



# **TEILURTEIL**

**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kuras und Mag. Ziegelbauer sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Peter Zeitler und Mag. Manuela Majeranowski als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Dr. D\*\*\*\*\*, vertreten durch Pallauf Meissnitzer Staindl & Partner, Rechtsanwälte in Salzburg, gegen die beklagte Partei Universität \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Johannes Hebenstreit, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen 35.070,30 EUR und Feststellung, über die Revision der klagenden Partei und den Rekurs der beklagten Partei gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 11. April 2013, GZ 11 Ra 5/13d-20, mit dem über Berufung des Klägers das Urteil des Landesgerichts Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 28. Juni 2012, GZ 16 Cga 126/11v-16, teilweise als Teilurteil bestätigt und im Übrigen aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt und beschlossen:

1. Der Revision des Klägers wird nicht Folge gegeben.

2. Dem Rekurs der Beklagten wird teilweise Folge gegeben und in der Sache dahin als Teilurteil zu Recht erkannt, dass hinsichtlich des Feststellungsbegehrens und der beehrten Abfertigung in Höhe von 10.558,80 EUR brutto samt 8,38 % Zinsen seit 1. März 2011 das Urteil des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Im Übrigen, also hinsichtlich des Leistungsbegehrens in Höhe von 24.511,50 EUR sA, wird dem

Rekurs der Beklagten gegen den Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts nicht Folge gegeben.

3. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten.

### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Der Kläger war bereits während des Diplomstudiums mehrfach befristet als Studienassistent beschäftigt. Daneben erfolgte auch eine Beschäftigung im Rahmen eines Projekts. Das Diplomstudium beendete er 2002 und schloss dann ein Doktoratsstudium an, dessen letzte Prüfungen er im März 2011 ablegte.

Am 11. März 2003 schloss der Kläger mit der beklagten Universität für die Dauer des Karenzurlaubs einer Universitätsassistentin einen befristeten Dienstvertrag als Assistent gemäß § 4 iVm §§ 49l bis 49r VBG über zwanzig Wochenstunden. Dieser Vertrag wurde im Hinblick auf die Verlängerung der Karenz und des Karenzurlaubs einer anderen Universitätsassistentin mehrfach verlängert und endete letztlich am 31. Oktober 2006. Die Verlängerungen nahmen jeweils auf den Karenzurlaub der Universitätsassistentinnen Bezug. Die Tätigkeiten der vertretenen Universitätsassistentinnen lagen in den Fachbereichen Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht sowie bürgerliches Recht und Zivilverfahrensrecht. Nach Rückkehr der zuletzt vertretenen Universitätsassistentin lief die Befristung aus und das Dienstverhältnis des Klägers endete am 31. Oktober 2006. Im Hinblick auf das hohe Ausmaß der vom Kläger nicht konsumierten Urlaube hatte er noch Anspruch auf Urlaub, der sozialversicherungsrechtlich seinen Schutz bis 6. Februar 2007 verlängerte. Der Kläger hatte auch

nach dem 31. Oktober 2006 weiterhin Zugang zur Bibliothek der Beklagten und zu Rechtsdatenbanken und wurde von der Universitätsprofessorin, für die er zuletzt gearbeitet hatte, aufgefordert, offene Arbeiten noch fertig zu stellen, was er vornehmlich zu Hause machte. Die Schlüssel zur Fakultät gab der Kläger nicht ab.

Von der Beklagten wurde eine „Dissertantenstelle“ per 1. März 2007 öffentlich ausgeschrieben, um die sich auch der Kläger bewarb. Am 28. Februar 2007 wurde zwischen den Streitparteien ein befristetes Dienstverhältnis für den Zeitraum 1. März 2007 bis 28. Februar 2011 abgeschlossen. Die Aufgaben des Klägers wurden mit der Unterstützung des Fachbereichs Arbeits-, Wirtschafts-, und Europarecht vereinbart und er diesem auch zugewiesen. Eine Änderung der Zuweisung wurde vorbehalten (Beil. /A). Von dem vereinbarten Beschäftigungsausmaß von 40 Stunden pro Woche sollte der Kläger durchschnittlich 20 Wochenstunden für eigene wissenschaftliche Arbeiten verwenden. In der Praxis wurde dem Kläger allerdings der 50 %-Anteil für eigene Forschungen nicht gewährt. Insgesamt war das Verhältnis von 60 % Forschung, 30 % Lehre und 10 % Verwaltung gleich wie im Rahmen der Beschäftigung auf den Ersatzplanstellen bei den Karenzvertretungen. Das Ziel der Vergabe von Dissertantenstellen liegt aber darin, das Doktorat abzuschließen und sich Qualifikationen anzueignen, um in weiterer Folge an einer Universität oder außerhalb arbeiten zu können. Insoweit stellen diese eine Vorstufe zu einer Universitätsassistentenstelle dar.

