989 geregelten Fälle, die aus Gründen der besseren Übersichtlichkeit und Rechtssystematik in das VBG 1948 übernommen werden.“ (BUA 1561 BlgNR 20. Gesetzgebungsperiode 11; 284/ME 20. Gesetzgebungsperiode 39).

Das Ausschreibungsgesetz 1989 regelt in § 24 Z 1, dass bei Ersatzkräften für Bedienstete nach Punkt 4 des Allgemeinen Teiles des Stellenplanes, Anlage III des für das jeweilige Finanzjahr geltenden Bundesfinanzgesetzes, von einer Ausschreibung abgesehen werden kann. Die §§ 74 ff des Ausschreibungsgesetzes enthalten Vorschriften zum Überprüfungsverfahren für Ersatzkräfte nach § 24 Z 1, die ohne Ausschreibung in den Bundesdienst aufgenommen worden sind und eine Verlängerung ihres Dienstverhältnisses über die Dauer von acht Monaten hinaus anstreben. Das Ausschreibungsgesetz 1989 regelt in Paragraph 24, Ziffer eins,, dass bei Ersatzkräften für Bedienstete nach Punkt 4 des Allgemeinen Teiles des Stellenplanes, Anlage römisch drei des für das jeweilige Finanzjahr geltenden Bundesfinanzgesetzes, von einer Ausschreibung abgesehen werden kann. Die Paragraphen 74, ff des Ausschreibungsgesetzes enthalten Vorschriften zum Überprüfungsverfahren für Ersatzkräfte nach Paragraph 24, Ziffer eins,, die ohne Ausschreibung in den Bundesdienst aufgenommen worden sind und eine Verlängerung ihres Dienstverhältnisses über die Dauer von acht Monaten hinaus anstreben.

Bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „zur Vertretung aufgenommen“ iSd § 4a Abs 2 Z 1 VBG ist nach dem Willen des Gesetzgebers sohin an den Begriff der „Ersatzkraft“ im Sinne des in der Anlage zum Bundesfinanzgesetz geregelten Stellenplans anzuknüpfen. Dies steht auch im Einklang mit der vergleichbaren Regelung des § 109 Abs 5 UG, bei der vom Gesetzgeber sogar ausdrücklich der Begriff der Ersatzkraft verwendet wurde (siehe dazu Schrammel i n Perthold-Stoitzner, UG4.00 § 109 Rz 24). Bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „zur Vertretung aufgenommen“ iSd Paragraph 4 a, Absatz 2, Ziffer eins, VBG ist nach dem Willen des Gesetzgebers sohin an den Begriff der „Ersatzkraft“ im Sinne des in der Anlage zum Bundesfinanzgesetz geregelten Stellenplans anzuknüpfen. Dies steht

auch im Einklang mit der vergleichbaren Regelung des Paragraph 109, Absatz 5, UG, bei der vom Gesetzgeber sogar ausdrücklich der Begriff der Ersatzkraft verwendet wurde (siehe dazu Schrammel in Perthold-Stoitzner, UG4.00 Paragraph 109, Rz 24).

Im Stellenplan ist normiert, dass für einen Bundesbediensteten, der aus bestimmten Gründen vom Dienst abwesend ist, unter Bindung seiner Planstelle beziehungsweise unter Bindung des dem Ausmaß der Herabsetzung der Wochendienstzeit entsprechenden Planstellenanteiles ein Vertragsbediensteter als Ersatzkraft aufgenommen werden kann.

2.4. Aus diesen Erwägungen folgt, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, dass es bei der Frage, ob eine Aufnahme „zur Vertretung“ iSd § 4a VBG vorliegt, darauf ankommt, ob der Vertragsbedienstete ersatzweise die vorübergehend vakante Planstelle eines bestimmten, vorübergehend abwesenden Bediensteten besetzt. Ob die Ersatzkraft tatsächlich exakt dieselbe Tätigkeit tatsächlich verrichtet wie der Abwesende, ist entgegen der Rechtsansicht des Klägers und des Erstgerichts nicht entscheidend. 2.4. Aus diesen Erwägungen folgt, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, dass es bei der Frage, ob eine Aufnahme „zur Vertretung“ iSd Paragraph 4 a, VBG vorliegt, darauf ankommt, ob der Vertragsbedienstete ersatzweise die vorübergehend vakante Planstelle eines bestimmten, vorübergehend abwesenden Bediensteten besetzt. Ob die Ersatzkraft tatsächlich exakt dieselbe Tätigkeit tatsächlich verrichtet wie der Abwesende, ist entgegen der Rechtsansicht des Klägers und des Erstgerichts nicht entscheidend.