Im Allgemeinen werden die Planstellen vom Rektor über entsprechende Meldungen der Fachbereiche geschaffen. Dazu besteht auch ein dreijähriger

Entwicklungsplan. Die Entscheidung über die Schaffung der Planstelle liegt aber ebenso wie jene über deren Besetzung jeweils beim Rektor. In der Fachbereichsplanung für die Jahre 2009 bis 2012 wurde für den Fachbereichsteil Unternehmensrecht festgehalten, dass für den Kläger eine unbefristete Post-Doc-Stelle geschaffen werden soll. Nach Ausscheiden des Klägers im Februar 2011 wurde jedoch dem Antrag des Fachbereichsleiters auf Berücksichtigung einer Post-Doc-Stelle für vier Jahre vom Rektorat nicht Folge gegeben.

Mit seiner **Klage** begehrt der Kläger die Feststellung, dass sein Dienstverhältnis über den 28. Februar 2011 hinaus unbefristet fortbestehe. Weiters stellte er ein Leistungsbegehren, das er alternativ auf seinen Anspruch auf Lohnfortzahlung über den 28. Februar 2011 hinaus, auf Bezahlung nicht abgegoltener Überstunden und auf Schadenersatz aufgrund eines erlittenen Vermögensschadens durch Vorspiegelung nicht gewährter Karrierechancen (Gesamtschaden 3.043.628 EUR) stützt. Letztlich machte der Kläger in eventu zum Feststellungsbegehren auch einen auf das VBG gestützten Abfertigungsanspruch in Höhe von 10.558,80 EUR geltend. Die Dienstverhältnisse seien ohne relevante Unterbrechung fortgeführt worden. Die zuletzt im Vertrag vom 28. Februar 2007 vorgesehene Befristung sei unwirksam und das Dienstverhältnis als unbefristet zu beurteilen. Es sei kein Ausnahmetatbestand des § 109 UG verwirklicht.

Die **beklagte Universität** beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Sie wendet zusammengefasst ein, dass das Dienstverhältnis ab 1. März 2007 berechtigt habe befristet werden können. Dieses Dienstverhältnis sei in keinem sachlichen Zusammenhang mit den früheren

Dienstverhältnissen gestanden. Der Kläger habe in einem völlig anderen Fachbereich gearbeitet. Auch habe es sich um ein Ausbildungsverhältnis gehandelt. Es sei eine mehr als viermonatige Unterbrechung vorgelegen. Ungeachtet ihres Rechtsstandpunkts sprach die Beklagte eine Eventualkündigung zum 31. Dezember 2011 bzw zum nächsten zulässigen Zeitpunkt aus. Die vom Kläger gegen die Eventualkündigung erhobene Anfechtungsklage zog der Kläger schließlich zurück.

Das **Erstgericht** wies die Klage zur Gänze ab. Es ging rechtlich zusammengefasst davon aus, dass zwischen den Ersatzplanstellen des ersten Dienstverhältnisses und der Dissertantenstelle des zweiten Dienstverhältnisses kein innerer sachlicher Zusammenhang bestehe. Es habe sich um verschiedene Fachbereiche gehandelt. Das Beschäftigungsausmaß sei unterschiedlich gewesen und auch die Zielrichtung habe nicht übereingestimmt. Hinsichtlich der Überstundenleistungen fehle es an einem konkreten Vorbringen. Diese seien im Hinblick auf die Verfallsklausel des Kollektivvertrags auch verfallen. Zum Schadenersatzbegehren habe der Kläger keinen konkreten Schaden unter Beweis stellen können. Es mangle auch an einem rechtswidrigen und schuldhaften Verhalten der Verantwortlichen der Beklagten, da die Befristungen zulässig seien. Mit Geltungsbeginn des Universitätskollektivvertrags komme nicht mehr das Abfertigungsrecht des VBG zur Anwendung, sodass der Kläger nicht die darauf gestützte Abfertigung geltend machen könne.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung des Klägers teilweise Folge. Das Berufungsgericht bestätigte das erstgerichtliche Urteil hinsichtlich der Abweisung des Feststellungsbegehrens ab 1. April 2012 als Teilurteil. Im

Übrigen hob das Berufungsgericht das erstgerichtliche Urteil auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück. Die Bestätigung der Abweisung stützte das Berufungsgericht im Wesentlichen darauf, dass zu diesem Zeitpunkt die Eventualkündigung wirksam wurde. Diese habe auch gegenüber einem Prozessbevollmächtigten ausgesprochen werden können. Dazu ließ das Berufungsgericht die Revision an den Obersten Gerichtshof zu.

Zur Aufhebung befasste sich das Berufungsgericht sehr umfassend mit der Frage der Zulässigkeit der Befristung des Dienstverhältnisses vom 1. März 2007 bis 28. Februar 2011. Vorweg legte es umfassend dar, dass die bereits vor dem ersten Dienstverhältnis (2003 bis 31. Oktober 2006) erfolgte Tätigkeit des Klägers als Studienassistent für die Beurteilung der Zulässigkeit der Befristungen ohne Relevanz sei. Die Beschränkungen des § 109 Abs 2 UG seien nur ausgehend von dem Vertragsbedienstetenverhältnis des Klägers vom 3. März 2003 bis 31. Oktober 2006 (Karenzvertretungen) und dem anschließenden Vertragsverhältnis betreffend die Dissertantenstelle vom 1. März 2007 bis 28. Februar 2011 zu prüfen. Im Wesentlichen stelle sich die Frage, inwieweit die vier Monate dauernde Unterbrechung relevant sei. Allein der zeitliche Abstand zwischen den Arbeitsverhältnissen schließe die Beurteilung als einheitliches Arbeitsverhältnis nicht aus, wenn der Sache nach der zweite Vertrag eine Fortsetzung des ersten Vertrags darstelle. Auch ein geändertes Beschäftigungsausmaß oder der Wechsel zwischen verschiedenen Fachbereichen der selben Fakultät schließe eine Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses im

genannten Sinn nicht aus. Das Unternehmensrecht, das der Kläger zuletzt betreute, weise zahlreiche Überschneidungen mit dem bürgerlichen Recht sowie dem internationalen Privatrecht auf. Aus der unterschiedlichen Bezeichnung der Planstellen lasse sich keine Aussage darüber treffen, inwieweit sich die Tätigkeit bei der Dissertantenstelle inhaltlich von jener der früheren Stellen unterscheide. Das Erstgericht werde daher detaillierte Feststellungen zu treffen haben, welche konkrete Tätigkeiten der Kläger während der Zeit als Universitätsassistent und später auf der Dissertantenstelle verrichtet habe. Handle es sich um verschiedene Tätigkeiten, so sei der Vertrag ab 2007 als „Erstvertrag“ zu werten. Seine Befristung verstoße dann nicht gegen § 109 UG. Zu berücksichtigen sei aber auch, inwieweit der Kläger ab Oktober 2006 über Aufforderung der Universitätsprofessorin aus dem früheren Beschäftigungsverhältnis Arbeiten fertig zu stellen hatte und es insoweit zu einer Verlängerung gekommen sei, weil dies auch vom zum Abschluss der Arbeitsverträge zuständigen Rektor nach § 107 Abs 3 UG gebilligt wurde. Der Kläger werde ein entsprechendes Vorbringen zu erstatten haben.

Hinsichtlich des Leistungsbegehrens verwies das Berufungsgericht darauf, dass eine alternative Klagenhäufung unzulässig sei, dies jedoch jedenfalls noch mit dem Kläger erörtert werden müsse. Auch könne das Begehren auf Überstundenentgelt nicht ohne entsprechende Erörterung abgewiesen werden. Hinsichtlich des Schadenersatzbegehrens seien noch entsprechende Feststellungen zum Vorbringen des Klägers zu treffen.