2.5. Dieses Auslegungsergebnis steht im Einklang mit der zur ähnlichen Regelung des § 109 Abs 2 UG 2002 (aF) ergangenen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs. Zu 9 ObA 7/09h führte er aus: Erkennt der Gesetzgeber - vor dem Hintergrund einer an strikte Vorgaben geknüpften Planstellenbewirtschaftung - die Notwendigkeit der Beschäftigung von Ersatzkräften als zulässigen Grund für die Befristung von Verträgen ausdrücklich an und regelt die dafür maßgebenden Rahmenbedingungen und Voraussetzungen, reicht es für die wirksame Befristung des Vertrags mit der Ersatzkraft, wenn der Vertrag Bestimmungen darüber enthält, für welche Person der Bedienstete als Ersatzkraft aufgenommen wurde (RS0125136). 2.5. Dieses Auslegungsergebnis steht im Einklang mit der zur ähnlichen Regelung des Paragraph 109, Absatz 2, UG 2002 (aF) ergangenen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs. Zu 9 ObA 7/09h führte er aus: Erkennt der Gesetzgeber - vor dem Hintergrund einer an strikte Vorgaben geknüpften Planstellenbewirtschaftung - die Notwendigkeit der Beschäftigung von Ersatzkräften als zulässigen Grund für die Befristung von Verträgen ausdrücklich an und regelt die dafür maßgebenden Rahmenbedingungen und Voraussetzungen, reicht es für die wirksame Befristung des Vertrags mit der Ersatzkraft, wenn der Vertrag Bestimmungen darüber enthält, für welche Person der Bedienstete als Ersatzkraft aufgenommen wurde (RS0125136).

Der Oberste Gerichtshof verwendet sowohl im Zusammenhang mit § 109 UG 2002 als auch §§ 4, 4a VBG den Begriff der Ersatzkraft, der – wie oben dargelegt – aus dem Bereich der Planstellenbewirtschaftung stammt. Er betont, dass die Besonderheiten des öffentlichen Dienstrechts, insbesondere die strikten Vorgaben der Planstellenbewirtschaftung, eine vom allgemeinen Arbeitsrecht abweichende Regelung in Form von Ausnahmen vom ansonsten geltenden Verbot von Kettenarbeitsverträgen rechtfertigen. Im Unterschied zum allgemeinen Arbeitsrecht anerkenne der Gesetzgeber im Anwendungsbereich des VBG ausdrücklich die größere Notwendigkeit der vorübergehenden Beschäftigung von Ersatzkräften. Der Oberste Gerichtshof verwendet sowohl im Zusammenhang mit Paragraph 109, UG 2002 als auch Paragraphen 4, 4 a, VBG den Begriff der Ersatzkraft, der – wie oben dargelegt – aus dem Bereich der Planstellenbewirtschaftung stammt. Er betont, dass die Besonderheiten des öffentlichen Dienstrechts, insbesondere die strikten Vorgaben der Planstellenbewirtschaftung, eine vom allgemeinen Arbeitsrecht abweichende Regelung in Form von Ausnahmen vom ansonsten geltenden Verbot von Kettenarbeitsverträgen rechtfertigen. Im Unterschied zum allgemeinen Arbeitsrecht anerkenne der Gesetzgeber im Anwendungsbereich des VBG ausdrücklich die größere Notwendigkeit der vorübergehenden Beschäftigung von Ersatzkräften.

Diese Differenzierung zwischen allgemeinem Arbeitsrecht und öffentlichem Dienstrecht erscheint insbesondere im Hinblick auf die jeweiligen Handlungsalternativen des Arbeitgebers sachgerecht: Deckt ein Arbeitgeber im allgemeinen Arbeitsrecht einen (wiederholt) vorübergehenden Bedarf an einer Ersatzkraft durch Eingehen eines unbefristeten Dienstverhältnisses, kann er aufgrund der grundsätzlich herrschenden Kündigungsfreiheit das unbefristete Dienstverhältnis mit dem Vertreter nach Wegfall des Bedarfs auch wieder kündigen. Im Anwendungsbereich des VBG ist dies bereits nach einem Jahr nicht mehr möglich, sondern vom Vorliegen eines Kündigungsgrundes nach § 32 Abs 2 VBG abhängig. Ohne der Möglichkeit befristeter Verträge mit Ersatzkräften hätte der öffentlich-rechtliche Dienstgeber

entweder binnen kürzester Zeit eine höhere Anzahl an (in einem unbefristeten Dienstverhältnis stehenden) Bediensteten als es dem Stellenplan entspricht, oder er könnte vorübergehend unbesetzte Planstellen gar nicht besetzen. Könnte eine (teilweise) vakante Planstelle nicht für die Dauer der (teilweisen) Vakanz mit einer Ersatzkraft besetzt werden, führte dies entweder zu negativen budgetären Auswirkungen wegen eines Personalüberstandes oder zu Problemen bei der staatlichen Aufgabenerfüllung wegen eines Personalunterstandes. Beides würde zu Lasten der gesamten Bevölkerung und nicht „nur“ der Angehörigen eines bestimmten Unternehmens gehen. Diese Differenzierung zwischen allgemeinem Arbeitsrecht und öffentlichem Dienstrecht erscheint insbesondere im Hinblick auf die jeweiligen Handlungsalternativen des Arbeitgebers sachgerecht: Deckt ein Arbeitgeber im allgemeinen Arbeitsrecht einen (wiederholt) vorübergehenden Bedarf an einer Ersatzkraft durch Eingehen eines unbefristeten Dienstverhältnisses, kann er aufgrund der grundsätzlich herrschenden Kündigungsfreiheit das unbefristete Dienstverhältnis mit dem Vertreter nach Wegfall des Bedarfs auch wieder kündigen. Im Anwendungsbereich des VBG ist dies bereits nach einem Jahr nicht mehr möglich, sondern vom Vorliegen eines Kündigungsgrundes nach Paragraph 32, Absatz 2, VBG abhängig. Ohne der Möglichkeit befristeter Verträge mit Ersatzkräften hätte der öffentlich-rechtliche Dienstgeber entweder binnen kürzester Zeit eine höhere Anzahl an (in einem unbefristeten Dienstverhältnis stehenden) Bediensteten als es dem Stellenplan entspricht, oder er könnte vorübergehend unbesetzte Planstellen gar nicht besetzen. Könnte eine (teilweise) vakante Planstelle nicht für die Dauer der (teilweisen) Vakanz mit einer Ersatzkraft besetzt werden, führte dies entweder zu negativen budgetären Auswirkungen wegen eines Personalüberstandes oder zu Problemen bei der staatlichen Aufgabenerfüllung wegen eines Personalunterstandes. Beides würde zu Lasten der gesamten Bevölkerung und nicht „nur“ der Angehörigen eines bestimmten Unternehmens gehen.

Anzumerken ist freilich, dass in der Entscheidung 9 ObA 7/09h die im vorliegenden Fall wesentlichen Fragen der Voraussetzungen einer Vertretung iSd § 4a Abs 2 VBG nicht den primären Streitpunkt bildeten. Jenem Fall lag allerdings die (von niemandem als problematisch erachtete) Vertretung eines Universitätsprofessors durch einen Assistenten zugrunde, und es ist nicht davon auszugehen, dass diese beiden Personen exakt dieselbe Funktion und Tätigkeit ausübten. Anzumerken ist freilich, dass in der Entscheidung 9 ObA 7/09h die im vorliegenden Fall wesentlichen Fragen der Voraussetzungen einer Vertretung iSd Paragraph 4 a, Absatz 2, VBG nicht den primären Streitpunkt bildeten. Jenem Fall lag allerdings die (von niemandem als problematisch erachtete) Vertretung eines Universitätsprofessors durch einen Assistenten zugrunde, und es ist nicht davon auszugehen, dass diese beiden Personen exakt dieselbe Funktion und Tätigkeit ausübten.

2.6. Zur vom Kläger ins Treffen geführten Entscheidung 9 ObA 7/98i und zur vom Erstgericht zitierten Entscheidung 9 ObA 328/00a ist anzumerken, dass diese aus der Zeit vor dem Vertragsbedienstetenreformgesetz stammen. Damals gab es keine der Bestimmung des § 4a Abs 2 VBG gleichzuhaltende ausdrückliche gesetzliche Regelung, wonach eine „Vertretung“ im öffentlichen Dienstrecht großzügigere Verlängerungen befristeter Dienstverhältnisse ermöglicht. 2.6. Zur vom Kläger ins Treffen geführten Entscheidung 9 ObA 7/98i und zur vom Erstgericht zitierten Entscheidung 9 ObA 328/00a ist anzumerken, dass diese aus der Zeit vor dem Vertragsbedienstetenreformgesetz stammen. Damals gab es keine der Bestimmung des Paragraph 4 a, Absatz 2, VBG gleichzuhaltende ausdrückliche gesetzliche Regelung, wonach eine „Vertretung“ im öffentlichen Dienstrecht großzügigere Verlängerungen befristeter Dienstverhältnisse ermöglicht.