Zum Abfertigungsbegehren hielt das Berufungsgericht fest, dass bei einem fehlenden Zusammenhang der beiden Dienstverhältnisse das erste



Beschäftigungsverhältnis die Mindestbeschäftigungsdauer nach § 49r VBG von vier Jahren nicht erreiche und für das zweite Dienstverhältnis die Bestimmungen für neu aufgenommenes Personal zur Anwendung kommen würden, also das Angestelltengesetz und ab 1. Oktober 2009 der Kollektivvertrag. Es komme daher grundsätzlich nur mehr ein Abfertigungsanspruch nach BMVSG in Betracht. Sollten aber die beiden Dienstverhältnisse zusammenzurechnen sein, stehe dem Kläger ein Abfertigungsanspruch nach § 84 Abs 1 VBG zu.

Den Rekurs an den Obersten Gerichtshof erachtete das Berufungsgericht als zulässig, weil sowohl zur Frage, ob bei zwei befristeten Verträgen bereits die Unterschiedlichkeit der Organisationseinheiten der selben Fakultät einen inneren sachlichen Zusammenhang dieser beiden Beschäftigungsverhältnisse ausschließe, als auch zur Frage der Auswirkungen des anzuwendenden Kollektivvertrags auf die Abfertigungsansprüche eines früher nach § 49l VBG tätigen Universitätsassistenten bei späterer Dienstgeberkündigung eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs nicht vorliege.

Gegen den bestätigenden Teil der Entscheidung richtet sich die **Revision** des Klägers, gegen den Aufhebungsbeschluss der **Rekurs** der Beklagten. Beide sind aus den vom Berufungsgericht genannten Gründen zulässig, aber nur der Rekurs der Beklagten ist teilweise berechtigt.

### **I. Zum Rekurs:**

I.1. Die **Beklagte** releviert im Wesentlichen, dass die vom Erstgericht festgestellten Unterschiede zwischen den beiden Dienstverhältnissen und die Lücke von vier Monaten gegen ein zusammenhängendes Dienstverhältnis sprächen. Der Kläger sei verschiedenen Fachbereichen zugeordnet gewesen

und habe für verschiedene Professoren gearbeitet. Auch sein Doktorat habe er erst im Rahmen der vom Typus schon zu unterscheidenden Dissertantenstelle abgeschlossen. Um diese Stelle habe sich der Kläger - so wie andere Personen - beworben. Dass der Kläger die gleichen Lehrbücher bearbeitet oder Aufsätze geschrieben habe, sei selbst dem Vorbringen des Klägers nicht zu entnehmen. Es bestehe auch keine Verpflichtung zur Erörterung, inwieweit das Rektorat ausreichende Kenntnis von den über Auftrag seiner früheren Professorin vorgenommenen Tätigkeiten des Klägers gehabt habe.

I.2. Der **Kläger** beantragt in seiner Beantwortung des Rekurses, diesem nicht Folge zu geben und verweist im Wesentlichen auf die Begründung des Berufungsgerichts. Auch gäbe es zwischen Unternehmensrecht und bürgerlichem Recht, aber ebenso zwischen Prozessrecht und Rechtsvergleichung zahlreiche Überschneidungen. Der Kläger sei in beiden Dienstverhältnissen in einem identen Ausmaß in den Bereichen Forschung, Lehre und Verwaltung tätig gewesen. Der innere Zusammenhang sei daher zu bejahen, da die Beklagte auch von den in der früheren Beschäftigung gewonnenen Erfahrungen und besonderen Kenntnissen profitiert habe. Bereits in der Vorentscheidung zu 9 ObA 76/11h habe der Oberste Gerichtshof bei einem ähnlich gelagerten Fall ausgesprochen, dass eine Lücke keine relevante Unterbrechung darstelle, wenn der Arbeitnehmer während des gesamten Zeitraums inhaltlich die selben Tätigkeiten ausführe. Hinsichtlich des Leistungsbegehrens habe das Berufungsgericht zutreffend auf die ergänzend vorzunehmenden Erörterungen hingewiesen.