Vor dem Vertragsbedienstetenreformgesetz ergangene Entscheidungen (siehe dazu etwa RS0103200, RS0081784, RS0031374, RS0081783; Mayr, Arbeitsrecht § 4 VBG E 15 ff) können daher heute allenfalls im allgemeinen Arbeitsrecht, nicht aber in Bezug auf die noch nicht in Kraft stehende Ausnahmebestimmung des § 4a Abs 2 VBG im Vertragsbedienstetenrecht herangezogen werden (zum Vorrang und zur Unionsrechtskonformität solcher Sonderregelungen vgl etwa 8 ObA 12/24h zum LVG, 9 ObA 94/22x zum AZHG oder 8 ObA 58/22w zum TAG). Vor dem Vertragsbedienstetenreformgesetz ergangene Entscheidungen (siehe dazu etwa RS0103200, RS0081784, RS0031374, RS0081783; Mayr, Arbeitsrecht Paragraph 4, VBG E 15 ff) können daher heute allenfalls im allgemeinen Arbeitsrecht, nicht aber in Bezug auf die noch nicht in Kraft stehende Ausnahmebestimmung des Paragraph 4 a, Absatz 2, VBG im Vertragsbedienstetenrecht herangezogen werden (zum Vorrang und zur Unionsrechtskonformität solcher Sonderregelungen vergleiche etwa 8 ObA 12/24h zum LVG, 9 ObA 94/22x zum AZHG oder 8 ObA 58/22w zum TAG).

Aus diesem Grund sind auch die auf älteren höchstgerichtlichen Entscheidungen basierenden Ausführungen Ziehensacks (Ziehensack, VBG - Praxiskommentar § 4a Rz 8 ff), wonach der Vertretungsfall tatsächlich vorliegen müsse

und somit die Aufgaben einer konkret bestellten anderen Person zu übernehmen und die Arbeitsleistungen an deren Stelle zu erbringen seien, nicht mehr zutreffend. Aus diesem Grund sind auch die auf älteren höchstgerichtlichen Entscheidungen basierenden Ausführungen Ziehensacks (Ziehensack, VBG - Praxiskommentar Paragraph 4 a, Rz 8 ff), wonach der Vertretungsfall tatsächlich vorliegen müsse und somit die Aufgaben einer konkret bestellten anderen Person zu übernehmen und die Arbeitsleistungen an deren Stelle zu erbringen seien, nicht mehr zutreffend.

2.7. Die vorliegenden Befristungen des Dienstverhältnisses des Klägers waren somit gemäß 4a Abs 2 VBG zulässig, sodass sein Dienstverhältnis am 30.4.2024 endete und nicht gemäß § 4 Abs 4 VBG als auf unbestimmte Zeit eingegangenes anzusehen ist. 2.7. Die vorliegenden Befristungen des Dienstverhältnisses des Klägers waren somit gemäß Paragraph 4 a, Absatz 2, VBG zulässig, sodass sein Dienstverhältnis am 30.4.2024 endete und nicht gemäß Paragraph 4, Absatz 4, VBG als auf unbestimmte Zeit eingegangenes anzusehen ist.

3.1. Der Berufung war daher Folge zu geben und das angefochtene Urteil dahingehend abzuändern, dass das Feststellungsbegehren abzuweisen war.

3.2. Die durch die Abänderung des Ersturteils bedingte Neufassung der Kostenentscheidung des Verfahrens erster Instanz beruht auf § 2 Abs 1 ASGG iVm § 41 ZPO, weil die Beklagte zur Gänze obsiegte. Das Kostenverzeichnis der Beklagten, gegen das der Kläger keine Einwendungen erhoben hat, war gemäß § 54 Abs 1a ZPO der Kostenentscheidung zugrunde zu legen. Von Amts wegen wahrzunehmende Unrichtigkeiten enthielt es nicht. 3.2. Die durch die Abänderung des Ersturteils bedingte Neufassung der Kostenentscheidung des Verfahrens erster Instanz beruht auf Paragraph 2, Absatz eins, ASGG in Verbindung mit Paragraph 41, ZPO, weil die Beklagte zur Gänze obsiegte. Das Kostenverzeichnis der Beklagten, gegen das der Kläger keine Einwendungen erhoben hat, war gemäß Paragraph 54, Absatz eins a, ZPO der Kostenentscheidung zugrunde zu legen. Von Amts wegen wahrzunehmende Unrichtigkeiten enthielt es nicht.

3.3. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf § 2 Abs 1 ASGG iVm §§ 41, 50 ZPO. 3.3. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf Paragraph 2, Absatz eins, ASGG in Verbindung mit Paragraphen 41, 50, ZPO.

3.4. Die ordentliche Revision war zuzulassen, weil durch höchstgerichtliche Rechtsprechung noch nicht geklärt ist, welche konkreten Anforderungen an einen Vertretungsfall iSd § 4a Abs 2 VBG zu stellen sind. 3.4. Die ordentliche Revision war zuzulassen, weil durch höchstgerichtliche Rechtsprechung noch nicht geklärt ist, welche konkreten Anforderungen an einen Vertretungsfall iSd Paragraph 4 a, Absatz 2, VBG zu stellen sind.

Textnummer

EW7356

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OLG0009:2025:0090RA00053.25T.0926.000

Im RIS seit

24.03.2026

Zuletzt aktualisiert am

24.03.2026

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