I.3. Zur Frage der Berechtigung des **Feststellungsbegehrens** ist Folgendes festzuhalten:

I.3.1. Nach § 126 Abs 1 UG werden ua Vertragsbedienstete des Bundes, die am Tag vor dem vollen Wirksamwerden des UG an Universitäten zu Lasten einer Planstelle des Planstellenbereichs Universitäten in einem vertraglichen Dienstverhältnis standen, mit dem folgenden Tag Arbeitnehmer jener Universität, deren Aufgabe sie überwiegend besorgt haben. Nach Abs 4 des § 126 UG tritt hinsichtlich einer allfälligen zeitlichen Befristung des Arbeitsverhältnisses keine Änderung ein. Die Universitäten setzen die Rechte und Pflichten des Bundes gegenüber den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern fort. Das Vertragsbedienstetengesetz 1948 in der jeweils geltenden Fassung gilt hinsichtlich der ihm zum Stichtag unterliegenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer als Inhalt des Arbeitsvertrags mit der Universität.

§ 109 Abs 2 UG bestimmt, dass eine mehrmalige „unmittelbar aufeinanderfolgende Befristung“ nur im Rahmen von Drittmittelprojekten oder bei ausschließlich in der Lehre verwendeten Personal sowie bei Ersatzkräften zulässig ist. Die Gesamtdauer solcher „unmittelbar aufeinanderfolgender Arbeitsverhältnisse“ darf sechs Jahre, im Fall einer Teilzeitbeschäftigung acht Jahre, nicht überschreiten.

Der Oberste Gerichtshof hat nun bereits wiederholt ausgesprochen, dass ab dem 1. Jänner 2004, dem Zeitpunkt des vollen Wirksamwerdens des UG 2002, abgeschlossene befristete Verträge, einschließlich Verlängerungsvereinbarungen „alter“ befristeter Dienstverhältnisse nach dem VBG am neuen Dauerrecht des UG 2002 zu messen sind (zuletzt 9 ObA 76/11h = DRdA 2013/5 [*Löschnigg*]; 9 ObA 139/06s). Bei einem vor Inkrafttreten abgeschlossenen befristeten, aber danach endenden Arbeitsverhältnis hat die Universität zu

entscheiden, ob es bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bleibt oder ein weiteres Arbeitsverhältnis begründet wird. Die Frage der Begründung findet also im Anwendungsbereich des neuen Dauerrechts statt und hat auf dessen Grundlage und zu dessen Bedingungen zu erfolgen (9 ObA 76/11h; *Schrammel* in *Mayer* UG § 126 Anm IV.8; vgl auch § 126 Abs 4 UG).

Weiters wurde bereits klargestellt, dass bei gemäß § 109 Abs 2 UG 2002 unzulässigen mehrmaligen unmittelbar aufeinanderfolgenden Befristungen von Dienstverträgen von einem unbefristeten Dienstvertrag auszugehen ist (9 ObA 76/11h).

I.3.2. Der Kläger lässt die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dass auf die früheren Tätigkeiten als Studienassistent nicht abzustellen ist, unbekämpft (vgl im Übrigen auch 8 ObA 3/07k = DRdA 2008/10, 141 [*Löschnigg*]).

Damit wird - wie vom Berufungsgericht zutreffend herausgearbeitet wurde - entscheidend, inwieweit die beiden Arbeitsverhältnisse des Klägers vom 3. März 2003 bis 31. Oktober 2006 (Karenzvertretung) und vom 1. März 2007 bis zum 28. Februar 2011 (Dissertantenstelle) als „unmittelbar aufeinanderfolgende Befristungen“ iSd § 109 Abs 2 UG zu beurteilen sind.

I.3.2.1. Schon dadurch, dass der Gesetzgeber auf „unmittelbar aufeinanderfolgende Befristungen“ abstellt, wird deutlich, dass es im Bereich der Lehre nicht darum geht, Arbeitnehmer und Universitäten davon abzuhalten, mehrmals befristete Arbeitsverträge auch ohne die zeitliche Gesamtbeschränkungen des § 109 Abs 2 UG abzuschließen, wenn diese nicht „unmittelbar aufeinanderfolgen“. Im Kern soll § 109 Abs 2 UG, auf den sich der Kläger beruft, also

offenbar nicht generell verhindern, dass Mitarbeiter in der Lehre über ein gewisses Lebensalter hinaus im Rahmen von befristeten Arbeitsverhältnissen an den Universitäten beschäftigt sind. Es soll offenbar nur verhindert werden, dass die für unbefristete Arbeitsverhältnisse bestehenden Besserstellungen (Bekämpfbarkeit der Beendigung; Anwachsen mancher Ansprüche mit einer längeren Dienstzeit) umgangen werden. Inwieweit die mehrfache Befristung gegen ein aus dem UG allenfalls ableitbares Gesamtkonzept der Entwicklung des wissenschaftlichen Nachwuchses (vgl § 1 UG) verstoßen oder diesem dienen könnte, ist hier schon mangels Geltendmachung nicht zu prüfen. In diesem Zusammenhang kann auf die allgemeine Funktion derartiger Befristungen, die Eignung von MitarbeiterInnen für eine wissenschaftliche Karriere zu prüfen (*Löschnigg/C. Rainer*, *Befristete Arbeitsverträge* 137, in *Funk* [Hrsg], *Öffentliche Universitäten im wirtschaftlichen Wettbewerb*), hingewiesen werden.

I.3.2.2. Grundsätzlich kann zur Beurteilung des „unmittelbaren Aufeinanderfolgens“ auch auf die sonst im Rahmen der Rechtsprechung zur Beurteilung wiederholter Befristungen - Kettenarbeitsverhältnissen - angestellten Überlegungen zurückgegriffen werden. Dies soll der Gefahr einer Umgehung zwingender, die Arbeitnehmer schützender Rechtsnormen im Rahmen von unbefristeten Arbeitsverhältnissen - insbesondere im Bereich des Kündigungsschutzes - entgegenwirken (vgl allgemein etwa *Karl* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, *AngG* § 19 Rz 36 mwN; *Reissner* in *ZellKomm*<sup>2</sup> § 19 *AngG* Rz 27; RIS-Justiz RS0021824, RS0028327 ua). Eine Lücke zwischen den Arbeitsverhältnissen schließt danach die Annahme von unzulässigen Kettenarbeitsverhältnissen dann nicht aus, wenn

sich das erneut befristete Arbeitsverhältnis **als Fortsetzung des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses erweist** (RIS-Justiz RS0028327 [T8]). Dazu sind die Dauer der Unterbrechung, die Dauer der Arbeitsverträge und deren Inhalt sowie die Umstände der Beendigung und der Neubegründung zu berücksichtigen. Im Falle einer Bejahung des Zusammenhangs wäre die sonst im allgemeinen Arbeitsrecht vorzunehmende Prüfung der Sachlichkeit der Befristung (vgl zur „Zweistufigkeit“ der Prüfung *Resch*, Die Zusammenrechnung unterbrochener Arbeitsverträge - kein Problem der Kettenarbeitsvertragsjudikatur, DRdA 2009, 387 ff) hier dann anhand der strikten Vorgaben des § 109 Abs 2 UG vorzunehmen.

I.3.2.3. Zur Dauer der Arbeitsverträge, deren Inhalt und den Umständen der Beendigung bzw Neubegründung ist auch auf die Eigenheiten des Betriebs einer Universität Bedacht zu nehmen. Die Zielsetzung der Tätigkeiten der Universitäten liegt nun nicht in wirtschaftlichen Zielen, sondern entsprechend § 1 UG darin, der wissenschaftlichen Forschung als Bildungseinrichtungen zu dienen und neue wissenschaftliche Erkenntnisse zu fördern. Dabei wird auch die Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses bei der Erarbeitung von Fähigkeiten und Qualifikationen hervorgehoben und den Universitäten die größtmögliche Autonomie eingeräumt.

Unter Beachtung dieser Besonderheiten des universitären Betriebs wird von der Lehre das Tatbestandsmerkmal der „unmittelbaren Aufeinanderfolge“ jeweils bezogen auf die Lehr- oder Projektarbeiten beurteilt und werden „Pausen“ von einem Semester grundsätzlich als ausreichend angesehen (vgl dazu *Pfeil*, Personalrecht der Universitäten, § 109 Anm 12; *Löschnigg/C. Rainer*, Befristete

Arbeitsverträge 121 f).

Eine starre Grenze ist nicht angemessen. Es kommt darauf an, inwieweit sich die Tätigkeit in ihrer Aufgabenstellung und dem Zustandekommen als Fortsetzung der früheren Tätigkeit oder des früheren Dienstverhältnisses darstellt. Dabei kann neben dem Zeitfaktor nicht unbeachtet bleiben, dass sich einerseits die Aufgabenerfüllung der Universitäten - Forschung und Lehre - in strukturierter Form sowohl hinsichtlich der Fachbereiche (vgl dazu etwa auch die Systematik der Wissenschaftszweige - ÖSTAT) als auch der Qualifikation (§§ 97 ff UG) entfaltet und sich dies auch in der Organisationsstruktur niederschlägt, andererseits aber auch Momente der persönlichen Qualifikation der Arbeitnehmer und deren Beitrag zum Leistungsprofil der Universität oder der Unterstützung bestimmter Professoren eine Rolle spielen.

I.3.2.4. Unstrittig ist hier die Gliederung der beklagten Universität nach Fachbereichen. Ebenso unstrittig ist, dass die Ausschreibung des zweiten Arbeitsvertrags für einen anderen Fachbereich erfolgte und im Rahmen einer anderen Zielrichtung des Arbeitsverhältnisses. Die Dauer der Arbeitsverhältnisse war jeweils auf die - unterschiedliche - befristete Aufgabenstellung (Karenzvertretung; Dissertantenstelle) ausgerichtet. Ein Zusammenhang zwischen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und der Ausschreibung und Besetzung des zweiten Arbeitsverhältnisses wurde nicht nachgewiesen. Es konnte im Ergebnis weder nachgewiesen werden, dass sich das zweite Dienstverhältnis fachlich als Fortsetzung des ersten Dienstverhältnisses erwies noch dass es der Universität darum gegangen wäre, gerade den Kläger wegen seines Beitrags zum Leistungsprofil der Universität oder der Fortsetzung der Unterstützung eines bestimmten Professors

weiter zu beschäftigen.

Der Kläger betont nur, dass seine Kenntnisse und Fähigkeiten für beide Dienstverhältnisse bedeutsam gewesen wären und es allgemein etwa Überschneidungen zwischen den Fachbereichen Zivilrecht und Unternehmensrecht gebe. Dies ist nun zweifellos zutreffend, führt aber alleine noch nicht dazu, dass sich die Tätigkeit des Klägers in einem anderen Fachbereich und mit einer anderen Zielrichtung fachlich als Fortsetzung der früheren Tätigkeit darstellt. Dass es der Universität bei der Schaffung der neuen, allgemein ausgeschriebenen Stelle gerade darum gegangen wäre, sich weiter den Zugriff auf die besondere persönliche Qualifikation des Klägers und deren Beitrag zum Leistungsprofil der Universität bzw der Unterstützung bestimmter Professoren zu sichern, kann dem ebenfalls nicht entnommen werden. Insoweit bedarf es auch keiner weiteren Erörterung.

Einer Erörterung des Vorbringens des Klägers, aus dem sich bisher kein Anhaltspunkt dafür ergibt, dass der Rektor der beklagten Universität einer allfälligen Verlängerung des ersten Arbeitsvertrags während der Lücke vom 31. Oktober 2006 bis 1. März 2007 zugestimmt hätte (vgl auch 8 ObA 1/08t = DRdA 2009/23, 303 [*Löschnigg*]), bedarf es nicht. Die Beklagte hat ausdrücklich eingewendet, dass sie nach dem Ende des Dienstverhältnisses im Oktober 2006 keinerlei Handlungen gesetzt habe, aus denen der Kläger hätte schließen können, dass die Beklagte dem Kläger eine Zukunft an dieser Universität ermöglichen wolle (AS 31).

I.3.2.5. Ausgehend davon, dass eine deutliche Unterbrechung zwischen den beiden Arbeitsverhältnissen vorlag, deren Befristung auch auf die jeweiligen unterschiedlichen Aufgabenstellungen abstellte, die



Fachbereiche und auch die Zielrichtung der Arbeitsverhältnisse unterschiedlich waren und ein auf dem Interesse der Universität beruhender, auf spezielle Qualifikationen des Klägers abstellender Zusammenhang zwischen Beendigung des ersten und der Ausschreibung und Besetzung des zweiten Arbeitsverhältnisses nicht nachgewiesen wurde, können diese beiden Arbeitsverhältnisse auch nicht als „unmittelbar aufeinanderfolgend“ iSd § 109 Abs 2 UG qualifiziert werden. Andernfalls müsste man davon ausgehen, dass es den Universitäten regelmäßig untersagt wäre, einem wissenschaftlichen Mitarbeiter nach einem befristeten Arbeitsverhältnis in einem anderen Fachbereich die Chance zu geben, seine Eignung für eine wissenschaftliche Laufbahn im Rahmen eines anderen befristeten Arbeitsverhältnisses unter Beweis zu stellen.

Schon mangels „unmittelbarer Aufeinanderfolge“ ist also die Befristung des zweiten Arbeitsverhältnisses entsprechend den Vorgaben des § 109 Abs 2 UG als rechtmäßig und wirksam anzusehen und damit das Feststellungsbegehren abzuweisen.

#### **I.4. Zum Abfertigungsanspruch:**

Der Kläger bekämpft gar nicht die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dass bei einem zweiten selbständigen Dienstverhältnis kein Abfertigungsanspruch nach dem VBG zusteht. Es reicht daher darauf zu verweisen, dass der Geltungsgrund des VBG für selbständige, nach dem 31. Dezember 2003 begründete Dienstverhältnisse in § 128 UG liegt (anders noch im Verfahren zu 9 ObA 103/08z). Diese Bestimmung sieht die Geltung des VBG aber nur bis zum Inkrafttreten des Kollektivvertrags vor, also bis 1. Oktober 2009 (vgl etwa *Pfeil* aaO § 128 Rz 1). Damit

kommen aber auch die Abfertigungsregelungen des VBG nicht mehr zur Anwendung (vgl zur Übergangsproblematik und allfälligen Lösungsansätzen auch *Schrammel aaO*, § 128 V.2.).

Im Ergebnis sind also sowohl das Feststellungsbegehren als auch das auf Abfertigung gestützte Eventualbegehren nicht berechtigt.

Der Oberste Gerichtshof kann gemäß § 519 Abs 2 letzter Satz ZPO über einen Rekurs gegen einen Beschluss des Berufungsgerichts nach § 519 Abs 1 Z 2 ZPO auch durch Urteil in der Sache selbst erkennen, wenn die Sache zur Entscheidung reif ist. Dem Rekurs der Beklagten ist daher insoweit Folge zu geben, der angefochtene Beschluss, soweit er sich auch auf den Rest des Feststellungsbegehrens sowie das Abfertigungsbegehren bezieht, aufzuheben und in der Sache selbst im Sinne der Abweisung des Klagebegehrens zu erkennen.

#### **I.5. Sonstige Leistungsbegehren:**

Hinsichtlich des übrigen Leistungsbegehrens hat das Berufungsgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass die vom Kläger vorgenommene alternative Klagenhäufung betreffend allfällige Überstunden und Schadenersatzansprüche unzulässig, dies jedoch vorweg mit dem Kläger zu erörtern ist (RIS-Justiz RS0031014 mwN). Insoweit hat es also beim Aufhebungsbeschluss zu bleiben und wird das Erstgericht das Verfahren fortzusetzen, diese Fragen zu erörtern und entsprechende Feststellungen zu treffen haben.

#### **II. Zur Revision:**

Der Kläger wird mit seiner die teilweise Abweisung des Feststellungsbegehrens betreffenden Revision auf die Ausführungen zum Feststellungsbegehren im Rahmen der Behandlung des Rekurses der Beklagten verwiesen.

**III.** Der Kostenvorbehalt gründet sich auf die §§ 2 ASGG und 52 ZPO.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 26. Februar 2014  
Dr. H o p f  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: